

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 24

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2019

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mariana Pinto, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Sergio Negri (UFJF), Vinicius Figueiredo Chaves (UFRJ) e Unie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 24 (janeiro/junho 2019)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

Colaboraram neste número

Doralúcia Azevedo Rodrigues

Graduanda em Direito na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

E-mail: azevedo.doralucia@gmail.com

Gustavo Rabelo Tavares Borba

Doutorando e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Visiting Scholar em Columbia Law School (1º semestre/2019). Professor Convidado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ para ministrar a disciplina eletiva “Processo Administrativo Sancionador na CVM” no 1º e no 2º semestres de 2020. Palestrante da Fundação Getúlio Vargas – FVG/RJ. Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Ex-Procurador-Chefe da Junta Comercial-RJ. Sócio do Escritório Tavares Borba Advogados.

E-mail: gustavo@tavaresborba.com.br

Ivo Waisberg

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Livre Docente em Direito Comercial. Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP. LLM em Direito da Regulação pela New York University. Sócio no Thomaz Bastos, Waisberg, Kurzweil Advogados.

E-mail: ivo@twk.com.br

José Roberto d’Affonseca Gusmão

Professor-Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP nos cursos de graduação e pós-graduação. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Robert Schuman (Strasbourg III), França. Graduado em Direito pela PUC/SP. Especialista pelo Centre D’Etudes Internationales de la Propriété Industrielle (CEIPI) da Universidade Robert Schuman (Strasbourg III), França. Sócio de Gusmão &

Labrunie Advogados. Ex-Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

E-mail: jrgusmao@gipi.com.br

Laetitia Maria Alice Pablo d’Hanens

Professora convidada da Escola Superior de Advocacia – ESA e Escola Paulista de Direito – EPD. Mestre em Direito Comparado pela Universidade Livre de Bruxelas, Bélgica. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Diretora de Estudos da LES Brasil (afiliada à LESI – Licensing Executives Society International). Diretora de Estudos da ABAPI – Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial. Membro do Unfair Competition Committee da INTA (International Trademark Association). Membro do Famous and Well Known Marks Committee do MARQUES. Sócia de Gusmão & Labrunie Advogados.

E-mail: ldhanens@gipi.com.br

Luiz Carlos Malheiros França

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

E-mail: luiz.franca@fcdg.com.br

Luiza Azevedo Coelho da Rocha

Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Graduanda em Direito na PUC/RJ.

E-mail: luiza@tavaresborba.com.br

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Professora Titular de Direito Societário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Professora Associada de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-doc. pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-SP, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Diretora de Regulação Econômica da AGEPAR-Agência Reguladora do Estado do Paraná.

E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

Mariana Cavalcanti Jardim

Mestranda em Direito de Empresas e Atividades Econômicas pelo

programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ. Consultora em Direito Securitário.

E-mail: marijardim@gmail.com

Mateus Dambiski Cecy

Acadêmico de Direito na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do Grupo de Mediação e Negociação da UFPR. Membro Acadêmico da INSOL (International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy). Pesquisador na área de recuperação judicial e falências.

E-mail: mateuscecy00@gmail.com

Mauricio Moreira Menezes

Professor Titular de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Advogado.

E-mail: mauricio@moreiramenezes.com.br

Michelle Kallas Franco de Campos

Especialista em Direito Digital pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Pós-Graduada em Propriedade Intelectual pela FGV/SP. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

E-mail: kallas.micheelle@gmail.com

Nicholas Furlan Di Biase

Mestrando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado no Rio de Janeiro.

E-mail: nicholas@moreiramenezes.com.br

Renan Matheus Nerone Lacerda

Acadêmico de Direito na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do Grupo de Mediação e Negociação da UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR. Pesquisador na área do Direito Comercial.

E-mail: renan.mnlacerda@gmail.com

Renata Albuquerque Lima

Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Possui graduação em Direito pela UFC e graduação em Administração pela UFC. Atualmente é coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão – FLE. Membro da Comissão de Direito Recuperacional e Falências da OAB-CE. Advogada.

E-mail: realbuquerque@yahoo.com

Ricardo Mafra

Doutorando e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Empresarial pela UCLA School of Law. Graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Advogado.

E-mail: ricardovmafra@gmail.com

Sumário

| | |
|---|-----|
| A MEDIAÇÃO APLICADA AOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DE UM INCENTIVO NECESSÁRIO Marcia Carla Pereira Ribeiro, Mateus Dambiski Cecy e Renan Matheus Nerone Lacerda | 1 |
| A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO AO NÚMERO DE VOTOS EM FUNÇÃO DA PESSOA DO ACIONISTA (E NÃO APENAS DA CLASSE DA AÇÃO) Mauricio Moreira Menezes e Nicholas Furlan Di Biase..... | 33 |
| ATIVIDADE SANCIONADORA NO MERCADO DE CAPITAIS: OBJETIVOS PRINCIPAIS, JUSTIFICAÇÃO E IMPERATIVOS DE SEGURANÇA JURÍDICA Ivo Waisberg, Gustavo Rabelo Tavares Borba e Luiza Azevedo Coelho da Rocha | 65 |
| LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE E BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: COMENTÁRIOS À PARADIGMÁTICA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 4815 José Roberto d’Affonseca Gusmão, Laetitia Maria Alice Pablo d’Hanens e Michelle Kallas Franco de Campos | 99 |
| BREVES ANOTAÇÕES SOBRE SECONDARY MEANING E DEGENERAÇÃO DE MARCAS Luiz Carlos Malheiros França..... | 135 |
| OS DESAFIOS DA EMPRESA NO SÉCULO XXI: A CONCILIAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE SOCIAL / AMBIENTAL E A ATIVIDADE LUCRATIVA Renata Albuquerque Lima e Doralúcia Azevedo Rodrigues | 169 |
| INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 158, <i>CAPUT</i> , DA LEI Nº 6.404/1976 A PARTIR DAS DECISÕES DA CVM NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES Nº RJ/2014/6517 E Nº RJ2016/7190 Ricardo Villela Mafra Alves da Silva | 197 |

O CONTRATO DE CONTRAGARANTIA: O DESCOMPASSO ENTRE SUA
CONCEITUAÇÃO TEÓRICA E APLICAÇÃO PRÁTICA NAS OPERAÇÕES DE
SEGURO GARANTIA

Mariana Cavalcanti Jardim221

A MEDIAÇÃO APLICADA AOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DE UM INCENTIVO NECESSÁRIO¹

THE MEDIATION APPLIED TO THE BANKRUPTCY ACT: AN ANALYSIS OF A NECESSARY INCENTIVE

*Marcia Carla Pereira Ribeiro
Mateus Dambiski Cecy
Renan Matheus Nerone Lacerda*

Resumo: O propósito do presente trabalho é evidenciar quais são os principais benefícios que a utilização da mediação pode trazer aos processos de recuperação judicial. Para tanto, partiu-se de uma análise da legislação brasileira vigente, a Lei nº 11.101 de 2005 (LREF), com o objetivo de expor a compatibilidade entre o procedimento recuperacional e a aplicação da mediação, bem como os benefícios advindos dessa conjugação. Ato contínuo, aborda-se a evolução normativa voltada ao estímulo da autocomposição no âmbito dos processos de insolvência e a tendência existente no Poder Judiciário. Optou-se pelo estudo de dois casos de recuperação judicial de repercussão no país, o do Grupo Oi e o das Livrarias Saraiva, em que a mediação foi utilizada durante o procedimento. Na sequência, foram evidenciados os principais incentivos provenientes dos Tribunais de Justiça das regiões sul e sudeste nos últimos anos direcionados à utilização da mediação nos feitos de recuperação judicial. E, por fim, destacou-se a recente reforma procedida pela Lei nº 14.112 de 2020, que incluiu na LREF seção específica para tratar da autocomposição nos processos de recuperação judicial. A conclusão foi pela consolidação da perspectiva de que a mediação aplicada aos processos de recuperação judicial, sobretudo em face da crise sanitária do corona-

1 Artigo recebido em 05.04.2021 e aceito em 10.05.2021.

vírus, possui a capacidade de dotar de maior celeridade e efetividade demandas dessa natureza. A metodologia utilizada foi da abordagem descritiva conjugada à pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Mediação. Recuperação Judicial. Tribunais. Tendências.

Abstract: The purpose of this paper is to highlight what are the main benefits that the use of mediation can bring to the brazilian bankruptcy acts. For that, an analysis of Law 11.101/2005 was made in order to expose the compatibility between the brazilian bankruptcy procedure and the application of the mediation, as well as the benefits arising from this combination. Moreover, the normative developments that stimulate the Alternative Dispute Resolutions in the context of insolvency acts was also emphasized, in order to explain a brazilian Court's tendency about the theme. Furthermore, the main characteristics of the judicial cases of the Grupo Oi and Livrarias Saraiva were highlighted, in which mediation was used throughout the procedure. Also, using the descriptive method, the main incentives from the Courts of the South and Southeast regions in recent years were highlighted, approaching the use of mediation in bankruptcy acts. Finally, the conclusion describes the recent changes by Law 14.112/20, which included in Law 11.110/2005 a specific section about the Alternative Dispute Resolutions, and also the consolidation of the mediation method applied in bankruptcy acts, especially in the face of the Covid-19 sanitary crisis, bringing greater speed and effectiveness to demands of this nature. The methodology used was the descriptive approach combined with bibliographic research.

Keywords: Bankruptcy. Courts. Mediation. Tendency.

Sumário: Introdução. 1. A Lei nº 11.101 de 2005 e a dinâmica dos processos de insolvência. 2. As controvérsias na negociação e aprovação do plano de recuperação judicial. 3. A aplicação da mediação como mecanismo eficiente. 4. Os incentivos jurídicos exist-

tentes para a aplicação da mediação no direito da insolvência. 4.1. A evolução do aparato normativo. 4.2. As experiências da mediação nos processos de recuperação judicial do Grupo Oi e Livrarias Saraiva. 4.3. Estímulos do Poder Judiciário: uma análise concreta dos Tribunais de Justiça das regiões sul e sudeste. 5. A Lei nº 14.112 de 2020. Conclusão.

Introdução.

Com segurança é possível afirmar que o ambiente econômico brasileiro, caracterizado por intensa burocracia, não favorece os empreendedores. Além disso, a partir de 2020 as empresas nacionais tiveram de suportar os impactos negativos imprimidos pela crise sanitária do coronavírus, o que acarretou na insolvência de diversos negócios. E, nesse contexto, o instituto jurídico da recuperação de empresas, introduzido em nosso ordenamento pela Lei nº 11.101 de 2005 (LREF), passou a figurar como verdadeiro instrumento de política pública, direcionado à manutenção da atividade das empresas em crise e, por consequência, da arrecadação tributária, da geração de empregos e da circulação de bens e serviços.

Após mais de 15 anos de vigência da Lei e frente a um cenário desafiador, no qual há a expectativa de que uma onda de insolvência atinja o Poder Judiciário, é momento de repensar o instituto da recuperação judicial com a intenção de aprimorá-lo.

O objetivo do artigo é evidenciar quais são os principais benefícios que a utilização da mediação pode trazer aos processos de recuperação judicial. Para tanto, além de destacar a evolução do aparato normativo relacionado ao tema e analisar particularidades dos casos do Grupo Oi e das Livrarias Saraiva, em que a mediação foi utilizada frutiferamente, realizou-se um levantamento de dados a fim de aferir quais os principais incentivos advindos dos Tribunais de Justiça

das regiões sul e sudeste direcionados à utilização da mediação nos processos de insolvência. Ao final, destacou-se que com a reforma da LREF, procedida pela Lei nº 14.112 de 2020, foi introduzido no diploma legal a Seção II-A, que trata especificamente da mediação e da conciliação aplicadas aos processos de recuperação. A tudo isso segue uma conclusão crítica.

2. A Lei nº 11.101 de 2005 e a dinâmica dos processos de insolvência.

No sistema capitalista vigente, as empresas representam o núcleo produtivo da economia, sendo responsáveis pela produção de riquezas, arrecadação de tributos, geração de empregos e manutenção da qualidade de vida dos cidadãos. Diante da importância que possuem para a sociedade, compete ao Estado regular a ordem econômica à luz dos princípios constitucionais, de modo a fornecer estímulo à atividade econômica por elas desenvolvida.²

Além desses estímulos, também é necessário que o Estado introduza no sistema mecanismos capazes de amenizar os efeitos negativos que as crises econômico-financeiras de empresas tendem a causar.³ E, atualmente, a principal norma no ordenamento jurídico brasi-

2 Assim dispõe o art. 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

3 LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Algumas ponderações após mais de uma década desde a publicação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*. Belo Horizonte, ano 15, n. 2, p. 143-177, maio/ago. 2018. p. 145.

leiro destinada a esse fim é a Lei nº 11.101 de 2005, ou “Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF)”, que substituiu o Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 para prover uma disciplina jurídica mais efetiva e adequada às empresas que estejam passando por dificuldades econômico-financeiras.

No regime jurídico anterior a 2005, a empresa que estivesse enfrentando problemas de insolvência e desejasse reequilibrar suas contas, a fim de manter a atividade econômica desenvolvida, tinha à sua disposição a concordata. O instituto, previsto no art. 139 e seguintes do Decreto-Lei de 1945, possibilitava à empresa insolvente pleitear a remissão parcial de algumas dívidas ou dilatar prazos para o pagamento dos credores.

Ocorre que a concordata não tutelava adequadamente o feixe de interesses presentes em uma crise de insolvência empresarial. Nesse sentido, ressalta-se que o objetivo do antigo diploma legal era retirar o comerciante insolvente do cenário econômico em que atuava, inexistindo o compromisso para com uma efetiva recuperação empresarial. Henrique Lana elucida que uma das principais características negativas do regime jurídico anterior a 2005 era “a ausência de cooperação e intervenção adequada por parte dos credores e demais pessoas, cujos interesses, sociais e econômicos, gravitam sobre a atividade negocial”.⁴

Foi nesse contexto de demanda por uma disciplina adequada que a LREF foi promulgada. Além de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro os procedimentos de recuperação judicial e extrajudicial de empresas – em substituição à concordata –, a Lei deslocou o seu principal foco da satisfação dos credores para a proteção jurídica do mercado, fixando a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica como “cânones interpretativos expressamente previstos”.⁵

4 Ibidem, p. 144.

5 BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 497.

Acerca da recuperação de empresas, o art. 47 da LREF é claro ao dispor que o objetivo do instituto é auxiliar a empresa devedora a superar a situação de crise econômico-financeira, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”, visando a “preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Não satisfeita em apenas introduzir a possibilidade de recuperação no ordenamento, com o intuito de prover maior dinamicidade ao processo recuperacional a LREF a previu em duas modalidades: a recuperação judicial (art. 55 e ss.) e a recuperação extrajudicial (art. 161 e ss). Ainda que obedeçam aos mesmos requisitos legais (art. 48), a principal diferença entre as duas modalidades reside no fato de que a recuperação judicial se origina de demanda formulada pela empresa insolvente perante o Poder Judiciário, a ser processada por juízo universal, ao passo que a recuperação extrajudicial consiste na negociação direta entre o devedor e alguns dos credores para a elaboração de um plano que, posteriormente, poderá ser homologado em juízo, com um transcurso mais célere e menos invasivo do que a modalidade judicial. No mais, para além dos créditos excluídos da recuperação judicial, a recuperação extrajudicial também não abrange créditos tributários (art. 161, § 1º).

Feita essa breve retomada histórica e o levantamento de algumas das principais características do instituto da recuperação de empresas, passa-se a discorrer sobre a dinâmica do processo de recuperação judicial de modo a evidenciar em que pontos a utilização da mediação se mostra oportuna.

2. As controvérsias na negociação e aprovação do plano de recuperação judicial.

A dinâmica do processo recuperacional contempla três grandes fases. A fase postulatória é o grande marco inicial do feito, que se inicia a partir da juntada da petição inicial e se estende até o despa-

cho de processamento do pedido de recuperação, no qual o juízo reconhece presentes os devidos requisitos exigidos pelo art. 51 da LREF. Findado o primeiro estágio, é dado início à fase deliberativa, que contempla o lapso desde a deliberação de deferimento do processamento da demanda até a aprovação do plano e a concessão da recuperação judicial. Finalmente, a fase de execução consagra o cumprimento das condições aprovadas pelos credores e se desdobra até a extinção do processo.

É no escopo da fase deliberativa que a Assembleia Geral de Credores (AGC) é instalada e ocorre a deliberação pela aprovação ou não do plano de recuperação proposto pela empresa insolvente. Fábio Ulhoa Coelho salienta que o plano de recuperação é a peça mais importante do processo, pois dependerá dele o alcance do objetivo do instituto, qual seja, a preservação da atividade econômica e o cumprimento da função social da empresa.⁶ Diante disso, tem-se que as negociações preliminares entre credores e devedor são essenciais para a composição de um plano com maiores chances de aprovação, visto que tal momento envolve o enfrentamento de entraves que ultrapassam a escala econômico-financeira, abrangendo também embates de confiança entre as partes, o que contribui para a existência de conflitos dessa natureza.

Além disso, é de notório conhecimento entre advogados, servidores e magistrados que atuam no âmbito recuperacional que a discussão do plano é sempre uma fase extremamente delicada e muitas vezes acalorada, em que as emoções são postas à tona. É cotidiano nos feitos de insolvência suspensões de assembleias por falta de consenso dos credores, realidade que poderia ser melhor enfrentada com a utilização de técnicas que permitissem a criação de um ambiente neutro, no qual os envolvidos pudessem compreender os reais interesses em jogo para a composição de um plano de recuperação adequado.

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 425.

Soma-se a isso o exíguo prazo legal de “60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial” para que o plano seja apresentado pelo devedor (art. 53), sob pena de convação em falência. Observa-se que não há, a rigor, um modelo de plano de recuperação judicial, na medida em que cada crise empresarial tem suas próprias particularidades. Contudo, importante frisar que pela própria natureza diminuta deste prazo, é costumeiro que as empresas devedoras apresentem inicialmente um plano recuperacional com carências e deságios elevados para tão somente após a impugnação dessas condições pelos credores, procederem com a negociação dos créditos. Esse cenário por si só evidencia a desimportância atribuída a uma negociação célere e à construção do plano de recuperação judicial pelas empresas em dificuldade.

Em meio virtual – realidade que se tornou essencial no ano de 2020 em decorrência da crise sanitária do coronavírus – a comunicação entre as partes também encontrou entraves. Apesar de a utilização de plataformas virtuais poder solucionar conflitos de forma mais célere e menos custosa, Fisher e Ury apontam uma nítida tendência de que as sessões de negociação presenciais tragam resultados mais frutíferos do que as virtuais. Nesse sentido destacam que “a falta de reforços auditivos e visuais nesse tipo de comunicação torna mais difícil ouvir ou interpretar sutilezas, o que pode despertar nossa tendência de ouvir sempre o pior”.⁷

Além das dificuldades de comunicação entre credores e devedor, os processos recuperacionais possuem a peculiaridade de que, por força de lei (art. 41), há uma diferenciação entre os credores em classes, a saber: *(i)* titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; *(ii)* titulares de créditos com garantia real; *(iii)* titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e *(iv)* titu-

7 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad. de Agavino R. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. Título original: *Getting to yes*.

lares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Embora o intuito do legislador tenha sido agrupar credores com interesses similares como uma forma de atenuar a complexidade de demandas recuperacionais e viabilizar a aplicação do princípio do *par conditio creditorum*,⁸ na prática, cada credor detém seus próprios interesses na composição do crédito, seja em seu valor pecuniário, forma de pagamento ou urgência em ter o pagamento efetivado. No entanto, há uma inviabilidade na análise individualizada dos créditos, salvo aqueles essenciais para o sucesso da negociação. Nesse sentido, no âmbito judicial, as negociações com a devedora detêm um caráter agrupador, sem de fato construir um plano personalizado junto aos credores.

Por outro lado, fica ao arbítrio da devedora proceder com a direta negociação dos créditos, visto que tanto o magistrado, na condição de detentor exclusivo do poder decisório em termos de legalidade, quanto o administrador judicial, na condição de fiscal e intermediador do processo, não conseguem estar presentes na integralidade do tempo e em total contato com os termos e deliberações do plano de recuperação. Assim, recai sobre a empresa devedora o ônus de negociar as condições do plano, de modo que, ante a ausência da devida orientação para a aplicação da técnica negociada, as condições transacionadas podem não atender aos reais interesses das partes envolvidas, o que aumenta as chances de desaprovação do plano de recuperação em momento futuro.

Evidenciados alguns dos principais pontos controvertidos observados no curso dos processos de recuperação judicial, passa-se a

8 O *par conditio creditorum* é o princípio que determina a igualdade de tratamento entre os credores. No sistema recuperacional, esse princípio se concretiza dentro das classes de credores, onde um credor não pode ser privilegiado em detrimento de outro em mesma situação. O Enunciado 81, da II Jornada de Direito Comercial, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, dispõe que “aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par conditio creditorum*”.

expor de que maneira a mediação pode ser considerada um mecanismo eficiente, apto a dotar o feito de maior celeridade e efetividade, sobretudo em sua fase deliberativa.

3. A aplicação da mediação como mecanismo eficiente.

Pautada nas disposições da Lei nº 13.140 de 2015 (“Lei de Mediação”), a mediação pode ser definida como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º da Lei de Mediação).

Apesar de aludir ao conflito, a utilização da mediação prescinde de uma pretensão resistida, sendo possível aplicá-la em contextos nos quais o objetivo é tão somente tornar negociações mais eficientes. Nesse sentido, Petrônio Calmon já destacou que:

A mediação é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato.⁹

Além de indicada para os casos em que haja vínculo anterior entre as partes (art. 165, § 3º, CPC), a doutrina destaca que o procedimento de mediação é pautado por uma certa flexibilidade, justificada “pela sujeição a regras um tanto diversas, voltadas menos para a obtenção de uma decisão final impositiva no processo específico e mais para a pacificação da relação conflituosa de modo consensual”.¹⁰

9 CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 113.

10 LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação Empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 101.

Essa flexibilidade, entretanto, não significa uma desorganização procedimental. Ao reverso, Tânia Almeida destaca que no momento de pré-mediação, “o mediador deve explicar com clareza e concisão a natureza de sua atuação e os princípios fundamentais e estruturais do processo”.¹¹ Referidos princípios estão dispostos no art. 2º da Lei de Mediação, sendo eles: *(i)* a imparcialidade do mediador; *(ii)* isonomia entre as partes; *(iii)* oralidade; *(iv)* informalidade; *(v)* autonomia da vontade das partes; *(vi)* busca do consenso; *(vii)* confidencialidade; e *(viii)* boa-fé.

Dentre os princípios que pautam a mediação, é necessário destacar os efeitos gerados pela confidencialidade. Isso porque esse é um dos principais motivos pelo qual a utilização da mediação se mostra atrativa para os envolvidos. Tudo o que for ali discutido, mesmo que no curso do processo recuperacional, ficará em sigilo, não sendo permitido ao mediador atuar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.¹² A confidencialidade da mediação, portanto, figura como oportunidade para que as partes possam negociar de maneira efetiva e transparente, visando a satisfação de seus reais interesses.

Dotada de tais características, a mediação pode apresentar valiosos benefícios no âmbito da recuperação judicial. Por esse motivo é que a Recomendação nº 58 de 2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), antes mesmo da reforma procedida na LREF pela Lei nº 14.112/2020, já estimulava a utilização da mediação no âmbito dos processos recuperacionais, destacando, em seu art. 2º, inciso II, que

11 ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014, p. 156-157.

12 A Lei de Mediação destaca, em seu art. 30, que “toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação”. A principal exceção para o princípio da confidencialidade é “a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública”.

a mediação poderia ser implementada para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões.

Isso ocorre porque a inserção de um terceiro imparcial, capaz de criar um ambiente neutro em que as negociações entre credores e devedores sejam facilitadas, tende a possibilitar que todos os interesses ali presentes sejam compreendidos e satisfeitos na maior medida possível, provendo maior efetividade e celeridade ao feito. Desse modo, os envolvidos são estimulados a suprimir os ânimos e focar em critérios objetivos para a construção conjunta de um plano efetivo, como o valor do crédito e o cronograma de atos a serem praticados pela empresa em recuperação.¹³

Portanto, a utilização da mediação pode ser determinante para que as partes superem barreiras comunicativas que possam surgir no curso das negociações. Barreiras estas que tendem a se agravar pela necessidade de que as sessões aconteçam em meio virtual durante o período de pandemia, conforme exposto anteriormente. Aliás, visando a destacar os benefícios da mediação para a facilitação da comunicação, Fernanda Tartuce pondera que:

A mediação se desenvolve por meio de conversações e/ou negociações entre as pessoas. Como meio focado no (re)estabelecimento da comunicação, configura um procedimento pautado por iniciativas verbais: por meio de expressões, questionamentos e afirmações, busca-se viabilizar um

13 Ao elencar as hipóteses para as quais a utilização da mediação é recomendada nos processos de recuperação judicial e falências, o art. 2º da Recomendação nº 58 de 2019 do CNJ elenca os “incidentes de verificação de crédito, permitindo que devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor do crédito e escolham um dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia” e “para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões”.

espaço de comunicação entre os envolvidos para que eles possam divisar saídas para seus impasses, relatando sua percepção e contribuindo para eventual elaboração de propostas.¹⁴

Outrossim, dependendo do contexto e da complexidade verificada na fase deliberativa do processo, as partes podem optar pela utilização da mediação que, conforme explica Tânia Almeida, consiste na “atuação conjunta de dois mediadores, preferencialmente com complementaridade de conhecimentos, para incrementar a qualidade do processo de diálogo em termos de manejo e de resultados”.¹⁵ Inclusive, a mediação está prevista no art. 3º, § 6º, da Recomendação nº 58 do CNJ, e pode potencializar os benefícios relacionados à compreensão dos interesses em jogo e à facilitação da comunicação, notadamente nos casos em que a complexidade da controvérsia recomende.¹⁶

No que tange à problemática relacionada à diferenciação legal entre as classes de credores, a utilização de sessões privadas – também chamadas de *caucus* e cujo intuito é a melhor compreensão dos interesses ou dos motivos para a existência de determinado impasse – pode surgir como um mecanismo hábil a superá-la. Aqui é importante destacar que as sessões privadas realizadas no curso do procedimento também são pautadas pelo princípio da confidencialidade. Desse modo, as informações não poderão ser levadas pelo mediador para a sessão conjunta e nem questionadas pelos demais, a não ser que a parte que solicite a sessão privada autorize a divulgação das informações.¹⁷ A propósito, Maria de Nazareth Serpa destaca que:

14 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 212.

15 ALMEIDA, Tânia. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014, p. 157.

16 NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. *A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos*. 1ª ed. Porto Alegre: Paixão, 2020.

17 Nos termos do art. 31 da Lei de Mediação “será confidencial a informação prestada por uma

As sessões privadas são de grande utilidade, não só para manter o fluxo do trabalho mediador, mas como meio de facilitar o acordo. Os passos mais significativos em direção ao acordo são dados ou motivados por essas sessões, quando o mediador propicia momentos de relaxamento e confiança às partes.¹⁸

Nesse sentido, mostra-se viável que, no curso do processo recuperacional, o mediador realize sessões privadas com cada uma das classes de credores para discutir o plano de recuperação e compreender quais são seus interesses específicos e quais caminhos deve facilitar para que os envolvidos atinjam um consenso.¹⁹ Em alguns casos é até mesmo proveitoso que o mediador tenha um momento com o próprio administrador judicial para esclarecer os fatos suscitados por credores e devedor.²⁰

Inobstante os benefícios expostos, para que a mediação aplicada aos processos de recuperação judicial gere efeitos e as partes possam colher resultados positivos, é de grande importância que haja um alinhamento entre mediador, credores e empresa devedora, sobretudo com relação às regras que irão pautar o procedimento. Ain-

parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado”. Nesse sentido, pode-se aludir a uma dupla camada de confidencialidade. Além da confidencialidade que pauta o procedimento de mediação como um todo, as sessões privadas são dotadas de um novo nível de confidencialidade.

18 SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação: uma solução judicosa para conflitos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 209.

19 RITT, Amanda Caroline. *A utilização da mediação no processo de recuperação judicial*. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito apresentado à Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2018. Disponível em: «<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62499/AMANDA%20CAROLINE%20RITT.pdf?sequence=1&isAllowed=y>». Acesso em: 04 out. 2020.

20 Nesse sentido, Diego Faleck destacou em palestra à *Turnaround Management Association* (TMA) ao tratar da relação entre o procedimento de mediação e o administrador judicial. TURNAROUND MANAGEMENT ASSOCIATION. Quarta Online: Mediação e o administrador judicial - 23/09/2019. Disponível em: «<http://www.tmabrasil.org/acervo-digital/videos/quarta-online-mediacao-e-o-administrador-judicial-23092020>». Acesso em: 04 out. 2020.

da, consoante o art. 3º, § 2º, da Recomendação nº 58/CNJ, é desejável que o mediador tenha “experiência em processos de insolvência e em negociações complexas com múltiplas partes”, justamente para uma melhor condução da sessão. Também é indispensável que as partes adotem uma postura colaborativa, de modo a facilitar a obtenção de um acordo que atenda satisfatoriamente às demandas dos credores e às possibilidades do devedor.

Ainda, é oportuno destacar que, tendo em vista os deveres de transparência dos atos e fiscalização do processo demandados do Administrador Judicial, não caberia a ele trabalhar com a negociação dos créditos da devedora ou atuar como mediador no mesmo processo, visto que essa atuação iria de encontro com a confidencialidade exigida no procedimento de mediação e, conseqüentemente, com sua atuação *longa manus* de confiança do magistrado dentro dos processos de recuperação judicial. Nesse sentido, a doutrina aponta que “sem dúvida que incentivar as partes a autocomporem é função de todos, mas cumular as funções poderia comprometer o princípio da confidencialidade”.²¹

No mais, mesmo após a aprovação do plano e a concessão da recuperação pelo juízo, há previsão legal de que a recuperação judicial poderá vigorar por no máximo dois anos e que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará em sua convalidação em falência (art. 61, *caput* e § 1º). Com efeito, a inserção de uma cláusula de mediação no próprio plano de recuperação tende a ser oportuna para dirimir eventuais disputas supervenientes, sem a necessidade de judicialização.

4. Os incentivos jurídicos existentes para a aplicação da mediação no direito da insolvência.

Do exposto, e feitas as devidas ponderações, conclui-se que a mediação pode ser uma importante ferramenta para que os processos

21 NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes, op. cit., p. 178.

de recuperação judicial passem a contar com mais celeridade, efetividade e segurança jurídica. Ainda, foi possível observar de que maneira tal mecanismo pode auxiliar na composição de um plano de recuperação que atenda aos interesses envolvidos.

Reconhecendo tais méritos advindos da conjugação entre recuperação judicial e mediação, o Judiciário brasileiro passou a criar instrumentos para incentivar práticas autocompositivas nessa seara. De modo a constatar tal afirmativa, passa-se a abordar as principais evoluções normativas nesse sentido para, ao final, expor de que maneira os Tribunais de Justiça das regiões sul e sudeste vêm incentivando a autocomposição no curso dos processos de insolvência.

4.1. A evolução do aparato normativo.

No que tange ao aparato normativo construído no Brasil, nota-se uma gradual evolução no sentido de incentivar a aplicação da mediação aos processos de recuperação judicial. Essa tendência ascendeu no início de 2010, com a Resolução nº 125 do CNJ que propôs estimular a busca por soluções autocompositivas para resolver conflitos. Mesmo não tratando especificamente dos processos de insolvência, a referida Resolução conseguiu introduzir o devido suporte para que, futuramente, a autocomposição no âmbito da recuperação judicial viesse a ser tratada em normativa específica.

Posteriormente, com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, o tema ganhou ainda mais espaço. Isso porque o diploma previu, logo em seu art. 3º, § 2º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Ainda, dedicou uma sessão exclusiva para tratar da temática (art. 165 e ss.). No mesmo ano foi promulgada a Lei nº 13.140/2015, batizada de “Marco Legal da Mediação” ou “Lei de Mediação”, que veio a complementar a Resolução nº 125 do CNJ, regulando o instituto da mediação de maneira mais completa e adequada. Sobre o tema, Fernanda Tartuce aponta que:

Pode-se dizer que a Lei de Mediação completou, juntamente com a Resolução n. 125 do CNJ e as normas sobre o tema contidas no Novo CPC, um “minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos”, mas ocupa o papel de verdadeiro marco legal a Lei de Mediação; dedicada exclusivamente ao meio consensual, ela o disciplina em minúcias e inova ao regular a mediação extrajudicial - algo que nenhuma lei anterior havia feito.²²

A despeito de tais evoluções, até então não havia previsão expressa de que a mediação poderia ser aplicada à recuperação judicial. O que se tinha era uma fundamentação implícita, partindo do art. 3º da Lei de Mediação, o qual dispunha que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Foi apenas em setembro de 2016 que, ao promover a I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), em parceria com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovou uma série de enunciados que tinham por objetivo incentivar a mediação, conciliação e arbitragem. É nesse momento que foi trazida à tona uma das primeiras interações expressas entre a recuperação judicial e a mediação, através do Enunciado 45, que previu: “a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”.

Tal marco é notável quando se verifica que, de fato, o enunciado converteu-se em aplicação prática: logo no ano seguinte, em 2017, o TJRJ autorizou, no âmbito do processo recuperacional da Oi, que esta promovesse sessões de mediação no contexto de seu pro-

22 TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da Mediação no direito brasileiro. p. 2. Disponível em: «<http://www.fernandartartuce.com.br/o-novo-marco-legal-da-mediacao/>». Acesso em: 25 set. 2020.

cesso de recuperação judicial,²³ obtendo resultados extremamente positivos. Nesse mesmo horizonte, em 2018, o TJSP deferiu a realização de sessões de mediação no processo de recuperação judicial do Grupo Saraiva, sendo este também um grande norte para a consolidação da temática.²⁴

Em 2019, atingiu-se o clímax jurídico da mediação congregada à recuperação judicial: a Recomendação nº 58 do CNJ. Nessa oportunidade, o Conselho Nacional de Justiça receitou os ditames da mediação nas demandas recuperacionais em termos mais específicos, não apenas orientando os magistrados à promoção, sempre que possível, da mediação nos feitos de recuperação judicial, mas também indicando quais pontos da matéria são mediáveis, como deve ocorrer a indicação e nomeação do mediador e quais são as competências necessárias para a boa prática das sessões.

Essa gradual evolução normativa consubstanciou-se na Lei nº 14.112 que, em dezembro de 2020, foi sancionada com a função de “atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”. Nesse sentido, foi incluída na LREF a Seção II-A, exclusiva para tratar “das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais nos processos de recuperação judicial”, conforme será demonstrado adiante, em capítulo exclusivo.

Dessa retomada cronológica, observa-se que a evolução normativa da mediação aplicada à recuperação judicial tem sido notável na última década. Além dos vários benefícios observados na aplicação prática dessa conjugação – principalmente com os casos da Oi e

23 TEIXEIRA, Matheus. TJ-RJ autoriza mediação em processo de recuperação judicial da Oi. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2017-set-13/tj-rj-autoriza-mediacao-processo-recuperacao-judicial-oi>». Acesso em: 05 out. 2020.

24 LONGO, Samantha Mendes. Política Estadão: O fortalecimento da mediação nas recuperações judiciais. Estadão, 2019. Disponível em: «<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-fortalecimento-da-mediacao-nas-recuperacoes-judiciais/>». Acesso em: 05 out. 2020.

Livrarias Saraiva, conforme será evidenciado na sequência –, a temática ainda demonstra perspectivas, sobretudo após o advento da Lei nº 14.112 de 2020, demandando uma constante lapidação por parte do Poder Judiciário e dos operadores do direito, visto que o direito recuperacional se encontra em constante mudança.

4.2. As experiências da mediação nos processos de recuperação judicial do Grupo Oi e Livrarias Saraiva.

Apesar da conjugação entre mediação e recuperação judicial no Brasil caminhar a passos graduais, ainda assim existem dois casos emblemáticos que bem representam os efeitos da conjugação entre os institutos. São eles, como já mencionado, as recuperações judiciais do Grupo Oi e das Livrarias Saraiva. Tratam-se de duas experiências ímpares, que demonstraram resultados frutíferos ao se utilizarem da mediação para remediar conflitos decorrentes da crise de insolvência que ambas as companhias ainda enfrentam no momento em que este estudo foi produzido.

A recuperação judicial do Grupo Oi, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial do TJRJ,²⁵ foi ajuizada em junho de 2016 e expressou pioneirismo ao instaurar o procedimento de mediação no curso de um processo recuperacional. Embora se trate de um processo singular e de extrema complexidade, considerando ser a maior recuperação judicial da América Latina até o momento,²⁶ o caso foi essencial para servir de exemplo a outras demandas de insolvência empresarial que podem se valer da eficácia dos métodos autocompositivos.

25 Autos nº 020371165.2016.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

26 A título ilustrativo, Antonio Netto e Samantha Longo destacam que o processo compreende 55 mil credores, trata de dívida no montante de 64 bilhões de reais e contém mais de 30 mil incidentes processuais (NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes, op. cit., p. 149-155).

Tratando-se de um processo com mais de 450 mil folhas, dentre elas contendo mais de 30 mil incidentes processuais, o 7º Juízo Empresarial do TJRJ foi extremamente lúcido ao deferir a realização de sessões de mediação *online* em três fases no processo do Grupo Oi: a primeira com credores possuidores de créditos de até R\$50.000,00, a segunda para mediar incidentes processuais e a terceira para tratar de créditos ilíquidos.²⁷ No mesmo feito, vale a menção do incidente entre o Grupo Oi e a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) – maior credora do processo –, em que a mediação também foi utilizada.²⁸

Nesse contexto, é válido ressaltar que a despeito das impugnações de credores financeiros à decisão que deferiu a realização de sessões de mediação no curso do processo do Grupo Oi, a Desembargadora Monica Costa Di Piero, do TJRJ, entendeu pela harmonia da aplicação dos dois institutos, argumentando no seguinte sentido:

[...] 6. Com efeito, a Lei nº 11.101/2005 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência. 7. Assim, na forma do art. 3º da Lei nº 13.140/2015, o qual disciplina "que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação", não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência. 8. Não se perde de vista, contudo, que embora a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) seja a regra especial do instituto, sua interpreta-

27 Ibidem, p. 150-155.

28 JORNAL DO COMÉRCIO. Juiz determina mediação entre Oi e Anatel sobre dívida de mais R\$ 11 bilhões. Disponível em: «https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2016/09/economia/524009-juiz-determina-mediacao-entre-oi-e-anatel-sobre-divida-de-mais-de-r-11-bilhoes.html». Acesso em: 05 out. 2020.

ção deve se dar em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, no caso, com a Lei de Recuperação Judicial.²⁹

Portanto, verifica-se que a recuperação judicial do Grupo Oi foi inovadora uma vez que o Poder Judiciário foi pioneiramente acionado para tratar questões relativas à inserção da mediação no âmbito de uma recuperação judicial, postura que foi essencial não só para a aprovação do plano de recuperação judicial, mas para a organização e celeridade do processo como um todo.

No processo de recuperação judicial da Livrarias Saraiva, por sua vez, a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do TJSP,³⁰ por manifestação do magistrado Dr. Paulo Furtado de Oliveira Filho, determinou a realização de sessões de mediação preventivas durante a fase deliberativa da demanda. Conforme pontuam Antonio Netto e Samantha Longo:

Essa mediação possibilitou o ajuste do plano de recuperação judicial antes da sua deliberação em assembleia, de modo a atender às necessidades dos credores, conforme os interesse de cada uma das classes, sem deixar de considerar a realidade financeira da empresa.³¹

Além disso, no caso, as mediações aconteceram em duas fases: a primeira até a apresentação do plano de recuperação e a segunda até a realização da Assembleia Geral de Credores, sendo que os honorários do mediador foram pagos pelo próprio administrador ju-

29 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0018325-28.2017.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Data de julgamento: 29 ago. 2017. Data de Publicação: 13 set. 2017.

30 Autos nº 1119642-14.2018.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo.

31 NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes, op. cit., p. 156.

dicial que recomendou a utilização do procedimento. Pontue-se que, nesse caso, ficou a encargo do magistrado nomear o mediador.

Conclui-se dos autos que através da mediação os interesses das partes se mostraram com maior clareza. A utilização da mediação permitiu que a devedora visse que seria necessária uma mudança de gestão interna para que o plano fosse aprovado pelos credores, o que de fato se concretizou, concebendo-se um plano recuperacional com mais de 85% de aprovação em assembleia.³²

4.3. Estímulos do Poder Judiciário: uma análise concreta dos Tribunais de Justiça das regiões sul e sudeste.

Paralelamente à evolução do aparato normativo e da ocorrência de casos como os do Grupo Oi e das Livrarias Saraiva, a ideia de que a autocomposição poderia auxiliar o Poder Judiciário a atenuar os homéricos acervos de processos nas varas passou a ser gradualmente reconhecida e colocada em prática. Especificamente no que tange ao contencioso recuperacional, em 2020, o Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, discorreu sobre a necessidade de se “achatar a curva dos pedidos de recuperação judicial”, diante do considerável aumento de pedidos decorrentes da crise sanitária causada pelo novo coronavírus.³³ Como resposta, o CNJ lançou uma recomendação aos Tribunais para a criação dos “Cejuscs Empresariais”, que teriam por objetivo atenuar os impactos da crise na seara comercial.³⁴

32 MOLINERO, Bruno. Folha de S. Paulo: plano de recuperação judicial da Saraiva é aprovado depois de série de atrasos e entraves. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/plano-de-recuperacao-judicial-da-saraiva-e-aprovado.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2020.

33 OLIVON, Beatriz; BACELO, Joice; AGUIAR, Adriana. Valor Econômico: Ministro alerta para processos desnecessários. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/06/12/ministro-alerta-para-processos-desnecessarios.ghtml>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

34 SANTOS, Rafa. Consultor Jurídico: CNJ aprova resoluções para melhorar o ambiente de

Nesse contexto, a mediação e conciliação passaram a figurar como importantes instrumentos, sobretudo para facilitar a renegociação de créditos entre empresa devedora e seus credores. Também não se olvida que a implementação de varas especializadas no assunto foi de suma importância para a devida execução do feito de recuperação congregado a esse contexto de inovações. Nessa esteira, a propósito, Sidnei Beneti é enfático ao destacar que “a exclusividade para a matéria insolvential atendeu a alguns norteamentos, exigidos pelo caráter concursal, forçosamente plúrimo, no aspecto subjetivo e objetivo, da matéria, para a formação rápida de precedentes fortes”.³⁵

Voltando o foco da análise para as regiões sul e sudeste do Brasil, verificou-se uma forte atuação dos Tribunais de Justiça na promoção de práticas autocompositivas em demandas que envolvam o mérito empresarial, mormente na esfera do direito recuperacional.

Partindo do extremo sul do país, vale destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul inaugurou, em junho de 2020, o Cejusc Empresarial, promovendo, paralelamente, a mediação e conciliação em regime presencial e virtual.³⁶ Ademais, o TJRS já havia experimentado, em dezembro de 2019, um mutirão de mediação e conciliação entre credores e empresas em recuperação judicial no município de Piratini, fato que ocorreu, principalmente, em virtude do incentivo do Juiz de Direito Igor Guerzoni Hamade.³⁷

recuperação de empresas. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2020-jul-18/cnj-recomenda-criacao-cejusc-empresariais-padronizacao>». Acesso em: 06 ago. 2020.

35 BENETI, Sidnei. Competência em falências e recuperações judiciais. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. (Coord.). *10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/05)*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20.

36 TJRS. CEJUSC-EMPRESARIAL é instalado. Disponível em: «<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/cejusc-empresarial-e-instalado-em-cerimonia-virtual/>». Acesso em: 05 out. 2020.

37 TJRS. Mutirão de mediação e conciliação é realizado entre credores e empresa em recuperação judicial no município de Piratini. Disponível em: «https://www.tjrs.jus.br/site/system/modules/com.br.workroom.tjrs/elements/noticias_controller.jsp?acao=ler&idNoticia=489535». Acesso em: 05 out. 2020.

No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, procedeu-se à implementação do Cejusc virtual em julho de 2020. Em uma tentativa bem-sucedida de facilitar o acesso dos interessados à realização de audiências de mediação, essa medida também figurou como ferramenta ao enfrentamento da pandemia da Covid-19.³⁸ Além disso, o Judiciário catarinense anunciou, em abril de 2020, que vem preparando conciliadores e mediadores para atuarem em pedidos de recuperação judicial,³⁹ iniciativa que está de acordo com o art. 3º, § 2º, da Recomendação 58 do CNJ, que destaca a preferência pelo mediador que tenha prévia experiência em processos dessa natureza para atuar na esfera recuperacional.

Outrossim, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em abril de 2020, anunciou a criação do “Cejusc Recuperação Empresarial” na Comarca de Francisco Beltrão, no interior do estado. Idealizada pelo magistrado e Professor Dr. Antonio Evangelista Souza Netto, em conjunto com os desembargadores José Laurindo de Souza Netto e Ramon Nogueira, o projeto-piloto passou a aplicar a mediação e a conciliação tanto em caráter pré-processual quanto em processos de recuperação judicial já em curso.⁴⁰ Essa iniciativa serviu de espelho para o Judiciário brasileiro em recomendações feitas pelo CNJ⁴¹ e como norte para a promoção da prática da mediação na esfera da recuperacional.

38 TJSC. Cejusc de Chapecó dribla a pandemia ao oferecer audiências de mediação on line. Disponível em: «<https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/judiciario-de-sc-prepara-conciliadores-e-mediadores-para-pedidos-de-recuperacao-judicial>». Acesso em: 05 out. 2020.

39 TJSC. Judiciário de SC prepara conciliadores e mediadores para pedidos de recuperação judicial. Disponível em: «<https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/judiciario-de-sc-prepara-conciliadores-e-mediadores-para-pedidos-de-recuperacao-judicial>». Acesso em: 05 out. 2020.

40 TJPR. “CEJUSC Recuperação Empresarial” é implantado na comarca de Francisco Beltrão. Disponível em: «https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/35253519». Acesso em: 05 out. 2020.

41 REDAÇÃO BEMPARANÁ. Projeto do TJPR é citado em recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: «<https://www.bemparana.com.br/noticia/projeto-do-tjpr-e-citado-em-recomendacao-do-conselho-nacional-de-justica#.Xy4qCShKjIX>». Acesso em: 05 out. 2020.

Passando para a análise dos incentivos implementados na região sudeste, sobreleva-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para além do considerável número de varas especializadas já consolidadas no estado, implementou em 2020 o “Projeto-Piloto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes da Covid-19”, que tem por objetivo evitar a judicialização em massa de demandas empresariais decorrentes da crise sanitária do coronavírus, prevendo, para tanto, a realização de sessões de mediação e conciliação através de plataformas virtuais.⁴² Ainda, vale destacar que através do referido projeto o TJSP visou abarcar o “apoio à renegociação de obrigações na área de falências e recuperação judicial”.⁴³

Nessa esteira, ainda no estado de São Paulo, merece ênfase as recentes decisões proferidas pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Dr. Paulo Furtado de Oliveira Filho, que, além de destacar a necessidade do diálogo e da negociação para a eficiência das recuperações judiciais, ao deferir o processamento nos autos de nº 1050778-50.2020.8.26.0100, nomeou de ofício mediador para, desde logo, atuar através de sessões de pré-mediação entre credores e devedor, visando a celeridade e efetividade do feito.⁴⁴ Como os credores estão desarticulados no início do processo, não há como ouvi-los logo nas fases iniciais da demanda acerca de quem seria o mediador a ser nomeado. Dessa forma, não há óbice à nomeação proferida pelo juízo logo no começo do processo. Ressalta-se, contudo, que se espera a indicação realizada pelas próprias partes, resgatando a autonomia

42 VIAPIANA, Tábata. Consultor Jurídico: TJSP cria projeto-piloto de conciliação e mediação durante pandemia de Covid-19. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/tj-sp-cria-projeto-piloto-conciliacao-mediacao-durante-epidemia>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

43 TJSP. Mediação Empresarial Pré-Processual. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Coronavirus/MediacaoEmpresarial>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

44 Autos nº 1050778-50.2020.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

que funda a mediação, o que necessitaria de uma mudança cultural que ainda não se vê concretamente dentro da insolvência. Registre-se que nos casos em que isso ocorreu, a mediação foi recomendada pelo próprio administrador judicial, o qual suportou em seus honorários as custas do procedimento de mediação a ser realizado.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a seu turno, para além do célebre caso do Grupo Oi, no qual sessões de mediação possibilitaram a renegociação de dívidas com mais de 20 mil credores,⁴⁵ introduziu o: “Regime Especial de Tratamento de Conflitos Relativos à Recuperação Empresarial e Falência (RER)”, implementado em junho deste ano. O objetivo da medida foi prover maior celeridade e eficiência aos processos de insolvência frente ao cenário de crise – que tende a se agravar –, utilizando, para tanto, a mediação como mecanismo catalisador. As sessões de autocomposição irão ocorrer através de plataforma online e a expectativa é de resultados positivos para todos os envolvidos.⁴⁶

Da análise do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi possível observar que esforços para o incentivo de medidas autocompositivas vêm sendo introduzidos desde os desastres de Mariana e Brumadinho.⁴⁷ A propósito, vale ressaltar o recente e histórico acordo firmado entre a Vale e o Estado de Minas Gerais que, através da mediação, fixaram o pagamento de indenização pelos danos causados em razão do rompimento da barragem de rejeitos, em Brumadi-

45 CARRO, Rodrigo. Valor Econômico: Judiciário autoriza uso de mediação em processo da Oi. Disponível em: «<https://valor.globo.com/legislacao/coluna/judiciario-autoriza-uso-de-mediacao-em-processo-da-oi.ghtml>». Acesso em: 05 out. 2020.

46 TJRJ. Regime Especial de renegociação para empresas atingidas pelo impacto da Covid-19 será implantado no Rio. Disponível em: «<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7328589>». Acesso em: 05 out. 2020.

47 TJMG. TJMG trabalha para amenizar a dor das vítimas de Brumadinho. Disponível em: «<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-trabalha-para-amenizar-a-dor-das-vitimas-de-brumadinho-8A80BCE66FAFC748016FD82266EA4022.htm#.Xy4wXihKjIV>». Acesso em: 05 out. 2020.

no, em R\$37,7 bilhões.⁴⁸ Com efeito, merece destaque o fato de que sessenta e nove Cejuscs foram instalados no estado só nos últimos dois anos.⁴⁹

Por fim, no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verificou-se a implementação do “Projeto Especial de Recuperação Empresarial (PERE)”, que, a exemplo do Projeto-Piloto promovido pelo TJSP, tem por objetivo incentivar a negociação, a conciliação e a mediação em disputas empresariais decorrentes do cenário de crise. O projeto foi instituído pelo Ato Normativo Conjunto nº 22/2020, assinado pelo Presidente do TJES, Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa, e pela supervisora do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania (NUPEMEC), Des. Janete Vargas Simões, em junho de 2020.⁵⁰

5. A Lei nº 14.112 de 2020.

Após anos de evolução normativa e diante das frutíferas experiências observadas em casos de grande repercussão, como do Grupo Oi e das Livrarias Saraiva, bem como à luz das iniciativas concretizadas pelos Tribunais de Justiça, com o objetivo de modernizar o sistema recuperacional e falimentar brasileiro, no dia 24 de dezembro de 2020 foi sancionada a Lei nº 14.112/2020, que delineou a reforma da LREF. Atendendo os anseios do Projeto de Lei nº 6229 de 2005, a re-

48 TJMG. Presidente do TJMG homologa acordo histórico entre a Vale e instituições públicas. Disponível em: «<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/presidente-do-tjmg-anuncia-acordo-historico-entre-a-vale-e-as-instituicoes-publicas-8A80BCE676728EAA01776D32461E7848.htm#>». Acesso em: 01 abr. 2021.

49 TJMG. Sessenta e nove Cejuscs instalados em apenas 2 anos. Disponível em: «<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/sessenta-e-nove-cejuscs-instalados-em-apenas-2-anos.htm#.Xy4uMChKjIW>». Acesso em: 05 out. 2020.

50 TJES. Justiça Estadual Institui Projeto Especial de Recuperação Empresarial em Razão da Covid-19. Disponível em: «<http://www.tjes.jus.br/justica-estadual-institui-projeto-especial-de-recuperacao-empresarial-em-razao-da-covid-19/>». Acesso em: 05 out. 2020.

forma instituiu uma seção específica na Lei nº 11.101 de 2005 para tratar da autocomposição no âmbito das recuperações judiciais (Seção II-A).

Nesse sentido, merece destaque a possibilidade de instauração da mediação antecedente, realizada em fase pré-processual, ferramenta que, agora prevista em lei, se instaura perante câmara especializada ou no próprio Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Através de um rol meramente exemplificativo, o art. 20-B, a LREF passa a prever de maneira explícita a compatibilidade entre mediação e recuperação judicial nos casos de conflitos societários, discussão de créditos extraconcursais e até mesmo em conflitos envolvendo concessionárias de serviços públicos e órgãos reguladores.

Nesse contexto, a Lei nº 14.112/20 também introduziu a faculdade de que a empresa devedora obtenha tutela de urgência cautelar, nos moldes estipulados pelo art. 305 e ss. do CPC, com o objetivo de suspender as execuções em até 60 (sessenta) dias e possibilitar a instauração de procedimento de conciliação ou mediação em um ambiente negocial menos tensionado. A propósito, Fábio Ulhoa Coelho considera a referida previsão essencial para a criação de um ambiente negocial saudável:

A inexigibilidade temporária das execuções contra o devedor em dificuldade é, como todos sabem, uma condição imprescindível à criação de um ambiente propício à negociação racional. A disciplina da questão da suspensão da exigibilidade pela Reforma de 2020 (abrindo duas alternativas para isso) pode perfeitamente ser lida como a previsão de uma possível “nova fase” no processo judicial, que visa contribuir para a superação da crise das empresas.⁵¹

51 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 102.

No entanto, na hipótese de haver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial após a concessão do prazo supracitado (60 dias), esse lapso temporal será subtraído do período de suspensão das ações e execuções previsto no art. 6º da LREF (*stay period*). Tal condição, prevista no art. 20-B, § 3º, evita que esse período de pré-insolvência, onde a mediação e a conciliação podem ser utilizadas, seja manipulado a fim de se obter um período estendido de proteção judicial em face das execuções ajuizadas contra a empresa devedora.

De toda sorte, cabe elucidar que essa possibilidade de suspensão das execuções com o fito de se criar um melhor ambiente negocial à empresa devedora foi inspirada na Diretiva Europeia nº 2019/1023, que em uniformidade com o sistema insolvencial francês, instituiu regimes de reestruturação preventiva e de alertas à empresa em dificuldades.⁵²

Outrossim, alinhada ao teor da Recomendação nº 58 do CNJ, a reforma da LREF também vedou a utilização da mediação e da conciliação para a classificação de créditos e suas naturezas jurídicas. Segundo lecionam Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo tal medida mostrou-se necessária ante a possibilidade de o concurso de credores e o princípio do *par conditio creditorum* serem burlados ao se proceder com a reclassificação de créditos pautada nos interesses e conveniência da empresa recuperanda.⁵³

Com efeito, em sendo frutífera a conciliação ou mediação instaurada, o acordo será homologado pelo juízo competente, a teor do art. 20-C da LREF. Apesar de tal previsão, Geraldo Fonseca de Barros Neto afere que o ideal é que o sucesso da mediação antecedente pos-

52 A Diretiva (UE) nº 2019/1023 prevê em seu item “31” a possibilidade de se nomear profissional especializado em reestruturação empresarial para auxiliar as negociações entre empresa devedora e seus credores, podendo a autoridade judicial ou administrativa conceder à recuperanda suspensão de todas as medidas executivas a fim de propiciar um ambiente negocial saudável para as partes envolvidas.

53 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 96.

sibilite à devedora a desnecessidade de instauração de processo de recuperação judicial⁵⁴. No entanto, caso venha a ajuizar em até 360 dias contados do acordo firmado durante o período pré-processual, os direitos e garantias dos credores serão reconstituídos conforme as condições originalmente contratadas, nos termos do parágrafo único do artigo supracitado.

Nota-se, dessa forma, que a Lei nº 14.112/20 materializou de forma lúcida as recomendações e orientações anteriormente previstas à reforma da LREF.⁵⁵ Inspirado no modelo europeu, o legislador pátrio inovou em não só trazer à luz da lei a possibilidade de utilização da mediação na recuperação judicial, mas também criar um ambiente de pré-insolvência propício para os atos negociais e para a própria instauração da mediação.

Conclusão.

Do exposto, foi possível concluir, primeiramente, que em muitos de seus pontos, notadamente na fase deliberativa, o processo de recuperação judicial é compatível com a aplicação da mediação. Observou-se que a mediação não só é capaz de dotar o feito de celeridade e efetividade, mas também figura como mecanismo essencial para que o instituto atinja seu objetivo final: preservar a empresa, sua função social e estimular a atividade econômica.

Além disso, a partir da evolução normativa relacionada à temática, foi possível notar que ao longo dos anos, o Estado passou a

54 BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência*: comentada e comparada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 29.

55 Nesse contexto, destaca-se a inclusão do art. 22, inc. I, alínea j, através da qual passou a constar de maneira expressa que ao administrador judicial compete “estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros”, na forma do art. 3, , do CPC.

ver a mediação como mecanismo catalisador e elemento diferencial para a celeridade do procedimento e efetividade da tutela a ser prestada. Como principais marcos normativos, foram evidenciados no Brasil, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei nº 13.140/2015, que oficializaram o estímulo à autocomposição no âmbito judiciário. Essas medidas abriram espaço para que, posteriormente, uma normativa específica – Recomendação nº 58 do CNJ – viesse a incentivar a utilização da mediação nos processos de recuperação judicial.

Nesse contexto, ainda foi possível evidenciar algumas das características e particularidades da recuperação judicial do Grupo Oi e das Livrarias Saraiva, em que a mediação foi utilizada e apresentou benefícios para o andamento do feito. Embora os liames das negociações estejam abarcados pela confidencialidade do procedimento, ainda assim observou-se alguns pontos de relevo que podem servir como baliza para análise da utilização da mediação em outros casos.

Na sequência, tratando especificamente dos Tribunais de Justiça das regiões sul e sudeste, observou-se que a atuação, de modo geral, acompanhou a evolução normativa, com destaque para o aumento do número de Cejuscs nos últimos anos. Diante da crise social e econômica ocasionada pela Covid-19, esse movimento ganhou maior ímpeto com o intuito de dotar maior celeridade às demandas advindas de situações causadas pela pandemia. Ainda nessa toada, no que tange especificamente ao horizonte recuperacional, verificou-se uma atuação muito positiva, através da implementação de varas especializadas e da inauguração de projetos cujo objetivo é estimular a autocomposição em demandas dessa natureza.

E, por fim, destacou-se as inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020, que reformou a LREF introduzindo uma seção específica para tratar sobre a aplicação da mediação e da conciliação aos processos de recuperação judicial. Tal fator consolida os esforços legislativos e judiciários destacados no curso do presente trabalho e reforça a percepção de que a utilização da autocomposição tende a ser extre-

mamente benéfica quando aplicada aos processos de insolvência, frente a todas as suas particularidades.

Em suma, diante da importância que possui para a economia nacional, o instituto da recuperação judicial deve estar sob constante aprimoramento, e a mediação pode figurar como elemento chave nesse processo construtivo.

A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO AO NÚMERO DE VOTOS EM FUNÇÃO DA PESSOA DO ACIONISTA (E NÃO APENAS DA CLASSE DA AÇÃO)¹

THE POSSIBILITY OF LIMITING THE NUMBER OF VOTES BASED ON THE SHAREHOLDER ITSELF (AND NOT ONLY ON THE STOCK TYPE)

*Mauricio Moreira Menezes
Nicholas Furlan Di Biase*

Resumo: A despeito da diversidade de discussões decorrentes do exercício do direito de voto pelo acionista de sociedade anônima, o §1º do art. 110 da Lei nº 6.404/1976 parece não ter sido objeto de análises suficientemente aprofundadas para fins de se extrair o exato significado e alcance da norma contida nesse texto legal. Nesse cenário, o presente artigo se propõe a analisar o mencionado dispositivo de Lei, a fim de demonstrar a possibilidade de que o estatuto social da companhia estabeleça limitação número de votos de cada acionista com fundamento na pessoa do acionista (e não com base apenas na classe da ação por ele detida).

Palavras-chave: Direito Societário. Direito de Voto. Direitos Essenciais. Sociedade Anônima. Acionista.

Abstract: In spite of the diversity of legal discussions resulting from the shareholder's right to vote, it seems that par. 1 of article 110 of Law No. 6,404/1976 has not been the object of sufficiently in-depth analysis to extract the exact meaning and scope of the rule contained in that legal text. In this scenario, this paper aims to analyze the aforementioned Law provision, in order to demonstrate the possibility

1 Artigo recebido em 04.04.2021 e aceito em 15.06.2021.

that the company's bylaws limits the number of votes of each shareholder based on the shareholder itself (and not only based of the type of stock that the shareholder holds).

Keywords: Corporate Law. Right to Vote. Basic Rights. Stock Corporation. Shareholder.

Sumário: Introdução. 1. Os direitos essenciais do acionista da sociedade anônima. 2. Voto: direito não essencial do acionista. 3. A possibilidade de limitação ao número de votos em função da pessoa do acionista. 3.1. A limitação como instrumento útil para proteção de interesses: o caso da Embraer. 3.2. Necessidade de adoção de critérios de distinção objetivos e em consonância com o interesse social. 3.3. A limitação do art. 110, §1º, da Lei Societária não se confunde com situações de conflito de interesses.

Introdução.

O exercício do direito de voto pelo acionista de sociedade anônima em assembleias gerais pode ser considerado, sem dúvidas, um dos temas do Direito Societário que mais causa discussões e dá ensejo a litígios judiciais e arbitrais.

Discute-se desde se tal direito deve ser entendido como essencial do acionista, passando por questões relacionadas à própria conceituação do acionista controlador (como aquele que, dentre outras características, tem assegurada a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral), adentrando em matérias mais conflituosas, como o abuso do poder de controle, a necessidade de observância do interesse social quando do exercício do voto e as situações que envolvem o efetivo ou potencial conflito de interesses dos acionistas com a companhia na deliberação de determinadas matérias.

A despeito dessa infinidade de discussões que remetem, como ponto comum, ao exercício do direito de voto, um dos parágrafos do art. 110 da Lei nº 6.404/1976 (justamente o dispositivo que inicia a Seção do “Direito de Voto” da Lei Societária) parece não ter sido objeto de análises suficientemente aprofundadas para fins de se extrair o exato significado e alcance da norma contida nesse texto legal.

Trata-se do §1º do referido art. 110, segundo o qual: “o estatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista”.

De maneira geral, autores que se ocupam da análise desse dispositivo referem-se à possibilidade de restrição para embasar a afirmação de que o direito de voto não é essencial do acionista (já que a própria norma permite que tal direito seja limitado). Contudo, muitos concluem que tal limitação deve ser aplicada, de forma idêntica, a titulares ações da mesma classe (ou espécie, quando não houver divisão em classes), desconsiderando o texto legal que expressamente faz referência à figura do acionista.

Nesse cenário, o presente artigo propõe-se a analisar de maneira mais aprofundada o mencionado dispositivo da Lei das S.A., a fim de demonstrar a possibilidade de que o estatuto social da companhia limite o número de votos de cada acionista (nos termos do art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976) em função da pessoa do acionista (i.e., em características do próprio acionista); e não apenas na classe da ação por ele detida.

Para tanto, inicialmente, são feitas exposições introdutórias sobre os direitos essenciais do acionista da sociedade anônima (Seção 1 a seguir) e do direito de voto (Seção 2), demonstrando ser pacífico o entendimento no sentido de que o voto não consiste em direito essencial do acionista e, portanto, pode ser limitado, ou até mesmo suprimido, em determinadas hipóteses.

Na sequência (Seção 3), passa-se à análise específica da disposição contida no art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976, sendo expostos argumentos pelos quais se entende que a interpretação mais correta

do referido dispositivo legal vai no sentido de que a limitação do direito de voto mencionada na norma pode ser instituída com base em características do titular da ação, independentemente da quantidade, espécie ou classe desta.

Na mesma Seção, o entendimento acima é reforçado com base no caso concreto de uma companhia aberta que, há décadas, contém em seu estatuto social limitação ao número de votos aplicável exclusivamente aos seus acionistas estrangeiros (ainda que estes possuam ações de mesma classe que acionistas brasileiros). Adicionalmente, diferencia-se a regra contida no mencionado art. 110, §1º, daquela do art. 115, §1º, ambos da Lei nº 6.404/1976; bem como são sugeridos critérios para que as limitações direcionadas aos acionistas sejam adequadas à Lei. Ao final, são objetivamente expostas as conclusões alcançadas.

1. Os direitos essenciais do acionista da sociedade anônima.

O art. 109 da Lei nº 6.404/1976 elenca os chamados “direitos essenciais do acionista” de companhias, contemplando, taxativamente, os direitos de (i) participar dos lucros sociais; (ii) participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; (iii) fiscalizar, na forma prevista na Lei Societária, a gestão dos negócios sociais; (iv) preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição; e (v) retirar-se da sociedade nos casos previstos em Lei.

Conforme ensinamentos de Sergio Campinho, direitos essenciais são aqueles inerentes à própria qualidade de acionista, traduzindo “direitos individuais ou próprios, para os quais não se permite modificação ou supressão pela vontade coletiva, expressa pela voz da maioria, ou pelo consentimento de todos ou de certos acionistas”.²

2 CAMPINHO, Sergio. *Curso de Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 239-240.

Segundo Marcelo Barbosa, os direitos essenciais são inderrogáveis, no sentido de que nem o estatuto social, nem a assembleia geral, poderão privar o acionista de seu exercício.³ Tal característica, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, é indicativo do papel dos direitos essenciais como estabilizadores das relações de poder na companhia, ao delimitarem o que são, para todos os efeitos, as garantias legais dos acionistas.⁴

O primeiro direito essencial mencionado no rol do art. 109 da Lei Societária é o da participação do acionista nos lucros sociais. Como se sabe, sociedades empresárias são constituídas tendo por objetivo a geração e lucro e a partilha desses resultados entre seus sócios, à vista da contribuição por estes realizadas para a exploração do objeto social. Logo, é natural que o direito que o acionista tem de participar nos lucros sociais seja considerado essencial: em sendo o lucro o próprio fim mediato da sociedade, seus sócios não podem ser excluídos da partilha.⁵⁻⁶

Sobre o caráter fundamental que a partilha dos lucros tem em uma sociedade empresária, Nelson Eizirik bem observa que a companhia que não produz lucro e, portanto, não o distribui, pode ter sua dissolução requerida pelos acionistas na forma do art. 206, II, b, da

3 BARBOSA, Marcelo. Título III: acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 224-225.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2, p. 287.

5 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 192-193.

6 A forma mais comum de materialização do direito do acionista ao lucro social consiste no direito que o mesmo acionista tem sobre os dividendos que tocam as ações de sua propriedade. Contudo, o direito de participar dos lucros sociais não se confunde com o direito de receber dividendos. Enquanto o direito do acionista ao lucro decorre apenas de seu *status socii*, o direito ao dividendo – embora originado do primeiro – somente surge quando configuradas situações específicas previstas em Lei ou no estatuto social, podendo inclusive estar pendente de deliberação assemblear ou da administração da companhia (ROBERT, Bruno. *Dividendo mínimo obrigatório nas sociedades por ações brasileiras*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 47).

Lei nº 6.404/1976, uma vez que não estará preenchendo seu fim social.⁷

Por sua vez, o inciso II do referido art. 109 trata do direito que o acionista possui de participar do acervo da companhia em caso de liquidação. Trata-se de um direito “virtual” (potencial), uma vez que não será exercido ao longo do desenvolvimento ordinário das atividades da sociedade. Tal direito somente se tornará exigível após a dissolução da companhia, quando se iniciam os procedimentos para sua liquidação.

A participação dos acionistas no acervo da companhia é, como regra geral, proporcional ao número de ações que cada um possuir. Contudo, essa regra comporta exceções, como nos casos em que o estatuto social estabelece a prioridade dos titulares de ações preferenciais no reembolso do capital, na forma do art. 17 da Lei nº 6.404/1976;⁸ se a assembleia geral da companhia em liquidação aprovar a partilha por transferência de bens aos acionistas (aprovação que depende do voto favorável de acionistas que representem, pelo menos, 90% das ações, de acordo com o art. 215, §1º, da Lei Societária);⁹ ou na hipótese de existirem acionistas titulares de ações de fruição.¹⁰

O terceiro direito essencial elencado pelo art. 109 da Lei nº 6.404/1976 é o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o qual deverá ser exercido sempre em observância às balizas legais, a fim de evitar que seu exercício interfira na gestão da companhia.¹¹ Não é, portanto, um direito livremente exercível pelo acionista.¹²

7 EIZIRIK, Nelson. Lei das S/A comentada. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2, p. 145.

8 Ibidem, p. 148.

9 COELHO, op. cit., p. 289.

10 REQUIÃO, op. cit., p. 194.

11 COELHO, op. cit., p. 290.

12 CAMPINHO, op. cit., p. 254.

Dentre os mecanismos que a Lei Societária confere aos acionistas para exercício do direito de fiscalização, vale mencionar: a participação do acionista nas assembleias gerais (art. 121) e solicitação de esclarecimentos à administração sobre as matérias da ordem do dia (art. 134); acesso aos relatórios da administração e às demonstrações financeiras da companhia (arts. 133 e 135, §3º); possibilidade de requerer a instalação do conselho fiscal (art. 161); acesso aos livros da companhia, por ordem judicial (art. 105) ou requerimento dos acionistas (art. 100, §1º), observados os requisitos de representatividade para tanto; e, no caso das companhias abertas, as exigências de contratação de auditores independentes¹³ e divulgação de informações relevantes ao mercado.¹⁴

O penúltimo direito essencial do acionista consiste no direito de preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição. Tem por objetivo proteger os acionistas minoritários de uma diluição em razão da emissão de novas ações ou valores mobiliários nelas conversíveis.

A proteção concedida ao acionista a partir do direito de preferência não é, por certo, absoluta, uma vez que o titular do direito somente poderá efetivamente exercê-lo se detiver os recursos necessários para tanto. Caso não possua, acabará por ser diluído na ocasião do aumento do capital social, visto que a Lei não permite que o acionista obste a realização de tal aumento por não poder acompanhá-lo.

Importante notar de que o direito de preferência de que trata o inciso IV do art. 109 em análise não se confunde com o direito de preferência para aquisição de ações já existentes, mencionado no art. 118 da Lei nº 6.404/1976.¹⁵ Este último confere ao acionista prioridade

13 COELHO, op. cit., p. 290.

14 EIZIRIK, op. cit., p. 151.

15 LOBO, Jorge Joaquim. *Direitos dos Acionistas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 198.

na aquisição de ações em relação a terceiros, mas somente poderá ser exercido pelo acionista (i) de companhia fechada que preveja essa limitação à circulação de ações em seu estatuto social, na forma do art. 36 da Lei Societária;¹⁶ ou (ii) signatário de acordo de acionistas, nos termos do mencionado art. 118.¹⁷

Finalmente, confere-se ao acionista o direito de retirar-se da companhia, embora apenas nas hipóteses expressamente admitidas por Lei. Tal direito traduz-se na prerrogativa do acionista de se desligar da sociedade, recebendo o reembolso de suas ações na forma do art. 45 da Lei nº 6.404/1976, caso ocorridos determinados eventos que resultem, em regra, na substancial alteração da estrutura social.

Nesses casos, entende-se que a companhia na qual o acionista ingressou já não corresponde mais, em aspectos relevantes, àquela cujas ações originalmente desejou adquirir.¹⁸ Como a justificativa para o exercício do direito de retirada é a discordância com alterações nos rumos da companhia, tal direito é reservado aos acionistas dissidentes das deliberações que deram causa a tais mudanças. Contudo, não é qualquer deliberação que enseja a retirada: somente aquelas que a Lei nº 6.404/1976 expressamente estabelece como aptas a permitir tal direito (especialmente em seus arts. 136, 136-A e 137).

16 “Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. Parágrafo único. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de ‘Registro de Ações Nominativas’.”

17 “Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.”

18 PEDREIRA, Luis Eduardo Bulhões. Seção II: Direito de retirada. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 241.

2. Voto: direito não essencial do acionista.

Como se percebe da breve análise acima realizada, o voto não foi incluído textualmente nos incisos do art. 109 da Lei nº 6.404/1976 como direito essencial do acionista.

Em página clássica, Rubens Requião faz interessante retrospectiva sobre a importância do direito de voto, concluindo, contudo, no sentido de que não deve ser tido como um direito essencial do acionista. O autor ensina que, ao contrário do que se verifica com os direitos essenciais, a Lei Societária admite limitações ao direito de voto do acionista, exemplificando tal afirmação com base no disposto no art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976, na possibilidade de emissão de ações preferenciais sem direito a voto e no regime jurídico das então existentes ações ao portador (extintas pela Lei nº 8.021/1990).¹⁹⁻²⁰

Sobre esse último exemplo levantado por Rubens Requião, vale lembrar que, aos titulares de ações ao portador, ainda que de mesma espécie e classe de ações nominativas endossáveis e escriturais, era vedado o exercício do direito de voto, conforme detalhadamente descrito na Exposição de Motivos do Projeto de Lei das Sociedades por Ações:

O artigo 112 nega às ações ao portador o exercício do direito de voto. Entre a solução de extinguir essa forma de ação (há muito advogada por setores da opinião pública, inclusive no Congresso Nacional, que nelas viam instrumento de fraude fiscal e fortunas ocultas, e de favorecimento

19 REQUIÃO, op. cit., p. 200-203.

20 As ações ao portador eram disciplinadas pelo art. 33 da Lei nº 6.404/1976, segundo o qual “o detentor presume-se proprietário das ações ao portador” e “a transferência das ações ao portador opera-se por tradição”. Tal forma de circulação das ações foi abolida pela Lei nº 8.021/1990, “diploma voltado ao combate à sonegação fiscal, que determinou a retirada de circulação dos valores mobiliários dessas categorias no prazo de 2 anos”, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, op. cit., p. 121).

dos negócios fiduciários, em que só aparecem os “homens de palha”) e o de mantê-las como são, pelo grande atrativo que sua fácil circulabilidade apresenta para o mercado, o Projeto opta por excluí-las do exercício do direito de voto. É que os instrumentos da fraude fiscal e das fortunas ocultas estão hoje minimizados com a declaração de bens obrigatória e os controles existentes sobre investimentos estrangeiros; mas a responsabilidade no exercício do voto (básica para a defesa da minoria) é incompatível com ações que trocam de mão sem deixar sinal. Como as ações ao portador podem ser convertidas em nominativas ou endossáveis (art. 22, par. único), não há risco de excluam-se os seus detentores do direito de voto nas companhias; mas, para exercê-lo, terão que identificar-se, mediante a conversão das ações, credenciando-se para a participação responsável nas assembléias gerais.²¹

Desde logo, repare-se na relevância dessa interpretação da norma contida na Exposição de Motivos do que viria a ser a Lei nº 6.404/1976: na redação originária da Lei Societária, o exercício do direito de voto poderia ser vedado a alguns titulares da mesma espécie ou classe de ações votantes, em razão de sua forma.

Em outras palavras, em tendo as ações a forma ao portador (ainda que fossem ações de mesma espécie ou classe de outras mantidas sob a forma nominativa ou endossável), a Lei nº 6.404/1976 retirava de seu titular o direito de voto. Apenas com a conversão da forma da ação ao portador em nominativa ou endossável o direito de voto seria readquirido (sem qualquer alteração na espécie ou classe da ação em questão). É o que diz, ostensivamente, a Exposição de

21 MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976. Disponível em: «<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anejos/em196-lei6404.pdf>». Acesso em: 11 dez. 2020.

Motivos da Lei nº 6.404/1976, esvaziando o dogma da igualdade do voto entre titulares da mesma classe.

Voltando-se ao ponto central desta Seção, Fábio Ulhoa Coelho debruçou-se sobre a questão de o voto não ser considerado direito essencial do acionista, nos seguintes termos:

O direito de voto não é essencial. Pode ser suprimido pelo estatuto, por exemplo, na disposição sobre os direitos conferidos por uma ou mais classes de ações preferenciais. Também pode ser suspenso pela assembleia, quando o acionista que titulariza o direito de voto deixa de cumprir obrigação legal ou estatutária (LSA, art. 120). No caso, ilustre-se, do remisso, pode a companhia suspender a participação deste nas votações da assembleia, enquanto durar a mora [...]. Como não é essencial o direito de voto, há, em suma, acionistas que não participam das decisões da sociedade externadas em assembleia geral. Estão, em outros termos, alijados do processo decisório que tem lugar nesse órgão. A supressão do direito de voto é, por outro lado, um dos principais instrumentos de organização do poder de controle [...].²²

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro registraram que o direito de voto não foi elencado no art. 109 da Lei nº 6.404/1976 como direito essencial do acionista, sendo permitida sua limitação, pelo estatuto social, “sem que tal circunstância implique em ofensa ao princípio da igualdade de tratamento que se deve reservar aos acionistas de forma geral”.²³

No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, por ocasião do julgamento de processo administrativo pelo Colegiado da Autarquia, o então Diretor Otavio Yazbek externou sua concordância com o en-

22 COELHO, op. cit., p. 305.

23 TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no Direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 286.

tendimento pacificado pela doutrina, consignando expressamente em seu voto que “não há [...] que se tratar o direito de voto como direito essencial ou fundamental”.²⁴

Portanto, conclui-se, com tranquilidade, que o voto não é direito essencial do acionista, podendo ser objeto de limitação pelo estatuto social da companhia sem que haja ofensa ao art. 109 da Lei nº 6.404/1976, observados os preceitos legais e, conforme o caso, a regulação aplicável.

3. A possibilidade de limitação ao número de votos em função da pessoa do acionista.

Dispõe o *caput* do art. 110 da Lei nº 6.404/1976 que “a cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto nas deliberações da assembleia geral”. Por sua vez, o parágrafo primeiro desse dispositivo contém, segundo as lições de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, um dos princípios que governam o direito de voto: a possibilidade de limitação estatutária do número de votos por acionista.²⁵

A limitação a que se refere o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976, caso estabelecida no estatuto social da companhia, incide sobre o exercício do direito de voto, de tal forma que o número máximo de votos de cada acionista fique adstrito a determinado limite, ainda que seja titular de ações em número superior ao limite imposto.²⁶

A possibilidade jurídica desse relevante instrumento de distribuição de poder político não é exclusividade do Direito brasileiro,

24 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo Administrativo nº RJ2009/13179. Relator: SEP. Voto do Dir. Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 9 set. 2010.

25 TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre, loc. cit.

26 REGO, Marcelo Lamy. Direito de Voto. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 286.

encontrando correspondência em outros sistemas, como aqueles de França²⁷ e Portugal.²⁸

A adequação, aos preceitos legais, da limitação ao direito de voto que incide da mesma maneira sobre todos os acionistas titulares de determinada classe de ações não gera maiores discussões. Inclusive, é prática comum no mercado que os estatutos sociais de companhias abertas brasileiras restrinjam o direito de voto de um único acionista ou grupo de acionistas a determinado percentual do número total de ações de emissão da companhia ou de seu capital social, a fim de incentivar a dispersão acionária.²⁹

Por isso, a questão central a ser enfrentada neste trabalho refere-se à aparente contradição que haveria entre o art. 110, §1º, e o art. 109, §1º, ambos da Lei nº 6.404/1976. Enquanto o primeiro não estabelece qualquer ressalva a respeito do alcance da limitação (art. 110, §1º: “o estatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista”); o segundo impõe a igualdade de direitos exsurcidos de ações de mesma classe (art. 109, §1º: “as ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares”).

Nesse contexto, questiona-se: acionistas titulares de ações de igual classe poderiam ser enquadrados em critérios diversos de limitação ao exercício do direito de voto?

27 COZIAN, M.; VIANDIER, A.; DEBOISSY, F. *Droit des Sociétés*. 19 ed. LexisNexis, 2006.

28 CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral de Deliberações Sociais*. Almedina, 2006. p. 113-114.

29 Tanto é assim que o art. 7º do Regulamento do Novo Mercado da B3 (segmento de listagem com os mais altos padrões de governança corporativa) reforça essa possibilidade, ao estabelecer que: “É vedada a previsão, em estatuto social, de cláusula que: I – limite o número de votos de acionista ou grupo de acionistas em percentuais inferiores a 5% (cinco por cento) do capital social, exceto nos casos de desestatização ou de limites exigidos em lei ou regulamentação aplicáveis à atividade desenvolvida pela companhia”. Ou seja, a limitação é permitida até mesmo em companhias listadas no Novo Mercado, desde que o limite não seja inferior a 5% do capital social da companhia.

Há autorizadas vozes doutrinárias que advogam uma espécie de “subordinação” do art. 110, §1º, ao que dispõe o art. 109, §1º, ambos da Lei nº 6.404/1976. Para estes, a resposta ao questionamento acima seria, então, negativa. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa³⁰ entende que “somente se admite a restrição estatutária se ela alcançar todos os acionistas, sem exceção”. Em linha com esse entendimento, Nelson Eizirik anotou que “[...] face ao disposto no §1º do artigo 109, a limitação ao número de votos de cada acionista não pode ser aplicada apenas a determinados acionistas, mas a todos os titulares de ações da mesma classe”.³¹

Sem desconsiderar os posicionamentos acima mencionados, os autores deste trabalho entendem em sentido contrário, de forma que a resposta ao questionamento acerca da possibilidade de aplicação de critérios diversos de limitação ao exercício do direito de voto aos titulares de ações de igual classe deve ser afirmativa.

Sobre esse particular, um primeiro argumento merece ser ressaltado: por força de política legislativa, o direito de voto não foi (propositalmente) incluído nos incisos do *caput* do art. 109 da Lei nº 6.404/1976, sendo expurgado do regime jurídico estabelecido em tal dispositivo, no qual se insere a vedação de exclusão estatutária ou assemblear (*caput*) e a igualdade que deve nortear ações de cada classe (§1º).

Logo, a leitura sistemática da Lei nº 6.404/1976 impõe dissociar os regimes jurídicos do voto e dos direitos essenciais, de tal sorte que não há sentido em enquadrar os comandos normativos do art. 110 e seus parágrafos ao estatuto dos direitos essenciais prescritos no art. 109 e seus parágrafos, todos da Lei Societária.

30 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2., p. 488.

31 EIZIRIK, op. cit., p. 182.

Nessa linha de raciocínio, confira-se a lúcida passagem de Luiza Rangel de Moraes, em artigo publicado há 15 anos sobre o tema:

A previsão estatutária em tela é admitida expressamente no art. 110, § 1.º, da Lei 6.404/76, sendo que, no mesmo artigo, o *caput* estabelece que cada ação ordinária tem direito a um voto (*caput*) e veda, no seu art. 110, § 2.º, da Lei 6.404/76 a atribuição de voto plural a qualquer classe de ações.

Por outro lado, os direitos essenciais dos acionistas estão arrolados no art. 109 da Lei 6.404/76, quais sejam: (I) participação nos lucros e no acervo social; (II) fiscalização da gestão, (III) direito de preferência na subscrição de ações e outros títulos conversíveis em ações, emitidos pela sociedade, e (IV) direito de retirada da sociedade. Estes direitos não podem ser excluídos pelos estatutos ou pela assembleia geral.

Já o art. 109, § 1.º, da Lei 6.404/76 estabelece que “as ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.” Ou seja, a lei veda qualquer discriminação de direitos atribuídos à classe, em função do seu titular. Todos os titulares de ações de determinada classe fazem jus aos mesmos direitos.

Como o art. 109, § 1.º, da Lei 6.404/76 se refere ao *caput* do art. 109 da Lei 6.404/76, que não trata do direito de voto, concluímos que a limitação ao exercício do direito de voto não violenta a norma legal disciplinadora dos direitos essenciais dos acionistas.³²

32 DE MORAES, Luiza Rangel. A pulverização do controle de companhias abertas. *Revista de*

Outro ponto de técnica interpretativa refere-se à subsunção do parágrafo ao conteúdo normativo do *caput* de determinado dispositivo de Lei.

Nesse sentido, o disposto no art. 109, §1º, da Lei nº 6.404/1976 projeta-se sobre os direitos elencados em seu *caput* e incisos, sendo incoerente admitir seu transbordamento para hipóteses deliberadamente excluídas daquele rol, como o foi o direito de voto.

Dito de outro modo, a melhor interpretação da Lei Societária parece ser na linha de não subordinar os comandos normativos do art. 110 e seus parágrafos (inseridos na Seção II do Capítulo X da Lei) às regras aplicáveis aos direitos essenciais, que se encontram previstos no art. 109 e seus parágrafos (inseridos em outra Seção: a Seção III do mesmo Capítulo da Lei nº 6.404/1976).

Nessa mesma ordem de ideias, o §1º do art. 109 da Lei nº 6.404/1976 não deve ser interpretado de forma dissociada de seu *caput*, aplicando-se estritamente aos direitos essenciais ali contemplados. Corroborando essa forma de interpretar dispositivos legais, veja-se as lições do Prof. e Juiz de Direito Alberto Marques dos Santos:

A regra conclama à interpretação sistemática, que, em certa medida, inclui uma interpretação 'topológica'. O lugar em que determinada disposição é inserida, dentro do texto legal, pode indicar algo a respeito da sua abrangência e alcance. O texto legal é organizado em partículas principais, os artigos, que podem ser subdivididos em sub-partes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas. É intuitiva a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação

Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 32, p. 49-84, jun. 2006, p. 16-17 (versão eletrônica).

contemplada no artigo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: a) uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu *caput*, excepcionando-a; ou b) uma relação de genérico/específico, onde o *caput* estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese. A posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar. O texto legal é articulado e sub-articulado, i.e., dividido em fragmentos de mensagem, cada qual devendo tratar de uma idéia específica. Esses fragmentos não são todos da mesma hierarquia e abrangência. Compreende-se intuitivamente que o parágrafo, como fragmento subordinado ao *caput* de um artigo, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito – em princípio – ao âmbito de aplicabilidade do seu *caput* subordinante.³³

De toda forma, o principal argumento que determina a inaplicabilidade do comentado art. 109, §1º, ao caso da limitação do exercício do direito de voto funda-se na própria essência do aludido art. 110, §1º, que é, por vezes, pouco compreendida.

Com efeito, o art. 110, §1º, da Lei Societária corresponde a exceção quanto à distribuição de direitos legais e estatutários nas companhias, que, como regra geral, é realizada em função da ação, exigindo-se igual tratamento às ações de cada classe (art. 15 c/c art. 109, § 1º, da Lei nº 6.404/1976).

33 SANTOS, Alberto Marques dos. Regras Científicas da Hermenêutica. *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, Associação dos Magistrados do Paraná, ano 2, vol. Especial (edição comemorativa dos 50 anos), nov. 2007. p. 33, versão eletrônica).

Seguindo essa lógica, tem-se que a restrição prevista no art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 relaciona-se com a pessoa do acionista. Ao dispor que “o estatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista” (com ênfase na expressão “cada acionista”), o dispositivo legal em análise autoriza que a restrição do direito de voto recaia sobre o titular da ação, independentemente de sua quantidade, espécie ou classe. Permite-se, dessa forma, o estabelecimento de diferentes limites ao número de votos para os acionistas, em função de suas distintas características.

Registre-se que, para fins de estabelecimento de limitações ao número de votos, os critérios de distinção entre os acionistas devem ser objetivos, não podendo ser direcionados a acionistas previamente determinados (como, por exemplo, uma limitação de voto dirigida nominalmente para tal ou qual acionista).³⁴

Por conseguinte, os referidos critérios objetivos devem estar previstos no estatuto social, a fim de que se assegure transparência quanto às “regras do jogo” e à distribuição de poder político entre acionistas. Devem, ainda, ser claras as razões pelas quais os critérios foram escolhidos, com fundamento no interesse social.

Dessa maneira, resguarda-se a impessoalidade que deve prevalecer nas companhias, especialmente naquelas cujas ações são negociadas em mercado de valores mobiliários.

Nesse cenário, Bruno Robert, para quem diversas características dos acionistas podem ser levadas em consideração quando do estabelecimento de limitações ao número de votos, já sustentou que:

A limitação de voto, nos termos do art. 110, §1º, pode assumir funções de garantia da dispersão

34 Para Antônio Menezes Cordeiro: “A cada ação corresponde, supletivamente, um voto [...] Pode o contrato de sociedade desviar-se dessa regra [...] proibindo que sejam contados votos acima de certo número, quando emitidos por um só acionista [...] mas não para accionistas determinados” (CORDEIRO, Antônio Menezes, loc. cit.).

acionária de determinada companhia ou ter papel estratégico em companhias cujas atividades possam afetar a segurança nacional ou determinado serviço público essencial, na medida em que podem garantir que nenhum acionista terá, isoladamente, por exemplo, poder de veto sobre certas matérias. O art. 110, §1º, não restringe que a limitação do voto se dê em função da natureza ou qualidade dos acionistas: se estrangeiro ou nacional, se pessoa física ou jurídica, se residente ou não no país, se se trata de investidor qualificado ou não, ou por quanto tempo o acionista é detentor da ação, por exemplo. A limitação do voto, portanto, pode se dar com base nesses critérios, desde que, contudo, haja razão para tanto, lastreada na defesa do interesse social e, principalmente, esses critérios não sejam utilizados apenas como forma de burlar a limitação do *caput* do art. 110.³⁵

Em sentido semelhante, João F. B. Sartini et al. anotaram que “pode ser prevista limitação do número de votos em função da natureza ou da qualidade dos acionistas, desde que a regra, repita-se, seja aplicável indistintamente a todos os acionistas que preencham os requisitos estabelecidos nos documentos societários, concluindo trata-se o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 [...] portanto, de regra que atinge o acionista, e não a ação”.³⁶

À luz desse estudo, entende-se que a melhor interpretação da Lei nº 6.404/1976 sobre o tema vertente parece ser no sentido de que

35 ROBERT, Bruno. Direito de voto do acionista. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 238.

36 SARTINI, João F. B.; MACIEL, Rodrigo Tavares; LOPEZ, Victor S. M.; VENTURA, Paula Mainier. Comentários ao Direito de Voto das Ações Ordinárias e a Limitação do Número de Votos do art. 110, §1º, da Lei das S.A. In: HANSZMANN, Felipe (Org.). *Atualidades em direito societário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. IV, p. 468.

o estabelecimento, no estatuto social, de diferentes limites ao número de votos, em função da qualificação de cada acionista, não viola o disposto em seu art. 109, §1º.

O art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 foi, portanto, concebido como exceção quanto à distribuição de direitos (sejam decorrentes da Lei ou do estatuto) nas companhias.

Enquanto a mencionada distribuição de direitos é realizada, como regra geral, em função da ação, o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 relaciona-se com a pessoa do acionista. Assim é que tal dispositivo, ao referir-se a “cada acionista”, autoriza que a restrição do direito de voto recaia sobre o titular da ação, em função de suas características (e não apenas em razão da quantidade, espécie e/ou classe da ação que detém).

3.1. A limitação como instrumento útil para proteção de interesses: o caso da Embraer.

A limitação ao número de votos de cada acionista pode ser utilizada como instrumento útil para desconcentração política em companhias abertas, sobretudo por aqueles que optem por pulverizar seu capital social e votante no mercado de valores mobiliários, na expectativa de se manter sem controlador definido.

Tal instrumento pode ser utilizado, ainda, como eficiente solução jurídica para proteção de terminados interesses sociais.

O estatuto social da Embraer S.A. constitui notável precedente nesse sentido. Tal estatuto estabelece diferentes limitações do número de votos para acionistas brasileiros e estrangeiros, nos seguintes termos:

Art. 4º. A organização e o funcionamento da Companhia obedecerão aos seguintes princípios:
[...]

III. Nas deliberações da Assembleia Geral: a) nenhum acionista ou grupo de acionistas, brasileiro ou estrangeiro, poderá exercer votos em número superior a 5% do número de ações em que se dividir o capital social; e b) o conjunto dos acionistas e grupos de acionistas estrangeiros não poderá exercer votos em número superior a 2/3 do total de votos conferidos ao conjunto de acionistas brasileiros presentes;

[...]

Art. 14. Cada ação ordinária conferirá direito a um voto nas deliberações da Assembleia Geral, observados os seguintes limites:

I - nenhum acionista, ou Grupo de Acionistas, brasileiro ou estrangeiro, poderá exercer votos em número superior a 5% da quantidade de ações em que se dividir o capital social da Companhia;

II - o conjunto dos Acionistas Estrangeiros não poderá exercer, em cada reunião da Assembleia Geral, número de votos superior a 2/3 do total dos votos que puderem ser exercidos pelos Acionistas Brasileiros presentes.

Art. 15. Para efeito do disposto no inciso II do art. 14, após a instalação de cada Assembleia Geral:

I - serão apurados, com base na lista de presença, e divulgados pelo Presidente da Mesa (conforme estabelece o art. 22, § 3º abaixo), o número total de votos que podem ser exercidos pelos Acionistas Brasileiros e pelos Acionistas Estrangeiros presentes, observado o disposto nos incisos I e II do art. 14;

II - se o total dos votos dos Acionistas Estrangeiros exceder $2/3$ (dois terços) dos votos que podem ser exercidos pelos Acionistas Brasileiros, o número de votos de cada Acionista Estrangeiro será reduzido proporcionalmente da porcentagem do excesso, de modo que o total dos votos de estrangeiros não supere o limite de 40% do total de votos que podem ser exercidos em tal Assembleia Geral.

Parágrafo 1º - No caso de Acionistas Estrangeiros e Grupos de Acionistas Estrangeiros, as limitações acima serão aplicadas conjunta e sucessivamente.³⁷

A partir da leitura dos trechos acima selecionados do estatuto social da Embraer S.A., nota-se a existência de duas limitações ao número de votos dos acionistas: (i) uma geral, aplicável a todos os acionistas da companhia, indistintamente, limitando o número de votos de cada acionista ou grupo de acionistas a 5% da quantidade de ações em que se dividir o capital social da companhia; e (ii) uma específica, dirigida apenas aos acionistas estrangeiros da companhia, que não poderão exercer, “em cada reunião da Assembleia Geral, número de votos superior a $2/3$ do total dos votos que puderem ser exercidos pelos Acionistas Brasileiros presentes”.

Os diferentes limites para o exercício do direito de voto por acionista constantes do estatuto social da Embraer S.A. foram introduzidos como forma de proteção de relevante interesse social, considerada a peculiaridade de sua atividade empresária. Buscou-se, assim, impedir que os acionistas estrangeiros da companhia exerçam votos em número superior a determinada fração dos votos dos acionistas

37 EMBRAER. Relações com Investidores. Governança. Estatuto Social. Disponível em: «<https://ri.embraer.com.br/show.aspx?idCanal=Kacx+BqjYTWzMKBRQu5Yg==>». Acesso em: 15 dez. 2020.

brasileiros, ampliando o poder decisório dos últimos em face dos primeiros.

Nesse cenário, é importante registrar que a Lei nº 8.031/1990, que criou a primeira versão do Programa Nacional de Desestatização – PND (até ser revogada em 1997 pela Lei nº 9.491), estabeleceu expressamente que “os processos de desestatização observarão [...] os seguintes preceitos: [...] IV - alienação de ações de empresas e pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não poderá exceder a 40% (quarenta por cento) do capital votante, salvo autorização legislativa, que determine percentual superior; [...]” (art. 13). Tal disposição constou do item 1.2 do Edital de Privatização da Embraer S.A., publicado no Diário Oficial da União em 4 de abril de 1994.

A diferenciação entre os limites do voto de acionistas brasileiros e estrangeiros no estatuto social da Embraer S.A. tem por objetivo, portanto, assegurar a observância do referido dispositivo de Lei (que também poderia ser assegurada de outras maneiras, como ocorreu em outras sociedades que integraram o PND), impedindo que acionistas estrangeiros tenham poder de votar com ações representativas de parcela do capital votante da companhia superior à detida por acionistas brasileiros.

Isso não quer dizer que o referido art. 14 da Lei nº 8.031/1990 seja uma exceção legal ao art. 109, §1º, da Lei nº 6.404/1976. Pelo contrário: em seu estatuto social, a Embraer utiliza-se corretamente de instituto previsto na Lei Societária (a possibilidade de limitação de direito de voto de determinados acionistas nos termos do art. 110, §1º) para atingir, com sucesso, o objetivo pretendido pela Lei do PND (impedir que acionistas estrangeiros possam votar com ações representativas de mais de 40% do capital social da companhia privatizada) sem ter que limitar diretamente o número de ações de emissão da Embraer que estrangeiros podem adquirir.

Limita-se, assim, o exercício do direito de voto, para não ter que limitar a propriedade.

Portanto, no caso da Embraer S.A., foram estabelecidos limites que impactam de forma diversa acionistas brasileiros e estrangeiros detentores de ações de mesma espécie e classe (ações ordinárias), sem que haja qualquer violação à Lei nº 6.404/1976 resultante dessa disposição estatutária.

Em conclusão, há que se interpretar sistematicamente o disposto no mencionado art. 110, §1º, assegurando-lhe o alcance coerente e coordenado com o conjunto normativo da Lei Societária, que distingue, por exceção, sua projeção à pessoa do acionista, e não à propriedade da ação.

3.2. Necessidade de adoção de critérios de distinção objetivos e em consonância com o interesse social.

À luz do acima exposto, resta claro que a opinião no sentido de que a Lei nº 6.404/1976 possibilita a limitação do exercício do direito de voto em função da pessoa do acionista (e não da classe da ação por ele detida) tem fundamento na própria interpretação do texto da Lei Societária, em posições doutrinárias e no precedente da Embraer S.A., que há décadas limita estatutariamente o voto de acionistas estrangeiros, ainda que detentores de ações da mesma classe da acionistas brasileiros.

A despeito desse entendimento, cabe deixar registrado que não é qualquer tipo de limitação do direito de voto baseado na pessoa do acionista que será admitida pela Lei nº 6.404/1976.

Por óbvio, limitações direcionadas a acionistas previamente determinados não se coadunarão com o que prevê a Lei Societária. Não pode, por exemplo, o estatuto social conter previsão no sentido de que um determinado acionista nele nominado terá seu direito de voto em assembleias gerais limitado.

As limitações impostas pelo estatuto social deverão ser fundadas em critérios objetivos e universais, dirigidos a todos os acionistas

de determinada companhia, atuais ou futuros, que se enquadrem na situação que dá ensejo à restrição. Adicionalmente, o critério em questão deve ser convergente com o interesse social da companhia.³⁸

Veja-se que esse é justamente o caso da Embraer S.A. acima comentado, em que a limitação está prevista no estatuto social da companhia e é direcionada a todos os seus acionistas estrangeiros, atuais e futuros (critério objetivo e universal). Ao mesmo tempo, considerando a importância estratégica da atividade desenvolvida pela Embraer S.A. para o Brasil, tem-se que o critério de limitação proposto se coaduna com o interesse social da companhia (considerando que todos os concorrentes da Embraer S.A. são estrangeiros).

Sem dúvidas, a nacionalidade do acionista não consiste no único critério distintivo permitido para limitar o exercício do direito de voto para cada acionista. Outros critérios devem ser admitidos, desde que observada sua objetividade, universalidade e relevância para o interesse social.

Um outro critério adequado que pode ser vislumbrado consiste na limitação do exercício do direito de voto de acionistas que exerçam atividades que sejam ou possam ser consideradas concorrentes às atividades desenvolvidas pela companhia da qual eles detêm ações.

Em um dos poucos trabalhos acadêmicos dedicados à figura do “acionista concorrente”, Vitor Biccias Massoli elenca algumas estratégias que podem ser adotadas para “impedir ou dificultar a partici-

38 O conceito de “interesse social” está longe de ser pacífico no Direito brasileiro. Para um detalhamento acerca das discussões a respeito do interesse social, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse social: a nova concepção. In: _____. O Novo Direito Societário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A. (e outros escritos sobre conflito de interesses). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014; e FRAZÃO, Ana. Qual deve ser o interesse das companhias? Jota, 27 mar. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to//www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/qual-deve-ser-o-interesse-social-das-companhias-27032019>. Acesso em: 15 dez. 2020.

pação de acionistas concorrentes na assembleia geral das sociedades anônimas”, inclusive “cláusulas restritivas do estatuto social”.³⁹

Assim, nada impede que a companhia adote medidas fundamentadas na Lei Societária para proteger seu interesse social em face do “acionista concorrente”. Desde que estabelecida de forma objetiva e universal, a limitação do número de votos a que se refere o art. 110, §1º, da Lei das S.A. constitui legítimo mecanismo de proteção do interesse social, à vista das potenciais adversidades causadas por concorrentes, em proveito próprio.

3.3. A limitação do art. 110, §1º, da Lei Societária não se confunde com situações de conflito de interesses.

Finalmente, poder-se-ia argumentar que o estabelecimento de limitação ao exercício do direito de voto dirigido ao acionista que possua determinadas características, ainda que no melhor interesse da companhia, consistiria em um controle prévio e abstrato de situações de conflito de interesses envolvendo tal acionista.

E que, para essas situações de conflito de interesses, a Lei nº 6.404/1976 já conteria solução específica, prevista no §1º de seu art. 115.⁴⁰

39 MASSOLI, Vitor Bicas. *O acionista concorrente na assembleia geral*. Dissertação. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Mestrado em Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 75-86.

40 “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. § 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.”

De acordo com os ensinamentos de Modesto Carvalhosa, o conflito de interesses ocorre quando, na relação entre acionista e companhia, verifica-se um contraste entre o interesse de um e de outra,⁴¹ o que, na prática, pode se dar de diversas maneiras. Não se confunde com o benefício particular de determinado acionista mencionado no mesmo art. 115, §1º, que diz respeito à relação entre um acionista (ou grupo de acionistas) e os demais (não necessariamente envolvendo a companhia).⁴²

Sem prejuízo da polêmica discussão sobre a forma de aplicação das regras societárias sobre conflito de interesses – se teria natureza formal, consistindo em uma proibição prévia de exercício de voto por acionista em potencial conflito; ou se teriam natureza substancial, de modo que o conflito somente poderia ser constatado *a posteriori*⁴³ – entende-se que a limitação ao número de votos de cada

41 CARVALHOSA, op. cit., p. 564.

42 CARVALHOSA, loc. cit.

43 Desde o conhecido “Caso Tractabel” (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo Administrativo nº RJ2009/13179. Relator: Dir. Alessandro Broedel Lopes. Data de julgamento: 9 set. 2010), o Colegiado da CVM vinha se posicionando no sentido de que a regra geral sobre conflito de interesses da parte final do art. 115, §1º, da Lei nº 6.404/1976, deveria ser interpretada como hipótese de conflito formal, impedindo o exercício do direito de voto do acionista em análise *a priori* (por exemplo, cf. BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo Administrativo nº RJ2014/591. Relator: Dir. Roberto Tadeu Antunes Fernandes. Data de julgamento: 12 jun. 2016). Contudo, em decisão do Colegiado proferida em 13 nov. 2020, alguns Diretores da CVM se posicionaram no sentido de que deveria prevalecer o conflito substancial na interpretação do mencionado dispositivo de Lei, como o ex-Diretor Gustavo Gonzalez e o Diretor Alexandre Costa Rangel. Em seu voto, o Presidente da CVM, Marcelo Barbosa, foi categórico ao afirmar que não possível apontar uma linha sobre essa matéria à qual o Colegiado tenha se filiado, nos seguintes termos: “Não cabe, nesta oportunidade, uma análise mais extensa a respeito de todos os aspectos relacionados ao §1º do art. 115 da Lei nº 6.404/1976. Como indicado no Relatório, o histórico de decisões deste Colegiado a respeito dos temas não permite identificar a permanência, por período de tempo relevante, de entendimento majoritário em torno de uma linha de pensamento. Essa falta de estabilidade desautoriza, a meu ver, o entendimento, algumas vezes manifestado em meios de comunicação e mesmo em estudos acadêmicos, de que este Colegiado teria se filiado a qualquer das teses defendidas. Obviamente, houve a formação de maiorias em oportunidades em que foram necessárias deliberações sobre casos concretos. Contudo, o exame mais detido dos precedentes

acionista, tal como autorizada pelo art. 110, §1º, da Lei Societária, em nada se confunde com a hipótese de impedimento ao exercício do direito de voto a que se refere o art. 115, §1º, da mesma Lei, caso seja identificado interesse conflitante entre o acionista e a companhia.

Em primeiro lugar, nota-se que o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 é de aplicação facultativa (i.e., a limitação do número de votos pode ser prevista no estatuto social da companhia quando se julgar adequado) e funciona como instrumento para proteção de interesses sociais relevantes, incluindo a desconcentração política e o incentivo à pulverização do capital social e votante no mercado,⁴⁴ bem como o prestígio e a proteção do interesse e das atividades da companhia de acionistas que detenham determinadas características.

Por sua vez, o art. 115, §1º, da Lei nº 6.404/1976 dispõe sobre situação diversa, na qual o acionista não poderá votar nas deliberações quando efetivamente tiver interesse conflitante com o da companhia ou, ainda, quando houver presunção da existência de tal interesse conflitante.

Nessas hipóteses, haverá verdadeira vedação legal (e não uma limitação meramente estatutária e facultativa) imposta ao acionista cujo interesse for conflitante ao da sociedade, como bem analisado pela doutrina.⁴⁵ Tal proibição se aplicará independentemente do número de ações detidas pelo acionista, esteja, ou não, seu direito de voto limitado nos termos do art. 110, §1º, da Lei das S.A.

A regra do art. 115, §1º, da Lei das S.A. é de observância obrigatória e não pode ser afastada pelo estatuto social. A verificação do conflito de interesses poderá ocorrer previamente à deliberação (caso

revela a ausência de uma linha que tenha se mantido íntegra por tempo suficiente para que seja considerada um entendimento dominante para fins de registro histórico" (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo Administrativo nº 19957.005563/2020-75. Manifestação de Voto do Pres. Marcelo Barbosa. Data de julgamento: 13 nov. 2020).

44 EIZIRIK, op. cit., p. 181.

45 Ibidem, p. 655-664; REGO, op. cit., p. 301.

se entenda que o conflito deve ser caracterizado sob o prisma formal, em análise *ex ante*) ou posteriormente, a partir de uma análise substancial da situação alegadamente conflitante. Em qualquer hipótese, verificado o conflito, há efetiva e vinculante proibição de votar.⁴⁶

Acrescente-se que a limitação fundada no §1º do art. 110 pode se aplicar, genericamente, a qualquer deliberação da qual participe o acionista que se enquadre nas características que ensejaram sua instituição. Já o impedimento do §1º do art. 115 incide, pontualmente, apenas em relação à matéria em que se constatar o conflito.

Em resumo, a limitação ao número de votos de cada acionista em nada se confunde com o impedimento do exercício de voto aplicável ao acionista que tiver interesse conflitante com os da companhia em determinadas deliberações. Tratam-se ambos de institutos destinados à proteção de interesses da companhia, mas absolutamente distintos e que não se sobrepõem.

Conclusões.

A partir de todo o acima apresentado, pode-se concluir, em primeiro lugar, que o voto não é direito essencial do acionista, podendo ser objeto de limitação pelo estatuto social da companhia sem que haja ofensa ao art. 109 da Lei nº 6.404/1976, observados os preceitos legais e, conforme o caso, a regulação aplicável.

Uma das principais formas de limitação do exercício do direito de voto encontra-se autorizada pelo art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976. Tal limitação, caso estabelecida no estatuto social da companhia, incide sobre o exercício do direito de voto de tal forma que o número máximo de votos de cada acionista fique adstrito a

46 No caso de se considerar que o conflito de interesses é de natureza substancial, a vedação também existe e deve ser buscada posteriormente, a partir da anulação do voto proferido de forma irregular.

determinado limite, ainda que seja titular de ações em número superior ao limite imposto.

Nesse cenário, a questão central enfrentada neste trabalho refere-se à aparente contradição que haveria entre o art. 110, §1º, e o art. 109, §1º, ambos da Lei nº 6.404/1976. Enquanto o primeiro não estabelece qualquer ressalva a respeito do alcance da limitação ao número de votos de cada acionista; o segundo impõe a igualdade de direitos exurgidos de ações de mesma classe.

Sem desconsiderar posicionamentos doutrinários em sentido diverso, os autores deste trabalho entendem que acionistas titulares de ações de igual classe poderiam ser enquadrados em critérios diversos de limitação ao exercício do direito de voto. Para sustentar esse entendimento, cabe reiterar os seguintes argumentos detalhados ao longo deste trabalho:

- a) por força de política legislativa, o direito de voto não foi (propositalmente) incluído nos incisos do *caput* do art. 109 da Lei nº 6.404/1976, sendo expurgado do regime jurídico estabelecido em tal dispositivo, no qual se insere a vedação de exclusão estatutária ou assemblear (*caput*) e a igualdade que deve nortear ações de cada classe (§1º);
- b) a melhor interpretação da Lei Societária parece ser na linha de não subordinar os comandos normativos do art. 110 e seus parágrafos (inseridos na Seção II do Capítulo X da Lei) às regras aplicáveis aos direitos essenciais que se encontram previstos no art. 109 e seus parágrafos (inseridos em outra Seção: a Seção III do mesmo Capítulo da Lei nº 6.404/1976). Nessa mesma ordem de ideias, o §1º do art. 109 da Lei nº 6.404/1976 não deve ser interpretado de forma dissociada de seu *caput*, aplicando-se estritamente aos direitos essenciais ali contemplados;
- c) a restrição prevista no art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 relaciona-se com a pessoa do acionista. Ao dispor que “o es-

tatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista”, o dispositivo legal em análise autoriza que a restrição do direito de voto recaia sobre o titular da ação, independentemente de sua quantidade, espécie ou classe. Permite-se, dessa forma, o estabelecimento de diferentes limites ao número de votos para os acionistas, em função de suas distintas características; e

- d) quando admitia que as ações adotassem a forma ao portador, a Lei nº 6.404/1976 retirava de seus titulares o direito de voto (ainda que tais ações ao portador fossem de mesma espécie ou classe de outras mantidas sob a forma nominativa ou endossável). Apenas com a conversão da forma da ação ao portador em nominativa ou endossável o direito de voto seria readquirido (sem qualquer alteração na espécie ou classe da ação em questão).

Nessa linha, o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 foi concebido como exceção quanto à distribuição de direitos (sejam decorrentes da Lei ou do estatuto) nas companhias.

Enquanto a mencionada distribuição de direitos é realizada, como regra geral, em função da ação, o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 relaciona-se com a pessoa do acionista. Assim é que tal dispositivo, ao referir-se a “cada acionista”, autoriza que a restrição do direito de voto recaia sobre o titular da ação, em função de suas características (e não apenas em razão da quantidade, espécie e/ou classe da ação que detém).

O estatuto social da Embraer S.A. constitui notável precedente sobre esse tema, em que foram estabelecidos limites que impactam de forma diversa acionistas brasileiros e estrangeiros detentores de ações de mesma espécie e classe (ações ordinárias), sem que haja qualquer violação à Lei nº 6.404/1976 resultante dessa disposição estatutária.

Sem prejuízo dessa conclusão, não é qualquer tipo de limitação do direito de voto baseado na pessoa do acionista que será admitida pela Lei nº 6.404/1976. Por óbvio, limitações direcionadas a acionistas previamente determinados não se coadunarão com o que prevê a Lei Societária. Não pode, por exemplo, o estatuto social conter previsão no sentido de que um determinado acionista nele nominado terá seu direito de voto em assembleias gerais limitado.

As limitações impostas pelo estatuto social deverão ser fundadas em critérios objetivos e universais, dirigidos a todos os acionistas de determinada companhia, atuais ou futuros, que se enquadrem na situação que dá ensejo à restrição. Adicionalmente, o critério em questão deve ser convergente com o interesse social da companhia.

Em uma palavra: o art. 110, §1º, da Lei nº 6.404/1976 autoriza que a restrição do direito de voto recaia sobre o titular da ação, independentemente de sua quantidade, espécie ou classe, permitindo, dessa forma, que sejam fixados diferentes limites ao número de votos para os acionistas, desde que os critérios de diferenciação sejam objetivos, universais e fundamentados no interesse social.

ATIVIDADE SANCIONADORA NO MERCADO DE CAPITAIS: OBJETIVOS PRINCIPAIS, JUSTIFICAÇÃO E IMPERATIVOS DE SEGURANÇA JURÍDICA¹

**SANCTIONING ACTIVITY IN THE CAPITAL MARKET: MAIN
GOALS, JUSTIFICATION AND LEGAL CERTAINTY IMPERATIVES**

*Ivo Waisberg
Gustavo Rabelo Tavares Borba
Luiza Azevedo Coelho da Rocha*

Resumo: O artigo analisa as principais características do processo administrativo sancionador na CVM como parte integrante da regulação *lato sensu*. Aborda, em especial, como, diante de perplexidades criadas pela evolução interpretativa de algumas normas legais e regulatórias, a segurança jurídica pode ser afetada pela atividade sancionadora, situação em que a instauração de processo sancionador pode ser até desaconselhada antes que o posicionamento claro do regulador sobre o tema se torne efetivamente público e as normas se tornem corretamente assimiladas pelo mercado de maneira geral.

Palavras-chave: Processo administrativo sancionador. Segurança jurídica. Nova interpretação de normas. Período de assimilação.

Abstract: The paper analyzes the main aspects of the punitive administrative procedure at the CVM as part of the broad regulation activity. In particular, it addresses how, in view of perplexities created by the interpretative evolution of some legal and regulatory standards, legal certainty may be affected by the sanctioning activity itself, a situation in which the bringing of a punitive procedure may even be discouraged before the regulator's clear position on the topic be-

1 Artigo recebido em 02.03.2021 e aceito em 16.06.2021.

comes public and rules become correctly assimilated by the market in general.

Keywords: Punitive administrative procedure. Legal certainty. New interpretation of regulatory rules. Period of assimilation.

Sumário: Introdução. 1. Papel do Processo Administrativo Sancionador. 2. Grupo de Precedentes 1 – Enquadramento dos investimentos coletivos em Condohoteis no conceito de Valor Mobiliário (CIC – Contrato de Investimento Coletivo). 2.1. Evolução do Conceito de Valor Mobiliário. 2.2. Enquadramento de Condohotel no Conceito de CIC. 3. Grupo de Precedentes 2 – *Spoofing* e *Layering* como Técnicas de Manipulação de Preços. 3.1. *Spoofing* e *Layering*. 3.2. Enquadramento na ICVM 08/79. 4. Segurança Jurídica no Processo Administrativo Sancionador. 4.1. Segurança Jurídica no Direito Brasileiro. 4.2. Segurança Jurídica nos Precedentes de Condohotel e *Spoofing/Layering*. 4.3 Influenciadores Digitais como Analistas de Investimentos: Posição Atual da CVM. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo aborda de forma panorâmica os principais propósitos e características do processo sancionador para, dentro dessa perspectiva, concentrar sua análise na questão da segurança jurídica diante de conjunturas complexas derivadas de evoluções interpretativas ou regulatórias que podem, em determinados contextos, gerar grau elevado de perplexidades que desaconselharia a atividade sancionadora antes da efetiva divulgação de posicionamento claro do regulador sobre o tema.

Para o desenvolvimento do presente estudo, como exemplificação fática e pragmática da hipótese, adotou-se dois grupos de precedentes da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que trataram da segurança jurídica e chegaram, justificadamente, a conclusões diametralmente opostas sobre a possibilidade punitiva pelo regulador. O primeiro conjunto² de precedentes discutiu a questão do enquadramento das vendas de unidades ou frações ideais de empreendimentos condohoteleiros como ofertas públicas de valores mobiliários, enquanto o segundo grupo³ de precedentes analisou a possibilidade de punição de participantes que, por meio da utilização de expedientes tecnológicos, conseguiram manipular o preço dos valores mobiliários por “estratégias” convencionalmente chamadas de “*spoofing*” e “*layering*”.

Antes da abordagem do tema com base nos precedentes, contudo, será desenvolvido o raciocínio dos autores sobre a função e os propósitos do processo administrativo sancionador no ambiente regulatório do mercado de capitais. Nos capítulos 3 e 4 serão explicados cada um desses grupos de precedentes, para em seguida, no capítulo 5, serem exploradas as questões da segurança jurídica no âmbito do processo administrativo sancionador, com ênfase para a maneira pela qual o conceito foi aplicado em cada um dos grupos de precedentes citados e, mais recentemente, na questão envolvendo a atividade de influenciadores digitais.

2 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM SEI nº 19957.004122/2015-99. Relator: Diretor Gustavo Tavares Borba. Data de Julgamento: 12 abr. 2016 (“Caso Oliva”); BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 19957.008081/2016-91. Relator: Diretor Gustavo Tavares Borba. Data de Julgamento: 07 ago. 2018; e BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 19957.003266/2017-90. Relator: Diretor Gustavo Tavares Borba. Data de Julgamento: 07 ago. 2018 (“Caso Setin”).

3 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.005977/2016-18. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira. Data de Julgamento: 13 mar. 2018; e BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.006019/2018-26. Relator: Diretor Presidente Marcelo Barbosa. Data de Julgamento: 01 out. 2019.

1. Papel do Processo Administrativo Sancionador.

Conforme estabelecido pela Lei 6.385/76, em seu art. 8º, a CVM tem uma competência regulatória bastante ampla, por meio da qual o regulador de mercado poderá criar regras e interpretações que sejam aptas para tornar o mercado de valores mobiliários mais seguro e eficiente. A mera produção de regras regulatórias *stricto sensu*, contudo, não tem aptidão, por si só, de garantir que a conduta dos regulados esteja em conformidade com o que se modelou na regulação, daí surgindo a necessidade de que a CVM também promova a orientação, a fiscalização, o *enforcement* e a eventual punição das condutas desviantes,⁴ garantindo, assim, que a regulação *lato sensu* funcione adequadamente, com a efetiva e real conformação das condutas dos regulados ao que se entendeu como adequado pela legislação.

Nesse contexto, as superintendências da CVM deverão orientar e fiscalizar o mercado, bem como, diante de indícios de uma infração, instaurar processo administrativo sancionador ou adotar outras medidas de supervisão, tais como a emissão de ofícios de alerta.⁵ Aliás, a mais recente reforma da Lei 6.385/76 (pela Lei 13.506/17) deixou claro que a CVM deve (grifos adicionais) analisar a conveniência da instauração do processo sancionador diante da relevância da conduta desviante do regulado e da necessidade de priorização dos delitos mais graves:

Art. 9º (...) §4º Na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão priorizará as infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado,

4 Conforme o art. 11 da Lei 6.385/76, à CVM cabe fiscalizar e punir os infratores não só em relação às suas normas regulamentares, mas também quanto às disposições da Lei 6.404/76 e da própria Lei 6.385/76 (no que dispensar regulação).

5 Ambos previstos na Instrução CVM 607/19, que dispõe sobre os procedimentos relativos à atuação sancionadora da CVM.

e poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos (grifos do autor).

Ressalta-se, desde logo, que, ao punir um participante desviante, o objetivo principal do regulador não é a punição em si, mas sim, por meio dela, conseguir conformar o comportamento dos regulados às regras que a CVM entende serem as mais adequadas ao mercado, dando, por conseguinte, um recado ao mercado em geral de que comportamentos desviantes não serão tolerados, bem como que, até mesmo sob a perspectiva econômica, seria mais conveniente aos participantes a observância das regras da regulação.

Diferentemente do processo penal, em que vigora a ideia de tipicidade estrita e de que a pena deve ser aplicada da maneira mais objetiva possível diante da comprovação da infração, no processo administrativo sancionador temos uma tipicidade de caráter mais aberto (dentro, obviamente, de certos parâmetros previstos na lei), que pode ser complementada por dispositivos regulatórios que não necessariamente têm natureza fechada. A pena não deve ser aplicada de forma automática, uma vez que, como já alertado, o principal objetivo seria conformar a conduta dos participantes do mercado (o caráter de retribuição de um mal, quando presente, tem caráter secundário), de forma que a pena deve ser justificada e customizada de acordo com esses objetivos e as características individuais de cada participante.

Para usar um exemplo simples, pode-se dizer que uma mesma conduta irregular pode justificar uma pena substancial para o participante que recorrentemente infringe as regras e tradicionalmente se recusa a seguir as orientações do regulador e uma pena branda, ou mesmo a adoção de medidas alternativas de supervisão, para o participante que tem histórico de respeitador das regras e que, ao ser aler-

tado da irregularidade, tomou imediatamente todas as medidas para reverter a situação e indenizar eventuais prejudicados.

Em linha com o art. 11, §1º, da Lei 6.385/76, a CVM deve considerar os princípios de proporcionalidade e razoabilidade no exame da gravidade da conduta e aplicar uma sanção adequada às peculiaridades da situação real. Nesse aspecto de avaliação individualizada, é possível, como visto acima, até mesmo a não instauração de processo sancionador. A dosimetria, portanto, constitui atividade bem mais complexa no processo sancionador administrativo do que no processo penal, uma vez que a pena deve ser justificada de acordo com esses objetivos que transbordam a infração específica em análise.

Por essas razões, diz-se que o processo administrativo sancionador seria um instrumento da regulação *lato sensu*, tanto que, primordialmente, visa a educar o mercado e prevenir condutas ilícitas. Com ele, a CVM busca garantir um ambiente econômico saudável em que os participantes possam competir em igualdade de condições, sem que uns observem as regras regulatórias e outros as desobedeçam, o que poderia gerar diversos problemas, dentre os quais a atribuição de vantagens competitivas dos infratores sobre os demais, uma vez que o *compliance* com as regras reguladoras, quase que inevitavelmente, gera algum custo para os regulados.

Nesse contexto, o processo administrativo sancionador ganhou relevância na segunda metade do século passado, diante da resposta insatisfatória dada pelo Poder Judiciário no que se refere ao julgamento das infrações cometidas em ambientes econômicos complexos (mercado de capitais, questões concorrenciais, mercado de energia, recursos hídricos, etc.), tanto pela necessidade de conhecimentos técnicos especializados para análise dessas questões (que não o estariam dentro do escopo de conhecimento generalista do Poder Judiciário), como em virtude da tipicidade estrita do direito penal, que seria incompatível com a dinâmica dos ilícitos na área econômica – o ritmo de evolução das práticas e, conseqüentemente, dos ilícitos, jamais seria captado adequadamente por condutas típicas previstas de forma fechada em lei formal.

A velocidade em que esses mercados se modificam e evoluem demanda regras menos perenes e mais flexíveis, produzidas por profissionais especializados em cada segmento, de modo que a regulação, além de se renovar de forma mais célere, admite regras mais abertas que podem ser aplicadas de forma mais eficiente diante da evolução dessas realidades e, em consequência, combater mais adequadamente os ilícitos cometidos nesses ambientes muito sofisticados e especializados.

Cabe ressaltar, ainda, que as sanções aplicáveis no âmbito do processo administrativo sancionador são iminentemente mais brandas⁶ do que as presentes no processo penal comum (em que há a possibilidade de restrição de liberdade), de modo que o grau probatório exigido para a condenação administrativa é naturalmente menor. Nesse sentido, não é incomum que os processos administrativos se baseiem em indícios,⁷ desde que convergentes e unívocos,⁸ e presunções relativas que, caso não sejam afastadas pela defesa, podem ser suficientes para aplicar determinada sanção administrativa.

Utiliza-se, portanto, no processo administrativo sancionador, e desde que observado os princípios da ampla defesa e da presunção

6 Segundo o art. 60 da Instrução CVM 607/19, as seguintes penalidades podem ser aplicadas pela CVM: advertência, multa, suspensão da autorização ou registro, inabilitação temporária e proibição temporária.

7 Vale ressaltar, porém, conforme aduz Nelson Eizirik: “Os indícios, que constituem modalidade de prova indireta, devem ser apreciados com muita cautela pela autoridade julgadora, posto que as decisões que não resultam de provas diretas são normalmente fontes de inúmeros equívocos. A prova indiciária somente é suficiente para permitir a condenação do acusado quando existente uma cadeia de indícios que relacione a atuação do acusado à infração supostamente praticada e quando não existam contra indícios que lancem dúvidas sobre a efetiva responsabilidade do indiciado” (EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais*: Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 321).

8 Nesse sentido, ver decisão do PAS CVM nº 06/95 (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 06/95. Relatora: Diretora Norma Parente. Data de Julgamento: 05 mai. 2005): “Os indícios possuem valor probatório suficiente a ensejar condenação. Exige-se, todavia, que tais indícios sejam convergentes e unívocos. A existência de contra indícios suficientes para inspirar dúvida nos julgadores deve conduzir à absolvição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência”.

de inocência, o padrão da “preponderância das evidências”, diferentemente do que ocorre no processo penal, no qual a condenação do réu exige a convicção do julgador acima de qualquer dúvida razoável. Essa é uma das razões pelas quais o processo administrativo mostra-se por vezes mais ajustado para punir as infrações no mercado de capitais, onde não são raros os casos em que a prova não é inequívoca (não há “corpo” nem “arma do crime”), de modo que a soma de indícios pode levar à condenação do acusado, permitindo, destarte, uma resposta mais adequada do Estado a essas situações complexas, mesmo quando o grau probatório não é suficiente para uma condenação penal.

O estudo da natureza e dos objetivos do processo administrativo sancionador é, com certeza, um tema fascinante e complexo que demandaria uma extensa abordagem doutrinária e pragmática do assunto, o que seria incompatível com o espaço aqui disponível. Para uma análise mais profunda do cenário sancionador de forma geral, recomendamos a leitura da excelente monografia sobre o tema de Alice Voronoff: *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – Justificação Interpretação e Aplicação*.⁹

Após essa breve introdução genérica sobre o tema sancionador, restringiremos nosso escopo ao ambiente regulatório próprio do mercado de capitais, onde o dinamismo característico desse ambiente exige que as tipificações das condutas sejam “abertas” e as condutas precisem ser rigorosamente analisadas à luz do caso concreto. Um exemplo emblemático dessa realidade é a Instrução CVM 08/79 (a mais antiga instrução da CVM), que regula, de forma bastante aberta e sumária (em um único artigo, subdividido em 4 itens), os ilícitos de condições artificiais de oferta e demanda, manipulação de preço, operação fraudulenta e prática não equitativa. Em virtude dessas características, a instrução conseguiu se amoldar às novas realidades do

9 VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

mercado, sendo, justamente por isso, intensamente utilizada até os dias atuais.

Nesse contexto, a regulação equilibrada e o correspondente *enforcement* adequado são fundamentais para que o mercado funcione de forma eficiente, uma vez que se afigura essencial que os potenciais investidores enxerguem o ambiente de negociação dos valores mobiliários como suficientemente seguro para a prática de operações, com o que tenderiam a se sentir confiantes em aplicar seus recursos com objetivo de obter retornos razoáveis. Já em um mercado em que o regulador não fiscalize nem puna os malfeitos cometidos, os investidores deixarão de investir (receosos das irregularidades que ali proliferam) ou exigirão retorno excepcional para seus investimentos (para compensar os riscos de expropriação). Com isso, gera-se um mercado ineficiente, com menos robustez e onde o custo do capital é muito elevado para as companhias abertas que pretendam captar recursos.

Ressalve-se, contudo, que a solução para obter um mercado eficiente não seria simplesmente criar um ambiente fortemente regulado e fiscalizado, pois o excesso de regulação também tornaria o mercado ineficiente em virtude dos custos que necessariamente são impostos por essa regulação exagerada. A virtude da regulação, como normalmente acontece em quase tudo, está no equilíbrio, de forma que há uma relação entre o grau de regulação e os custos dela decorrentes. Nessa equação, há um ponto de otimização da eficiência, quando se atinge uma regulação equilibrada, que evita a maior parte dos ilícitos, mas não onera de forma desproporcional os participantes do mercado no que se refere ao *compliance* regulatório.

Deve-se ter em mente que um mercado sem ilícitos é um ideal inatingível, uma vez que sempre haverá agentes com comportamento desviantes. Combate-se isso não com uma regulação exagerada e que gere um custo desproporcional para todos os participantes, mas sim através de uma fiscalização eficiente do mercado e com processos sancionadores bem conduzidos, com o que será pouco atrativo agir em desconformidade com as regras estabelecidas.

Constata-se, portanto, que a regulação, a fiscalização (*enforcement*) e o processo sancionador constituem as três bases com as quais se busca obter o mesmo objetivo maior, que é garantir um mercado eficiente em que participantes observem as regras postas pela regulação. Essas considerações mais genéricas sobre o papel do processo sancionador como parte da atividade de regulação *lato senso* afigura-se importante para o adequado desenvolvimento do raciocínio a seguir conduzido sobre segurança jurídica e a cautela que se deve ter em relação à aplicação de novas interpretações a situações pretéritas.

2. Grupo de Precedentes 1 – Enquadramento dos investimentos coletivos em Condohoteis no conceito de Valor Mobiliário (CIC – Contrato de Investimento Coletivo).

O primeiro grupo de precedentes tratou do enquadramento das ofertas de contrato de investimento coletivo em condohoteis¹⁰ como ofertas de valores mobiliários sujeitas a registro na CVM, conforme determina o art. 2º, IX da Lei 6.835/76.

Inicialmente, cabe destacar que a qualificação de um ativo como valor mobiliário afigura-se especialmente relevante porque o investimento assim classificado fica sujeito às regras da CVM relativas ao registro de ofertas e suas condições, caso a oferta seja feita publicamente. Com isso, garante-se simetria informacional entre os potenciais investidores, já que todos poderão avaliar o risco do negócio de acordo com as informações obrigatoriamente divulgadas segundo a regulação, além de contar com a supervisão da CVM.

10 O condohotel é um instrumento de financiamento imobiliário voltado ao desenvolvimento de empreendimento hoteleiro na forma de condomínio, para o qual os investidores contribuem financeiramente em troca de rendimentos que dependerão do desempenho do empreendimento.

2.1. Evolução do Conceito de Valor Mobiliário.

Conforme a definição legal originalmente prevista na Lei 6.385/76, somente eram considerados valores mobiliários os títulos emitidos pelas sociedades anônimas expressamente referidos na Lei 6.404/76 (ações, debêntures, bônus de subscrição, partes beneficiárias e certificados de depósitos) ou aqueles aos quais fosse atribuído esse caráter pelo Conselho Monetário Nacional.

Antes da reforma legislativa que originou a Lei 10.303/01, portanto, a CVM não tinha competência para fiscalizar as ofertas públicas de ativos que não se enquadrassem nas opções acima (o que se tornou notório diante de escândalos, como aquele que ficou conhecido como “Boi Gordo”¹¹). A alteração promovida pela Lei 10.303/01 (que inicialmente constou da Medida Provisória 1637/98) ampliou o conceito de valor mobiliário de modo a permitir que investimentos coletivos ofertados ao público fossem assim considerados independentemente da natureza do emissor ou de sua vinculação a títulos tradicionais. Tal mudança obrigou o mercado a assimilar conceitos mais abertos para a classificação de investimento como valor mobiliário, o que nem sempre aconteceu de maneira tranquila. Sobre esse fenômeno, afigura-se interessante trazer a esclarecedora análise realizada por Ary Osvaldo Mattos Filho:

A nossa legislação passou a adotar, símile à legislação norte-americana, os conceitos abertos, tais como ‘quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo’[...] Foi a partir dessa mudança de nossa legislação que os nossos doutrinadores foram buscar em *Howey* os elementos

11 Antes da edição da MP 1637/98, empresas como a Fazendas Reunidas Boi Gordo popularizaram um tipo de oferta de investimento coletivo ao público lastreado na criação de gado e cuja geração de lucro dependia do peso e do valor de mercado dos animais. Sem qualquer tipo de fiscalização à época por parte da CVM, milhares de investidores incorreram em prejuízos graves.

caracterizadores desse contrato matricial em relação às demais hipóteses previstas em lei. Sob esse aspecto é que busquei enfatizar que as caracterizações constantes em *Howey* foram resultantes de uma análise da evolução jurisprudencial norte-americana, desde o início do século XX até sua cristalização em 1946. Porém, creio que também seja importante ressaltar que esse não é um processo acabado e, portanto, imutável.¹²

A discussão, nos EUA, acerca da natureza do contrato de investimento coletivo (CIC) levou algumas décadas até que fossem definidos os requisitos necessários para sua caracterização como valor mobiliário no célebre precedente “*Securities and Exchange Commission v. W.J. Howey Co*”. O caso *Howey* envolveu ofertas, formalizadas por contratos independentes, de pequenos terrenos para plantação de frutas cítricas, que seriam operados por prestadores de serviços profissionais a fim de gerar retornos financeiros aos adquirentes. As ofertas destacavam que os retornos do investimento não seriam possíveis caso o proprietário explorasse diretamente o terreno.

Tendo em vista que os CIC são instrumentos de financiamento que podem assumir diversos formatos em diferentes setores, desde o “caso *Howey*”, as decisões da Suprema Corte dos EUA¹³ optaram por fazer uma análise da substância econômica do investimento a fim de enquadrá-lo como valor mobiliário sujeito a registro. Tal investigação, conforme consolidado pela jurisprudência norte-americana, materializa-se na submissão aos requisitos do denominado “*Howey Test*”, isto é, a existência de “*contract, transaction, or scheme whereby a person*

12 MATTOS FILHO, Ary Osvaldo. Valores Mobiliários. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de Direito Comercial: Sociedade Anônima*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 36-37.

13 Como outros exemplos de decisões da *Supreme Court* acerca do enquadramento de ofertas de investimentos no conceito de CIC sujeito a registro, temos: *Continental Marketing Corporation v. Securities and Exchange Commission*; *Securities and Exchange Commission v. Cultivated Oyster Farms Corp*; *Securities and Exchange Commission v. Bourbon Sales Corp*.

invests his money in a common enterprise and is led to expect profits solely from the efforts of the promoter or a third party".¹⁴

No Brasil, esses mesmos requisitos foram consolidados no inciso IX do art. 2º da Lei 6.835/76, que dispõe que são valores mobiliários:

Art. 2º (...) IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

Com a introdução desse conceito aberto na legislação, a CVM, em exercício similar ao que acontece na *common law*, passou a avaliar casuisticamente a obrigatoriedade de registro do investimento, o que, em essência, implica avaliar a legitimidade da fiscalização da própria Autarquia sobre essa então nova “espécie” de agentes emissores.¹⁵

A evolução dos vários usos e formas de CIC está relacionada ao dinamismo e criatividade característicos do mercado de capitais. Entretanto, ao mesmo tempo em que a inserção de conceitos abertos na regulação permite que a fiscalização da CVM acompanhe a rapi-

14 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. SEC v. Howey Co., 328 U.S. 293. Data de Julgamento: 27 mai. 1946. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

15 Conforme Gabriela Cordoniz, Laura Patela e Marina Copola: “Na prática, é a amplitude da previsão do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76 que atribui à CVM o dever de analisar os casos específicos, manifestando-se a respeito do cabimento e da conveniência de sua supervisão e, conseqüentemente, regulamentando a matéria”. (COPOLA, Marina; CORDONIZ, Gabriela; PATELA, Laura. Comentários ao Artigo 2º. In: CORDONIZ, Gabriela (Coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais – Lei 6.385/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 72).

dez de desenvolvimento desse mercado, ela também dificulta a assimilação dos agentes, principalmente os que não são operadores típicos, acerca da natureza dos investimentos. É o que será explorado a seguir.

2.2. Enquadramento de Condohotel no Conceito de CIC.

A análise do inciso IX da redação atual do art. 2º da Lei 6.385/76 não deixa dúvida de que o investimento em condohoteis envolve, cumpridos os requisitos de publicidade, oferta pública a partir da qual o investidor aplica certo valor em empreendimento e espera um retorno financeiro cujo sucesso depende da atuação de terceiros: da incorporadora e do empreendedor hoteleiro. Apesar da clareza, no presente estágio da evolução do tema, quanto ao enquadramento do CIC em condohotel como valor mobiliário, durante algum tempo essa matéria ficou sujeita a diversas perplexidades e elevado grau de imprecisão.

Uma das razões por trás da hesitação inicial sobre o tema decorreu do fato de que, antes de sua inserção como valor mobiliário, o contrato de investimento coletivo já era muito utilizado como modalidade de investimento imobiliário no Brasil, fazendo com que o mercado de condohoteis se desenvolvesse ao largo da regulação da CVM e sob a observância exclusiva das normas sobre incorporação imobiliária (Lei 4.591/64) e do Código Civil. Logo, a percepção dos participantes deste mercado era de que os condohoteis tinham natureza exclusivamente imobiliária,¹⁶ razão pela qual não estariam submetidos às regras próprias do mercado de capitais. A perspectiva de

16 À vista disso, mesmo após a vigência da Lei 10.303/01, nenhum empreendimento condohoteleiro requereu o registro ou dispensa de oferta na CVM até 2012. Isso demonstra que tanto os empreendedores da área, como o mercado de maneira geral, continuaram entendendo que os condohoteis não estariam enquadrados como contratos de investimento coletivo sujeitos a registro.

ficarem submetidos à fiscalização da CVM parecia absurda e inusitada para o seguimento que, inclusive, obteve alguns pareceres jurídicos dizendo o contrário.¹⁷

Quanto à postura da CVM, destaca-se que, após a inserção legislativa, a Autarquia não atuou por mais de uma década para orientar, alertar ou punir os participantes em relação às suas ofertas de condohoteis, ou seja, não houve esforço da CVM para que o mercado ficasse consciente do enquadramento desses empreendimentos como valores mobiliários e sua consequente submissão às regras de registro. Tal “omissão” só foi encerrada em dezembro de 2013, com a publicação de um “Alerta ao Mercado”, no qual a CVM comunicou de forma oficial seu entendimento sobre o enquadramento dos CIC em condohoteis na definição da Lei 6.385/76.

Ainda assim, mesmo com a publicação do alerta em dezembro de 2013, muitos empreendimentos continuaram a oferecer os contratos sem requerer o registro ou a dispensa na CVM, tanto porque remanesciam discussões sobre quais modelos de empreendimento condohoteleiro seriam considerados valores mobiliários (apenas venda de frações ideais ou também no caso de unidades?) e a forma de regularizar a situação, bem como em virtude de as características pró-

17 Nesse sentido, pode-se citar a conclusão do Ex-Presidente da CVM Marcelo Trindade em parecer jurídico solicitado por empreendedor hoteleiro: “(...) nosso entendimento é de que: (i) a oferta ao público de unidades autônomas do Empreendimento Hoteleiro objeto de Contrato de Locação é operação regulada pela Lei de Condomínios e Incorporações (e pela Lei do Inquilinato e pelo Código Civil), que estabelece regime jurídico próprio; (ii) a referida oferta não pode ser caracterizada como uma emissão ou oferta de valores mobiliários, não podendo a Lei nº 6.385/76 ser aplicada à oferta em análise, com a consequente ausência de competência da CVM para supervisionar a operação; e (iii) desde que cumpridos os requisitos legais da Lei de Condomínios e Incorporações, a Incorporadora estará autorizada a iniciar a oferta ao público das unidades autônomas do Empreendimento Hoteleiro” (TRINDADE, Marcelo Fernandez. Oferta ao público de unidades autônomas de empreendimento imobiliário. Não caracterização como emissão ou oferta pública de valores mobiliários. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 117-142, jan./mar. 2017). Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/21/17>. Acesso em: 11 jan. 2021.

prias dos investimentos condohoteleiros – pulverizados por todo o território nacional e vendidos sem a intermediação tradicional de uma instituição financeira – dificultarem a propagação da informação em nível nacional (os agentes não eram familiarizados com a CVM) e a própria atuação fiscalizadora da autarquia. Esse período que vai da publicação do Alerta de Mercado (dezembro de 2013) até a edição da Deliberação CVM 734/15 (maio de 2015), que estipulou diretrizes concretas para a concessão de dispensas de ofertas públicas de condohoteis, ficou conhecido como “período nebuloso”.¹⁸

Diante desse cenário, o Colegiado da CVM entendeu, por unanimidade, ser impossível a aplicação de medidas punitivas em relação às ofertas feitas antes da publicação do Alerta de Mercado, em dezembro de 2013, uma vez que, até sua publicação, não se encontrava consolidado, nem público o entendimento da própria Autarquia quanto à sua competência de fiscalizar tais investimentos. Em maio de 2015, com a publicação da Deliberação 734, não apenas o entendimento da CVM se tornou institucionalizado, como o mercado já havia tido tempo de assimilar corretamente a natureza desses investimentos, de modo que não restaria dúvida quanto à punição das ofer-

18 Nesse período (2014-2015), o Colegiado da CVM decidiu individualmente sobre pedidos de registro de condohoteis: BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ 2014/1503. Relator: Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE. Data de Julgamento: 30 abr. 2014; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ 2014/6342. Relator: Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE. Data de Julgamento: 12 ago. 2014; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ2014/5323. Relator: Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE. Data de Julgamento: 2 set. 2014; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ2014/9466. Relator: Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE. Data de Julgamento: 29 out. 2014; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ2014/10135. Relator: Superintendência de Registro de Valores Mobiliários – SRE. Data de Julgamento: 25 nov. 2014. Na prática, o período de incerteza simbolizou que, apesar do sinal dado pela CVM acerca de sua posição, os agentes do mercado imobiliário – desacostumados com as comunicações advindas da Autarquia, com exceção dos que eram companhias abertas – ainda estavam em processo de assimilação da modificação do posicionamento do regulador, até porque regras mais claras acerca do registro/dispensa só foram definitivamente definidas com a Deliberação 734.

tas realizadas sem o devido registro/dispensa após essa data. Quanto à punibilidade sobre as ofertas realizadas durante o período nebuloso (aproximadamente 1 ano e 5 meses), que foi da publicação do alerta até a edição da Deliberação 734, entendeu-se que a aplicação de sanção administrativa dependeria da análise de cada caso concreto, uma vez que a assimilação dos participantes quanto ao enquadramento do investimento dependeria de vários fatores, dentre eles, o porte do emissor, o recebimento de ofícios por parte da CVM e eventual requerimento de dispensa de registro de novas ofertas realizadas após o alerta.

3. Grupo de Precedentes 2 – *Spoofing* e *Layering* como Técnicas de Manipulação de Preços.

O segundo grupo de precedentes avaliou a utilização de “estratégias” de inserção de ordens artificiais de compra e venda de ativos no livro de negociação da bolsa de valores – conhecidas como *spoofing* e *layering* – como práticas de “manipulação de preços”, infração prevista no item II, “b”, da Instrução CVM 08/79 (ICVM 08).

Como mencionado no início deste trabalho, a ICVM 08 é um exemplo clássico de tipificação “aberta” na regulação brasileira, que visa a dar uma maior flexibilidade à atuação da CVM no acompanhamento do desenvolvimento das práticas de mercado. Conforme aponta Nelson Eizirik, apesar da generalidade da instrução muitas vezes causar alguma confusão entre os tipos de “criação de condições artificiais” e “manipulação de preços”, é certo que o que se busca proteger, de maneira geral, através dessa regra, seria “a regularidade e transparência do mercado de valores mobiliários, assegurando que o processo de formação de preços seja regido pela oferta e demanda”.¹⁹

19 EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, op. cit., p. 547-548.

3.1 Spoofing e Layering.

Em ambiente que prolifera *high frequency trading*,²⁰ o *spoofing* e o *layering* são “estratégias” que buscam induzir os preços dos ativos listados na bolsa de valores por meio de uma pressão artificial aplicada aos outros operadores. O *spoofing* consiste na inserção de uma oferta de compra ou venda “efetiva”, a qual o investidor pretende realizar, de um lado do livro de operações, simultaneamente à inserção de uma oferta “artificial” de lote expressivo de ativos do outro lado do livro. Já no *layering*, simultaneamente à oferta “efetiva”, são inseridas várias ofertas “artificiais” do lado oposto do livro. Nos dois casos, após a execução das ofertas efetivamente pretendidas, as ofertas “artificiais” são canceladas imediatamente.²¹

Tanto no *spoofing* quanto no *layering*, a pressão sobre os preços negociados ocorre pela inserção de ofertas “artificiais” que geram informações simuladas no sistema de negociação da bolsa de valores (“livro”) e servem para atrair contrapartes ao lado oposto do qual está a oferta “efetiva”, favorecendo o fechamento das operações nas condições efetivamente desejadas pelo infrator. Graças a automatização do sistema da bolsa, todo esse processo consome fração muito reduzida de tempo (poucos segundos ou até mesmo milissegundos).

Percebendo uma maior tendência dos investidores e corretoras de se utilizarem de meios tecnológicos para perpetuar infrações desse tipo, a BM&FBovespa Supervisão de Mercado (BSM), a partir de 2012, lançou iniciativas de monitoramento de práticas abusivas

20 A partir da década de 1990, a bolsa de valores passou a operar por meio de uma plataforma automatizada (sistema Mega Bolsa) que, desde então, evoluiu a ponto de permitir que operadores realizem transações em ambiente totalmente virtual em curto período de tempo e a partir de algoritmos pré-estabelecidos (estes são chamado de *high-frequency traders*).

21 Para uma leitura mais profunda sobre o tema, sugerimos a leitura do artigo de autoria de Marcos Saldanha Proença, que analisou os precedentes da CVM sobre o tema: PROENÇA, Marcos Saldanha. Spoofing e Layering, as Novas Formas de Manipulação de Preços. In: BORBA, Gustavo Tavares; BORBA, Rodrigo Tavares; ALMEIDA, José Gabriel Assis de (Coord.). *Comissão de Valores Mobiliários: Precedentes Comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 403-413.

como o *spoofing* e o *layering*, definindo seus elementos, emitindo alertas aos participantes diante de indícios de irregularidades e inserindo explicitamente, nas regras de acesso ao mercado, as duas práticas como condutas que devem ser identificadas e coibidas pelos participantes:²²

Item 126. O Participante deve monitorar todas as operações e ofertas por ele intermediadas, com o propósito de identificar, avaliar, registrar, coibir e comunicar, pelo menos ao diretor responsável, as situações definidas na regulamentação vigente como Práticas Abusivas, de que são exemplos: criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço; manipulação de preços; operações fraudulentas; práticas não equitativas; Layering; e Spoofing.
(...)

Layering – Inserção de ofertas de compra e/ou de venda de um valor mobiliário, em conluio com outra(s) pessoa(s) ou não, por preços e volumes diferentes, em intervalos reduzidos de tempo e com altas taxas de cancelamento, visando alterar as condições de demanda, oferta ou preço do valor mobiliário.

Spoofing – Inserção de ofertas limitadas de compra (ou de venda) por diferentes preços, sem a intenção de executá-las, inserindo subsequentemente oferta(s) de venda (ou de compra) do outro lado do livro que, após ser(em) executada(s), segue(m)-se da rápida remoção das ofertas limitadas inseridas inicialmente.

22 Programa de Qualificação Operacional – Roteiro Básico. Disponível em:

No âmbito internacional, o *spoofing* e o *layering* passaram a ser previstos, a partir do final da primeira década do século XXI, com mais precisão nas regras sobre mercado de capitais. Nesse sentido, o *Dodd-Frank Act*, na sequência da crise financeira de 2008, alterou a legislação americana aplicável ao mercado de derivativos e commodities (*Commodity Exchange Act*) visando a aumentar a transparência do sistema financeiro por meio da proibição da prática de *spoofing* ou qualquer outra prática não equitativa semelhante:²³

SEC 747. ANTIDISRUPTIVE PRACTICES AUTHORITY

Section 4c(a) of the Commodity Exchange Act (7 U.S.C. 6c(a)) (as amended by section 746) is amended by adding at the end of the following:

(5) DIRUPTIVE PRACTICES – It shall be unlawful for any person to engage in any trading practice, or conduct on or subject to the rules of a registered entity that –

(A) violates bids or offers;

(B) demonstrates intentional or reckless disregard for the orderly execution of transactions during the closing period; or

(C) is of character of, or is commonly known to the trade as ‘*spoofing*’ (*bidding or offering with*

23 Disponível em: «<https://www.federalregister.gov/documents/2010/11/02/2010-27547/anti-disruptive-practices-authority-contained-in-the-dodd-frank-wall-street-reform-and-consumer>». Acesso em: 23 dez. 2020. Nesse sentido, ver também o *Interpretative Guidance and Policy Statement on Disruptive Practices* da CFTC, publicado em 2011, na qual a entidade forneceu ao público orientações gerais sobre a proibição de práticas não equitativas e exemplos de condutas que podem ser enquadradas como *spoofing*. Disponível em: «https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@newsroom/documents/file/dtp_factsheet.pdf». Acesso em: 22 dez. 2020.

the intent to cancel the bid or offer before execution).

(6) RULE MAKING AUTHORITY – The Commission may make and promulgate such rules and regulations as, in the judgment of the Commission, are reasonably necessary to prohibit the trading practice described in paragraph (5) and any other trading practice that is disruptive of fair and equitable trading.

(7) USE OF SWAPS TO DEFRAUD – It shall be unlawful for any person to enter into a swap knowing, or acting in reckless disregard of the fact, that its counterparty will use the swap as part of a device, scheme, or artifice to defraud any third party (grifos do autor).

Na União Europeia, o *Final Report* divulgado pela *European Securities and Market Authority* (ESMA) em 2015 passou a prever o *spoofing* e o *layering* como hipóteses de manipulação de mercado nos seguintes termos: “*submitting multiple or large orders to trade often away from the touch on one side of the order book in order to execute a trade on the other side of the order book (...) usually known as layering and spoofing*”.²⁴

3.2 Enquadramento na ICVM 08/79.

Apesar do esforço internacional em prever específica e nomeadamente o *spoofing* e o *layering* como condutas ilícitas no âmbito do mercado de capitais, no Brasil, essas práticas não estão especi-

²⁴ ESMA's technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation (ESMA/2015/224). Disponível em: <<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-224.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2020.

ficamente nomeadas em nenhuma lei ou instrução normativa. Os julgamentos na CVM, contudo, não buscaram avaliar as condutas à luz de conceitos internacionais previstos em normas estrangeiras, mas sim avaliar se as duas práticas poderiam ser enquadradas no conceito de “manipulação de preços”, tal como definida na ICVM 08/79.

Nesse contexto, por mais que o *spoofing* e o *layering* sejam práticas que só puderam contar com maior desenvolvimento com o advento da tecnologia virtual para negociação nas bolsas de valores ou mercado de balcão organizado e ainda não estejam explicitamente nominadas como infrações na regulação brasileira, ambas são condutas que podem ser punidas pela CVM quando, na análise do caso concreto, ficarem configurados os requisitos mínimos para enquadramento da conduta no conceito de manipulação de preços, o que demanda “a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo, terceiros à sua compra e venda”.

Conforme bem apontado nos dois julgados, a irregularidade das práticas não está na inserção de ofertas simultâneas nas duas partes do livro, nem na colocação de ofertas expressivas ou múltiplas ou em seu posterior cancelamento. A caracterização do *spoofing* e do *layering* como prática ilícitas deve levar em consideração a existência conjunta de todos esses fatores – identificados pela BSM a partir da observância da prática de mercado e, posteriormente, adotados pela área técnica da CVM quando da instauração dos processos – em conjunto com a intenção de alterar a cotação dos ativos por meio dessa “estratégia”.²⁵

25 Conforme o voto do Diretor Henrique Machado no julgamento do PAS CVM SEI nº 19957.005977/2016-18 (*spoofing*): “Evidentemente, não é irregular ter ofertas em ambos os lados do livro, no de ofertas de venda e no de ofertas de compra. Também não é irregular registrar ofertas expressivas em qualquer desses lados. E tampouco é irregular cancelar rapidamente qualquer um desses registros. Entretanto, quando esses elementos são organizados propositalmente em processo destinado a alterar a cotação de um valor mobiliário, induzindo terceiro à sua compra ou venda, tem-se por caracterizada a manipulação de preços de que trata o inciso I, c/c o item II, “b”, da Instrução CVM nº 8/79, modalidade spoofing” (BRASIL. Comis-

Conforme as decisões do Colegiado nos dois casos, o *spoofing* e o *layering* podem ser considerados, portanto, modalidades da conduta tipificada na ICVM 08/79, item II, “b”.²⁶ A tipificação aberta da regulação fez com que a CVM pudesse avaliar e punir diversas práticas configuradoras de manipulação de preços que, diante do processo legítimo e dinâmico do mercado, sequer poderiam ser especificamente concebidas quando da edição da norma. Nesse sentido, salienta-se que o tema já foi bastante explorado em diversos processos da CVM que analisa o ilícito sobre diferentes matizes, restando incontroverso o posicionamento da Autarquia quanto à punibilidade da conduta.²⁷

são de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.005977/2016-18. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira. Data de Julgamento: 13 mar. 2018).

26 No julgamento do caso de *spoofing* surgiu uma questão acerca do enquadramento desta prática na alínea “a” do item II da ICVM 08 (“criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários”), conforme o entendimento da BSM, e não na alínea “b” do mesmo item (“manipulação de preços no mercado de valores mobiliários”), que seria o entendimento da Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários (SMI). Reconhecendo que os dois tipos estão intrinsecamente relacionados e visam preservar a integridade do mercado, o Diretor Relator seguiu o entendimento da área técnica da CVM. Na ocasião, um dos autores do presente artigo (Gustavo Borba), em declaração de voto, esclareceu que “O objetivo principal, nesses casos, parece ser a manipulação de preços, mas esse desiderato final é atingido por meio da criação de condições artificiais de demanda. Nesse contexto, e buscando subsídios no direito penal, entendo ser aplicável ao caso o princípio da consunção ou da absorção, segundo o qual a infração principal, que define o objetivo do infrator, absorve as outras infrações que constituem meios para atingir o propósito final. No caso, o objetivo final seria a manipulação de preços (com o que se permitiria a realização da operação nas condições desejadas), o que seria realizado por meio de criação de condições artificiais de demanda (ordem artificial no outro lado do “livro”). Desta forma, embora o entendimento da BSM não possa ser considerado despropositado (tanto que realmente foram criadas condições artificiais de demanda), entendo que a tipificação adotada pela SMI, à luz do princípio da consunção ou absorção, seria a mais adequada para a situação específica em análise”.

27 Ao longo dos 40 anos de publicação da ICVM 08, inúmeros precedentes foram julgados e publicados sobre a matéria. Desse modo, por mais aberta que seja a concepção exarada na instrução, jamais poderia se dizer que a CVM não avaliou condutas de manipulação de preços. Destacam-se: BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Inquérito Administrativo CVM 26/00. Relator: Diretor Wladimir Castelo Branco Castro. Relator do voto vencedor: Diretor Eli Loria. Data de Julgamento: 12 dez. 2002; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Inquérito Admi-

4. Segurança Jurídica no Processo Administrativo Sancionador.

Diante da análise dos precedentes, parte-se agora para análise da segurança jurídica no âmbito da atividade sancionadora da CVM. Tomamos como base as questões trazidas nos julgados acima descritos, o artigo analisa a necessidade de um período de assimilação para que os participantes se adaptem à existência de uma nova interpretação do regulador sobre a natureza de determinada conduta, cotejando e diferenciando essa hipótese dos precedentes que abordaram a questão da nova modelagem fática para um tipo de irregularidade já prevista na regulação. Inicialmente, faremos uma breve análise de como o princípio da segurança está positivado no direito brasileiro, para depois analisar sua aplicação aos casos apreciados nos dois grupos de precedentes e, por último, trazer a discussão para o caso mais recente dos influenciadores digitais, que tem íntima relação com essa discussão.

4.1 Segurança Jurídica no Direito Brasileiro.

O princípio da segurança jurídica se faz presente em nosso

nistrativo CVM TA-RJ 2001/6226. Relatora: Diretora Norma Parente. Data de Julgamento: 15 mai. 2003; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 2001/0236. Relator: Diretor Eli Loria. Data de Julgamento: 19 jul. 2004; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 06/01. Relator: Diretor Wladimir Castelo Branco Castro. Data de Julgamento: 9 dez. 2004; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 05/01. Relatora: Diretora Norma Parente. Data de Julgamento: 21 jun. 2004; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 14/00. Relator: Diretor Wladimir Castelo Branco Castro. Data de Julgamento: 17 dez. 2004; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 2004/2131. Relatora: Diretora Norma Parente. Data de Julgamento: 19 jan. 2005; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 06/95. Relatora: Diretora Norma Parente. Data de Julgamento: 5 mai. 2005; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 2005/7389. Relator: Diretor Marcelo Fernandez Trindade. Data de Julgamento: 10 out. 2006; BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador 16/03. Relator: Diretor Wladimir Castelo Branco Castro. Data de Julgamento: 8 nov. 2006.

ordenamento de diversas formas, dentre as quais se inclui a edição e aplicação de normas que respeitem as legítimas expectativas das pessoas. Nesse sentido, o Poder Legislativo e os Entes Reguladores, apesar de não estarem limitados por tais expectativas, precisam editar e aplicar normas que não criem uma situação de instabilidade constante ou que causem danos injustificados.

Como explica José dos Santos Carvalho Filho, enquanto o princípio da segurança jurídica traz um aspecto objetivo à ideia de estabilidade das relações jurídicas, o seu corolário, que é o princípio de proteção à confiança, destaca o aspecto subjetivo que está relacionado ao “sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade”.²⁸

A previsibilidade da atuação estatal é, portanto, reconhecida e importante na edição e aplicação de normas jurídicas, diante de expectativas construídas em virtude da passagem do tempo (aspecto objetivo) e calcadas na boa-fé objetiva (aspecto subjetivo). Isso se mostra especialmente relevante na realidade atual, na qual, conforme alerta Luís Roberto Barroso, as legítimas expectativas tendem a ser minimizadas em detrimento da interpretação pragmática das normas:

A velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora, que também contamina a interpretação do Direito, não raro encaram as pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas.²⁹

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 90.

29 BARROSO, Luis Roberto. “Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil”. In: ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 137-163.

No âmbito das decisões do Poder Judiciário, o princípio foi positivado com a Lei 9.868/99 que, em seu art. 27, dispõe que a segurança jurídica pode vir a justificar a produção de efeitos de lei inconstitucional:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No âmbito administrativo, o art. 2º da Lei 9.784/99 também é muito claro quanto à observância do princípio da segurança jurídica:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Mais recentemente, e evidenciando uma tendência atual para a preservação desse valor, a Lei 13.655/18 acrescentou o art. 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), elencando alguns meios – não exclusivos – pelos quais as autoridades podem contribuir com a preservação da segurança jurídica na aplicação das normas:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Conforme explorado na parte inicial do artigo, o mercado de capitais se sustenta numa rede complexa de relações³⁰ que, em última instância, dependem da confiança e da previsibilidade do comportamento dos agentes – e do regulador – para funcionar de forma eficiente. Qualquer mudança brusca nessa estrutura é capaz de provocar efeitos verdadeiramente catastróficos. É o que destaca Carlos Henrique Abrão, ao fazer o seguinte comentário sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica às peculiaridades da fiscalização da CVM:

Conferiu-se às autoridades públicas o poder-dever comportamental de colaborar com o aumento da segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive mediante regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, conforme o artigo 30 da Lei nº 13.655/18. Forte nesse aspecto, caberá à autarquia federal, diante da sua experiência e flexibilidade das sanções, analisar a repercussão da conduta, seu potencial de menor gravidade e ainda meios punitivos alternativos.³¹

Diante desse quadro normativo, resta claro que a CVM, como autarquia federal integrante da administração pública, responsável

30 Conforme muito bem observou Valter Shuenquener de Araújo sobre o princípio da confiança na atuação estatal: “[...] o elevado dinamismo da sociedade contemporânea e a forte influência que o Estado exerce sobre a vida dos administrados exigem uma preservação mais firme das expectativas legítimas originadas da atuação estatal. Sem a preservação da confiança, o desenvolvimento econômico de um país fica debilitado, e apenas relações jurídicas menos complexas tornam-se viáveis. A confiança é, portanto, um relevante e imprescindível redutor da complexidade nas relações sociais. Não se pretende, com a tutela da confiança, impedir a evolução do direito, mas estimular que ela ocorra da forma menos traumática possível sem fragilizar a reputação estatal” (ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma Nova Forma de Tutela do Cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p. 237).

31 ABRÃO, Carlos Henrique. “Processo Sancionador da CVM”. In: ABRÃO, Carlos Henrique et al (Coord.) *Processo Sancionador: Banco Central e CVM – Lei nº 13.506/2017*. São Paulo: Editora Iasp, 2018, p. 178.

não apenas pela edição de normas regulatórias, como também pela fiscalização das condutas dos agentes de mercado, deve buscar preservar a segurança jurídica respeitando as expectativas legítimas criadas quanto à sua atuação, de modo a, em busca da maior eficiência e sempre prestigiando o princípio da razoabilidade, não prejudicar imotivada e desproporcionalmente os participantes do mercado.

4.2. Segurança Jurídica nos Precedentes de Condohotel e *Spoofing/Layering*.

Ao comparar os dois grupos de precedentes, pode-se constatar que ambos trataram do cabimento da aplicação de punições administrativas diante de condutas que, em razão da evolução rápida do mercado de capitais, poderiam gerar insegurança jurídica ou tornar insubsistente as razões para aplicação da pena.

Em ambos os casos, a segurança jurídica foi invocada como argumento de defesa para sustentar a ideia de que não se poderia aplicar uma nova interpretação das normas a fatos pretéritos ou invocar normas antigas para abranger novas modelagens de operação, uma vez que processo sancionador demandaria a previsão de condutas “apropriada” ou “especificamente” definidas pela CVM como ilícitas. Apesar de o *spoofing* e o *layering* não estarem, assim como as ofertas de condohoteis não estiveram por muitos anos, abarcados de maneira explícita pela legislação e pelas normas da CVM, os dois grupos de precedentes diferem em quatro pontos cruciais, que levaram a Autarquia a chegar, justificadamente, a conclusões diversas quanto à aplicação de sanções.

O primeiro ponto de divergência diz respeito à própria *evolução legislativa*. No caso das ofertas de condohoteis, a dúvida quanto ao seu enquadramento como valor mobiliário remetia à uma substancial reforma legislativa, muito influenciada pela experiência internacional e pelo boom dos investimentos coletivos na década de 1990 no Brasil, que buscou trazer as configurações de contrato de investimen-

to coletivo para dentro da definição de valor mobiliário sujeito a registro na CVM. Conforme já exposto, a inclusão dos CIC na legislação exigiu tempo de assimilação pelos participantes do mercado e pela própria CVM, a qual, durante anos, deixou de fiscalizar uma série de ofertas realizadas de maneira irregular. No caso do *spoofing* e do *layering*, não se pode falar que houve mudanças significativas na legislação – o que poderia justificar um período de adaptação aos participantes – já que ela sequer seria necessária, haja vista a existência de regra abrangente na ICVM 08 para práticas que visam a alterar as configurações naturais do mercado.

O segundo ponto está relacionado à própria dúvida que pairava acerca da *natureza dos investimentos*. Nos precedentes de condohotel, existia uma dúvida legítima quanto ao enquadramento das ofertas no conceito de CIC sujeito a registro. Tal dúvida foi fomentada não apenas pelo entendimento de que se tratava de investimento de natureza imobiliária, como pelo próprio tempo de assimilação necessário após a reforma legislativa para corretamente compreender todos os aspectos da disruptiva alteração do conceito sobre valor mobiliário – tempo que, como visto, influenciou até a postura da CVM.³² Nos precedentes de *spoofing* e *layering*, por outro lado, existia, no máximo, uma dúvida pessoal dos acusados quanto ao enquadramento das práticas no conceito de manipulação de preços. Isso porque, como visto acima, a configuração desse ilícito exige apenas a submissão aos requisitos da ICVM 08, que tipifica condutas de forma propositadamente aberta, com o propósito de se amoldar às

32 No caso concreto, a inércia por parte da CVM estava relacionada ao mesmo período de adaptação que não permitiu a observância das regras sobre registro de oferta pelos próprios participantes. Conforme resumido no voto do Processo Administrativo CVM SEI nº 19957.004122/2015-99: “[...] se a deficiência de fiscalização decorre, por exemplo, da deficiência da estrutura de um ente estatal, isso em nada poderá influenciar a incidência de norma durante certo período, mas quando a norma não é fiscalizada porque havia dúvida plausível sobre sua aplicação, considero descabida a penalização do particular que, de boa fé, deixou de observá-la” (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM SEI nº 19957.004122/2015-99. Relator: Diretor Gustavo Tavares Borba. Data de Julgamento: 12 abr. 2016).

novas variações que constantemente surgem em um mercado inovador e sofisticado como o de capitais (os precedentes sobre o tema evidenciam essa evolução). Não se poderia, pois, falar de “dúvida geral do mercado” acerca da natureza do *spoofing* e do *layering*, nem, tampouco, de conduta da CVM que tenha contribuído para eventual perplexidade.

O terceiro ponto se relaciona à *habitualidade dos agentes* no mercado de capitais. Ao contrário dos ofertantes do primeiro grupo de precedentes, ou seja, empreendedores do ramo imobiliário, que não estavam acostumados a lidar com as comunicações e exigências da CVM, os acusados do segundo grupo eram participantes típicos do mercado de capitais e operadores habituais da bolsa de valores, de modo que não poderiam alegar qualquer tipo de ignorância quanto à ilicitude da conduta,³³ pois, devido ao seu comportamento, era de se esperar que estivessem totalmente cientes das normas regulatórias aplicáveis.

O quarto e último ponto concerne à *postura da CVM*. Da alteração legislativa (em 1998) até a publicação do Alerta de Mercado (em 2013) – ou, discutivelmente, até o final do “período de incerteza”, com a edição da Deliberação 734 em maio de 2015 –, não houve qualquer posicionamento concreto da CVM quanto à classificação do investimento condohoteleiro como CIC, conceito aberto que, por si só, já vinha sofrendo dificuldade de assimilação pelo mercado, dado ao caráter disruptivo em relação aos conceitos tradicionais de valor mobiliário. A CVM, muito pelo contrário, não tomou, por mais de 10 anos,³⁴ qualquer providência a fim de orientar o mercado ou fiscalizar

33 O erro de proibição é reconhecido pelo direito penal quando o indivíduo tem um justificado desconhecimento da ilicitude da conduta praticada, ou seja, quando ele não tem como saber que tal prática é ilícita. Conforme o art. 21 do Código Penal: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. Não se trata, como se percebe, de hipótese que estivesse presente em relação aos praticantes de *spoofing* e *layring*.

34 Conforme referenciado no Processo Administrativo CVM nº 19957.004122/2015-99 (“Caso

eventuais ofertas irregulares, o que contribuiu para criar nos agentes uma legítima expectativa de que os condohoteis não estavam sujeitos à fiscalização da CVM. Diversamente, nos casos do segundo grupo de precedentes, não há que se falar em omissão da CVM, pois, além de a conduta de manipulação de preços estar prevista em norma regulatória desde 1979, a autarquia e o autorregulador (BSM) constantemente analisaram casos relacionados a este ilícito.

Fica claro, portanto, que a segurança jurídica é um valor que deve ser preservado em sintonia com as características concretas analisadas em cada caso. Com isso, proteje-se o regulado de mudanças bruscas e inesperadas de posição do regulador, sem que, por outro lado, isso represente um escudo para atuações sabidamente irregulares de participantes, que se utilizam de uma nova modelagem formal para perpetuar uma infração já definida, ainda que de forma aberta, na regulação aplicável.

4.3 Influenciadores Digitais como Analistas de Investimentos: Posição Atual da CVM.

Importante, por fim, registrar que, mais recentemente, a questão da segurança jurídica voltou a permear discussões no âmbito da CVM diante da crescente onda de influenciadores digitais de investimentos em um contexto de vertiginoso incremento da participação de pessoas naturais (pequenos investidores) no mercado de capitais brasileiro. Com o advento das redes sociais, plataformas como Twitter e Instagram passaram a servir como meios para que pessoas influentes (*influencers*) se utilizassem de sua extensa base de seguidores para fazer recomendações de ativos.

Oliva”), mesmo depois do alerta, a CVM ainda por algum tempo agiu apenas por provocação dos investidores (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM SEI nº 19957.004122/2015-99. Relator: Diretor Gustavo Tavares Borba. Data de Julgamento: 12 abr. 2016).

Como se sabe, a recomendação de investimentos feita profissionalmente é atividade privativa do analista de valores mobiliários e está regulada pela Instrução CVM 598/18, que exige que aquele que “elabora relatórios de análise destinados à publicação, divulgação ou distribuição a terceiros” (art. 1º, *caput*) que “possam auxiliar ou influenciar investidores no processo de tomada de decisão de investimento” (art. 1º, §1º) seja credenciado em entidade autorizada pela CVM (art. 2º).

Diante do alcance impulsionado pelas redes, que é capaz de influenciar os preços do mercado, a CVM passou a observar mais de perto as atividades exercidas no ambiente virtual. Em novembro de 2020, a Autarquia divulgou o primeiro alerta (Ofício-Circular 13/2020) sobre a atuação dos *influencers*, esclarecendo alguns pontos, dentre eles, que o credenciamento é necessário apenas àqueles que exercem a atividade de maneira profissional.

Nesse sentido, o alerta destacou que a linguagem adotada nos canais é de extrema importância para avaliar a caracterização do serviço como profissional. Segundo o item 6, quaisquer mensagens que adotem “*teor mais assertivo ou apelativo reforçam a configuração de uma tentativa do agente de convencer e induzir os destinatários a segui-lo*”, ou seja, são capazes de influenciar a tomada de decisão dos investidores.³⁵ O item seguinte alerta que as recomendações que visam a criação de condições artificiais de mercado, manipulação de preços, operações fraudulentas ou práticas não equitativas no geral podem se enquadrar nos ilícitos previstos na ICVM 08/79 – independentemente de serem exercidas por profissionais.

Novamente, trata-se de situação em que a evolução natural da sociedade em geral e das práticas de mercado em particular, influenciada pelo rápido avanço tecnológico, trouxe um quadro de incerteza jurídica quanto à competência da CVM para fiscalizar e punir condu-

35 Disponível em: «<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-1320.html>». Acesso em: 29 dez. 2020.

tas que não estavam detalhada e especificamente previstas de maneira expressa nas normas. De fato, a atividade de analista de investimentos que opera por meio das redes sociais não está expressamente regulada pela CVM, mas isso não significa que o regulador não possa fiscalizar condutas que eventualmente se enquadrem nas instruções em vigor.

Nessa linha, destaca-se que os indivíduos que porventura estejam exercendo sua atividade profissional de analista de valores mobiliários por meio das redes sociais são participantes habituais do mercado e, portanto, devem estar cientes das limitações impostas pela CVM para o exercício da atividade – seja ela realizada em plataformas digitais ou não. Para aqueles *influencers* que não atuavam tradicionalmente com assuntos relacionados ao mercado de capitais, mas resolveram se aventurar nessa seara, nada mais natural que tenham conhecimento da recente orientação da CVM, que contou, nesse caso, com intensa divulgação nas mídias tradicionais e digitais.

Diante dessas circunstâncias, cabe ressaltar que houve um movimento rápido e bastante louvável por parte da CVM ao emitir o Ofício Circular 13/2020, buscando, por meio dele, elucidar as principais dúvidas acerca do tema e, como consequência, preservar a segurança jurídica no âmbito dessas atividades. Tal publicação está em linha com a lógica atual da atividade sancionadora, que busca não só respeitar as expectativas legítimas dos participantes, como avaliar as circunstâncias e ponderar a melhor medida de orientação e fiscalização no caso concreto, a fim de que não seja necessária a instauração de um processo administrativo caso outra medida se mostre efetiva.

Conclusão.

Com base no estudo da legislação, da doutrina e dos precedentes, pode-se concluir que a aplicação do princípio da segurança jurídica no processo administrativo sancionador deve passar, necessariamente, pela análise detalhada e aprofundada das características

do caso concreto. Isso remete ao fato mencionado no início do trabalho de que, em função dos objetivos próprios da regulação *lato sensu* (conformar condutas) e da tipificação aberta das normas regulatórias do mercado de capitais, as atividades de fiscalização/*enforcement* e de instauração de processo sancionador devem contemplar todas as particularidades da situação real, a fim de que esse conjunto de aspectos sejam levados em conta para a possível aplicação de sanção administrativa.

Foi em razão dessa análise específica e apurada que se chegou a conclusões distintas nos referidos grupos de precedentes: no primeiro grupo, o Colegiado da CVM reconheceu que a inclusão do conceito aberto de CIC no rol de valores mobiliários e a natureza historicamente imobiliária dos empreendimentos condohoteleiros, junto à postura inerte da CVM, contribuíram para que sanções não fossem aplicáveis em relação às condutas anteriores ao Alerta de Mercado/2013; no segundo grupo de precedentes, a Autarquia considerou que bastaria que a conduta dos acusados, operadores típicos da bolsa de valores, fosse submetida ao que diz o texto da ICVM 08 sobre a manipulação de preços, ilícito antigo e recorrentemente examinado pela CVM, sendo, destarte, desnecessária a tipificação específica e nominativa do *spoofing* e do *layering* para aplicação de sanções.

Já na recente hipótese dos influenciadores digitais, é possível verificar que a CVM reagiu rapidamente à nova situação, antecipando-se na divulgação das situações em que seria possível a atuação da Autarquia para punir condutas irregulares, com o que trouxe mais segurança jurídica ao mercado e permitirá maior consistência para as atividades sancionadora e de fiscalização.

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE E
BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS:
COMENTÁRIOS À PARADIGMÁTICA DECISÃO
PROFERIDA NA ADI 4815¹**

**FREEDOM OF SPEECH, PRIVACY AND UNAUTHORIZED
BIOGRAPHIES: COMMENTS ON THE PARADIGMATIC RULING
OF ADI 4815**

*José Roberto d’Affonseca Gusmão
Laetitia Maria Alice Pablo d’Hanens
Michelle Kallas Franco de Campos*

Resumo: A Constituição de 1988 consagra a proteção aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e preservação da privacidade, sem estabelecer entre ambos uma hierarquia formal. O exercício destes direitos pode desencadear conflitos, notadamente no que toca às biografias não autorizadas, questão submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815, visando “a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto” do artigo 20 do Código Civil de 2002, que determina que a “divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa” estão sujeitas à autorização prévia do biografado ou de seus sucessores. O presente estudo propõe-se a analisar a evolução jurisprudencial do tema, culminando com a decisão proferida pelo STF em 2015, no bojo ADI nº 4815, bem como os critérios aplicáveis à ponderação entre direitos fundamentais, segundo os quais a liberdade de expressão, conjugada com o imperativo constitucional de interdição à censura, goza de uma posição de primazia em relação aos direitos de personalidade eventualmente conflitantes. Tal decisão aponta para a interpretação constitucional das regras do Código Civil

1 Artigo recebido em 04.06.2021 e aceito em 13.07.2021.

a partir desta primazia, ao declarar que o consentimento da pessoa biografada ou de seus sucessores não é exigível, sem prejuízo dos remédios constitucionais e civis para a reparação dos danos causados pelo exercício abusivo do direito fundamental de livre expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Privacidade. Biografias. Autorização. Direitos fundamentais. Jurisprudência.

Abstract: Fundamental rights such as the freedom of speech and privacy are equally safeguarded under the Brazilian Constitution of 1988, with no formal hierarchy between them. As the exercise of those rights frequently leads to conflicts, namely when it comes to unauthorized biographies, the question was submitted to the assessment of the Supreme Court for by means of a claim for partial declaration of unconstitutionality, "with no reduction of text" of article 20 of the Civil Code (Law nº 10.406 / 2002), which states that "the disclosure of writings, the transmission of speech, or the publication, exhibition or use of the image of a person" are subject to the prior authorization of the biography subject or his heirs. This article analyzes the decision rendered by the Supreme Court in 2015 on said lawsuit (Unconstitutionality Direct Claim nº 4815), as well as the criteria for balancing these two fundamental rights. The Court declared that the freedom of speech, combined with the constitutional imperative rule forbidding censorship, enjoys a primacy position over privacy rights when related to public subjects. The ruling establishes the constitutional interpretation of the Civil Code rules on the basis of this primacy, declaring that, for the publication and disclosure of biographical works, the consent of the biographed subjects is not mandatory, without prejudice to the constitutional remedies and indemnities arising from the abusive exercise of this same fundamental right.

Keywords: Freedom of speech. Privacy. Biographies. Authorization. Fundamental rights. Case law.

Sumário: Introdução. 1. O direito fundamental à livre expressão e suas facetas. 2. Direito e responsabilidade. 3. A proteção à intimida-

de, à privacidade e à honra. 4. Interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil até a ADI 4815 de 2015. 5. Ponderação entre direitos fundamentais e biografias não autorizadas: o racional da ADI 4815. 5.1. Biografia como documento histórico. 5.2. Critérios para a ponderação do conflito até a decisão do STF. 5.3. O racional decisório da ADI 4815. Conclusão.

Introdução.

O conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e preservação da privacidade, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988, aqueceu os debates jurídicos ao longo desta década, particularmente no que se refere ao tema das biografias não autorizadas.

Artistas como Caetano Veloso, Chico Buarque, Djavan, Gilberto Gil, Milton Nascimento, Erasmo Carlos e Roberto Carlos, do movimento denominado “Procure Saber”, chegaram a se manifestar pública e contrariamente à publicação e à comercialização de biografias sem prévia autorização do retratado ou de suas famílias. Tratava-se de reação ao Projeto de Lei nº 393/2011,² que buscava a alteração do artigo 20 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002),³ cuja redação sujeita,

2 Tal Projeto de Lei havia sido apresentado à Câmara dos Deputados em 15/02/2011 pelo Deputado Newton Lima Neto (PT/SP), prevendo a inclusão de um parágrafo no referido artigo para dispor que “*a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade*”. A justificativa do autor do projeto era de que o artigo 20 do Código Civil estabelecia uma forma de censura privada. Na época, o PL nº 393/2011, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, não seguiu ao Senado devido a um recurso apresentado pelo Deputado Marcos Rogério (PDT/RO), levando o debate sobre o texto para o plenário da Câmara dos Deputados.

3 “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção

de forma geral, “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa” a autorização prévia, como se examinará adiante.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815, proposta pela ANEL – Associação Nacional dos Editores de Livros, acompanhada posteriormente por diversas outras associações, com pertinência temática, admitidas no processo na condição de *amicus curiae*. A ação visava “a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto” dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002.⁴

Argumentava a autora que, por força da ampla e abrangente interpretação que vinha sendo dada pelo Poder Judiciário aos referidos dispositivos, “a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias, ou audiovisuais, tem sido proibida em razão da ausência de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.

De fato, até aquele momento, o histórico de decisões judiciais ora determinando a retirada de circulação, ora proibindo a divulgação de biografias fora extenso, tendo sido o público brasileiro privado, temporária ou definitivamente, do acesso a uma série de obras desta natureza, versando sobre personagens de interesse histórico e cultural, ícones da memória coletiva. Dentre eles, os emblemáticos e polêmicos debates que levaram à clausura as biografias de Garrincha,⁵ Roberto Carlos,⁶ Lampião,⁷ Guimarães Rosa⁸ e Paulo Leminski,⁹

da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

4 “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

5 A circulação da obra foi proibida em decisão liminar (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça

do Estado do Rio de Janeiro. MS nº 221/96, Relator: Desembargador Humberto Paschoal Perri. Data de Julgamento: 26 jun.1996. Tal decisão foi reformada, mas o autor da obra foi condenado a indenizar as filhas do jogador biografado por danos morais (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível. Embargos Infringentes nº 0000823-11.1996.8.19.0001. Relator: Desembargador Sérgio Cavaliere Filho. Data de Julgamento: 15 mai.2002. Data de Publicação: 23 mai.2002). Vide também Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 521.697/RJ, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Data de Julgamento: 16 fev.2006. Data de Publicação: 20 fev. 2006. A respeito desta polêmica, Luiz Schwarcz, editor da Companhia das Letras, escreveu emblemático artigo no “O Globo” (Disponível em: «<http://oglobo.globo.com/cultura/um-editor-de-biografias-10394191>». Acesso em: 10 mai. 2021).

6 Por força da ação judicial movida por Roberto Carlos (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 18ª Câmara Cível. Apelação nº 0006890-06.2007.8.19.0001. Relator: Desembargador Pedro Freire Raguinet. Data de Julgamento: 10 mar. 2009. Data de Publicação: 20 mar. 2009), Paulo César Araújo, autor da biografia “*Roberto Carlos em Detalhes*” acabou por firmar um acordo com o cantor, e a obra até hoje não está disponível ao público. O mesmo biógrafo declarou em artigo publicado na Folha de São Paulo que a defesa da autorização prévia do biografado e do pagamento de parcela a título de direitos autorais pelos artistas do “Procure Saber” seria uma “Lei Fio Maravilha”, em alusão ao jogador de futebol que processou Jorge Ben Jor após ser homenageado em letra de música. Seu texto veio rebater as declarações de Paula Lavigne, ex-mulher de Caetano, porta-voz do “Procure Saber”, que alegou não ser justo que só os biógrafos e os editores lucrem com as biografias, e nunca os biografados e suas famílias (Disponível em: «<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/10/1358980-paulo-cesar-de-araujo-lei-fio-maravilha.shtml>». Acesso em: 10 mai. 2021)

7 O lançamento e a venda da obra “Lampião – O Mata Sete”, de autoria de Pedro Morais, foram proibidos em 2011 (SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. 7ª Vara Cível de Aracaju. Processo nº 0038627-20.2011.8.25.0001. Juiz Aldo Albuquerque de Mello. Data de Julgamento: 10 abr. 2012), tendo sido tal decisão revertida apenas em 2014 pelo Tribunal de Justiça de Sergipe.

8 A circulação da obra “Sinfonia de Minas Gerais – A vida e a literatura de João Guimarães Rosa”, de Alair Barbosa dos Santos, foi impedida por cinco anos por força de decisão liminar (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0180270-36.2008.8.19.0001). Depois de revertida a decisão, a filha do célebre escritor, que tinha dado declarações ofensivas à honra do biógrafo em jornais de grande circulação, foi ainda condenada a indenizar o biógrafo, tendo sido, ainda, majorado o valor da condenação por danos morais em grau de recurso (vide GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 4ª Câmara Cível. Apelação nº 90800-46.2010.8.09.0051. Relator: Desembargador Sebastião Luiz Fleury. Data de Julgamento: 21 mai. 2015. Data de Publicação: 02 jun. 2015).

9 Curioso este caso em que as herdeiras do grande poeta insurgiram-se não só contra a obra “O Bandido que sabia Latim”, de Toninho Vaz, em sua quarta edição que traria atualização supostamente inconveniente, mas também contra a obra “Passeando por Paulo Leminski”, encomendada por elas ao amigo do biografado, o autor Domingos Pellegrini (Disponível em:

e até uma telenovela sobre o ex-Presidente Fernando Collor,¹⁰ produzida pela extinta Rede Manchete na década de 90.

Sustentou a ANEL que tais decisões ofendiam as liberdades de expressão e de informação protegidas pela Constituição Federal e que:

(...) pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita. Sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, na medida da sua inserção em eventos de interesse público. Daí que exigir a prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) importa consagrar uma verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral, e ao direito à informação de todos os cidadãos. (grifos nossos)

Houve audiência pública em 21 novembro de 2013 para debater o tema, ocasião em que escritores, editoras e pessoas ligadas ao mercado cultural e editorial puderam ser ouvidas e se manifestarem oficial e publicamente sobre o objeto da ação.¹¹ Além disso, expo-

¹⁰ <https://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,autores-domingos-pellegrini-e-toninho-vaz-sao-execrados-pela-familia-de-paulo-leminski,1161544>. Acesso em: 10 mai. 2021).

¹⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Cível. Apelação nº 0001448-19.1994.8.19.0000. Relator: Desembargador Perlingeiro Lovisi. Data de Julgamento: 07 jun. 1994. Data de Publicação: 02 ago. 1994.

¹¹ Manifestaram-se favoravelmente à revisão da interpretação dada àqueles dispositivos do Código Civil quando aplicáveis a obras biográficas a Academia Brasileira de Letras, a Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas, a União Brasileira dos Escritores, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão, a Comissão de Direito Autoral da OAB/SP, o Instituto Palavra Aberta, o Deputado Newton Lima (autor do PL 393 já referido), o Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual, o Sindicato Nacional dos Editores de Livros, o Conselho de Comunicação Social do Congresso

tes da academia¹² e do jornalismo¹³ fomentaram o debate, fazendo com que ao longo dos anos que se seguiram, o assunto estivesse em efervescência.

O embate culminou com o histórico julgamento, em 10.06.2015, da ADI 4815, tendo como relatora a Ministra Carmen Lúcia, em cuidadoso e fundamentado voto e manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, que solicitou juntada de voto para discorrer adicionalmente sobre as razões de decidir.

Passados mais de quatro anos daquela decisão, as discussões sobre o respeito à liberdade de expressão e a censura voltaram ao centro das atenções. Um filme publicitário do Banco do Brasil em que uma das personagens é transexual e aparecem jovens tatuados e com cabelos coloridos foi retirado do ar, tendo sido o diretor de marketing do banco estatal demitido.¹⁴ O governo federal também anunciou que a Agência Nacional de Cinema (Ancine) poderia ser privatizada ou extinta caso não fosse possível “usar filtros” na produção audiovisual nacional, tendo sido criticado abertamente o patrocínio daquela agência ao filme “Bruna Surfistinha”.¹⁵

Nacional, a Associação Paulista de Imprensa, e a OAB. Em sentido contrário, o Deputado Federal Ronaldo Caiado, o Deputado Federal Marcos Rogério e a Associação Eduardo Banks.

12 O historiador e professor da Universidade Federal Fluminense Ronaldo Vainfas declarou recentemente, em entrevista à Revista de História, que considerava inaceitável que o biografado ou sua família interferira no trabalho do biógrafo para construir uma autoimagem que lhe convenha. (Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/o-interesse-publico-no-privado>>. Acesso em: [10 mai. 2021].

13 Roberto DaMatta manifestou sua surpresa em ver os artistas da geração “É proibido proibir” proibindo biografias (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,paradoxos-,1086291,0.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2021).

14 Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/27/bolsonaro-volta-a-defender-veto-a-propaganda-do-banco-do-brasil.ghtml>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

15 Conforme noticiado, o i. Presidente teria declarado em entrevista: “*Mudou o governo, chama-se Jair Bolsonaro. De direita, família, respeito às religiões. E quando você fala em Ancine, de uma forma ou de outra, tem dinheiro público lá. E aí você vai fazer um filme da Bruna Surfistinha? Eu não estou censurando. Mas esse tipo de filme eu não quero. Quer insistir? A*

Novamente, vê-se o Supremo Tribunal Federal chamado a debater a questão. O partido Rede Sustentabilidade propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – a ADPF 614 - solicitando seja anulado o recente Decreto 9.919/2019, que altera a estrutura e transfere o Conselho Superior de Cinema para o Ministério da Casa Civil, e a portaria do Ministério da Cidadania que suspendeu o edital de chamamento da Ancine para a produção de conteúdo para as televisões públicas, destinando recursos o audiovisual nacional. A ADPF 614 conta com relatoria da Ministra Carmem Lúcia e, em 04.11.2019, nossa Corte máxima recebeu cineastas, artistas e atores em nova audiência pública sobre “Liberdades Públicas de Expressão Artística, Cultural, de Comunicação e Direito à Informação”.¹⁶

Este estudo vem revisitar a paradigmática decisão de 2015, para explorar os fundamentos pelos quais, no aparente conflito entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão encontra uma posição não de hierarquia, mas de primazia, pois, como expresso no voto do Min. Luís Roberto Barroso, “*em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco de sua supressão*”. A pertinência do tema salta aos olhos, na poética e brilhante relatoria da Min. Carmen Lúcia:

Sendo a liberdade objeto de permanentes lutas porque de constantes ameaças, importante não se permitir sequer a ocorrência de lesão a bem tão imprescindível. (...) Liberdade não é direito acabado. É peleja sem fim. (grifos nossos).

gente extingue a Ancine. A primeira medida, tem o decreto, vem para Brasília a Ancine. Tirar do Rio? Qual o problema? Vai ficar na nossa asa aqui” (Disponível em: «<https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/05/bolsonaro-ataca-ancine-e-filme-de-bruna-surfisti-nha-esse-tipo-eu-nao-querho.htm>». Acesso em: 10 mai. 2021)

16 Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428829>». Acesso em: 10 mai. 2021.

1. O direito fundamental à livre expressão e suas facetas.

Na história da humanidade, a liberdade de pensamento e o direito à sua livre expressão encontram resguardo nos mais paradigmáticos textos normativos, pilares da construção do que hoje se entende por Estado Democrático de Direito: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (1966), além das previsões em tratados regionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Se a consagração deste direito, no plano internacional, acompanhou a estruturação geopolítica das nações ocidentais contemporânea, no Brasil, a liberdade de expressão como direito fundamental passou, por vezes, na corda-bamba ao longo das sucessivas constituições, alimentando-se de “esperança equilibrada” em alguns momentos mais acidentados de nossa construção democrática.¹⁷

Independentemente de sua tortuosa trajetória, é de se notar que a liberdade de expressão fez-se presente, com ou sem amarras, como direito fundamental em todas as Constituições da República.

A Constituição Federal de 1988, fruto desta história de embates e da chamada “redemocratização”, mostrou-se generosa na almejada consagração desse direito, por meio de diversos dispositivos, que resguardam cada uma de suas dimensões.

Em uma *dimensão individual*, a liberdade de expressão encontra amparo no artigo 5º, em seus incisos IV e IX, assegurando a cada indivíduo a possibilidade de manifestar seu pensamento ou os frutos de sua atividade criativa, artística, científica ou comunicativa:

17 Censura e limitações à liberdade de expressão ostentavam-se nas Constituições de 1934 (artigo 113, §9º), de 1946 (artigo 141, §5º) depois modificada pelo AI nº 2, de 1967 (artigo 150, §8º) depois substituída pela Emenda nº 1 de 1969 e sobreposta pela aplicação do AI nº 5 (1968).

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:

(...) IV - é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato;

(...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Por outro lado, a liberdade de expressão também pode ser interpretada sob uma *dimensão social*, consistente no direito de busca, recebimento e difusão de informações sobre qualquer tema, independentemente de censura ou licença, como se pode observar no próprio inciso IX e também no inciso XIV do mesmo artigo 5º:

(...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Trata-se de proteger constitucionalmente a livre informação, sobre quaisquer assuntos ou matérias, ainda que possam resvalar sobre particulares, desde que tenham expressão ou efeitos coletivos. Em outras palavras, cuida-se da liberdade de informar e de ser informado.

Todos estes comandos encontram reforço no artigo 220 da Carta Magna, que veda a censura ou quaisquer formas de restrição às liberdades fundamentais:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A vedação à censura, portanto, destaca-se como princípio orientador, guardião para a interpretação dos demais dispositivos e base da garantia constitucional à liberdade de pensamento e manifestação. Note-se que a amplitude redacional do artigo 220 não dá margem a dúvidas: a proibição à censura e/ou a qualquer limitação ao pleno exercício do direito fundamental ao livre pensamento e à sua expressão não atinge só as atividades públicas do Estado (em qualquer de seus poderes legislativo, administrativo ou judiciário) mas também se estende à esfera privada, impondo-se sobre as relações entre particulares.

Esta vedação absoluta consagra-se como imperativo na preservação do Estado democrático e de suas ferramentas edificantes – o pluralismo e o livre debate – que a censura destrói:

Desde há muito que a doutrina constitucional proclama a função constitutiva e estabilizadora da livre formação individual e coletiva através de uma esfera de discurso público aberta e pluralista. Os fundamentos dessa proclamação têm sido discernidos na procura da verdade e do conhecimento na expressão e autonomia individuais, na

defesa do Estado de direito democrático, *na livre concorrência de ideias, no desenvolvimento normativo, na libertação de tensões sociais, na proteção da diversidade de opiniões, na acomodação de interesses, na transformação pacífica da sociedade*. A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente.¹⁸

Ou ainda, no voto da Ministra relatora da ADI 4815, “Censura é repressão e opressão (...) Democracia deveria escrever censura com “s” no início: semsura...”.

2. Direito e responsabilidade.

Conquanto consagrado como fundamental, o direito à liberdade de expressão não se sustenta sem o contraponto de todo e qualquer direito: a responsabilidade daquele que, ao exercê-lo, comete abusos, dando ensejo ao dever de indenizar. Na esfera social, direito e dever conjugam-se vinculados, para responsabilizar aquele que, no convívio cidadão e no exercício de liberdades, excede-se e causa danos a outrem. Esta conjugação inseparável entre direitos e deveres sustenta o modelo de convivência social democrática.

Para garantir o equilíbrio deste modelo, a própria Constituição elevou à mesma ordem dos direitos fundamentais a responsabilidade contrapeso de toda e qualquer liberdade, nos termos do inciso V do artigo 5º já citado: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

18 J.J. Gomes Canotilho, citado no voto da Min. Carmen Lúcia, relatora da ADI 4815. (CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: JÚNIOR, Antonio Pereira Gaio. SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. (Coord.). *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 128-129).

Cumprido destacar que, neste dispositivo, “imagem” compreende não apenas a representação física de um indivíduo (seu retrato suportado por qualquer meio de registro) mas também sua reputação ou honra objetiva, vale dizer, a exteriorização social de sua personalidade, a maneira como é visto pelo seu meio de convívio. Neste ângulo, considera-se imagem a dignidade ou consideração de uma pessoa de acordo com seus concidadãos.

Este equilíbrio sistêmico entre direito e dever permite que liberdade de expressão não se constitua em muleta para amparar aquele que, sob o pretexto de exercer um direito fundamental, ultrapassa limites em sua conduta e invade a esfera de proteção de outrem em seu direito igualmente fundamental de preservação de sua imagem:

Não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio.¹⁹

Neste ponto, cabe examinar o conteúdo e a amplitude do resguardo constitucional à intimidade e à privacidade para, em seguida, compreender como a paradigmática decisão de 2015 contrapôs e sopesou tal direito em relação à liberdade de expressão, no caso das obras biográficas.

3. A proteção à intimidade, à privacidade e à honra.

Enquanto o direito à liberdade de expressão tem raízes que penetram os primeiros textos normativos pós Revolução Francesa, a

19 Voto da Ministra Carmen Lúcia, ADI 4815/DF, p. 93.

preservação à intimidade e à privacidade positivou-se como direito no tecido jurídico das nações ocidentais de maneira relativamente recente.

No Brasil, até a Constituição de 1988, sua tutela construiu-se na legislação infraconstitucional, por meio da tipificação dos crimes de contra a honra e na preservação civilista dos direitos da personalidade. A doutrina tradicionalmente classifica os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física (direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver) e (ii) direitos à integridade moral (direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros).

Para fins deste estudo, interessam mais diretamente alguns direitos do segundo grupo, em especial, os direitos à intimidade, privacidade e à honra. Hoje, o texto do inciso X ao artigo 5º, da Carta Magna, não dá margem a dúvidas quanto à sua alçada de proteção, dentre os direitos fundamentais:

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:

(...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Carlos Alberto Bittar esclarece que o *direito à intimidade* destina-se a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais. Em outras palavras, tal direito estrutura-se em mecanismos de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias.

Entende este autor que, em relação à intimidade, devem ser resguardadas as confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde (física e mental), afeições; entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais, desde que reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.²⁰

José Afonso da Silva, por sua vez, considera que o texto constitucional distingue o direito à intimidade do *direito à privacidade*:

A intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa ... Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.²¹

Já o *direito à honra*, seria a proteção da reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de se assegurar a paz no convívio coletivo e a própria preservação da dignidade humana. Tal direito acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte. É o que leciona Bittar:

O direito não é ilimitado, sofrendo alguns temperamentos, de que se sobressaem: a possibilidade

20 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2003, p. 135.

21 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100, citado pela Min. Carmen Lúcia na íntegra de seu voto na ADI 4815.

de denominada “*exceptio veritatis*” (oponibilidade da verdade ao interesse do lesado); o constrangimento derivado de ordem judicial (como no caso de exclusão de sucessão, de associação, de empresa); a decretação de falência e outras situações como tais. Também se admite a distorção humorística da personalidade, desde que nos limites da comicidade e não ofenda a pessoa visada (prospera, a propósito, a noção de que o “*animus jocandi*” exclui a ilicitude da ação).²²

De fato, a necessidade de proteção à honra decorre, essencialmente, da inafastável curiosidade mórbida, presente na vida social e inerente à natureza humana de conhecer o outro, comparar-se, conhecer os limites da psique e do comportamento, mas também do trágico e do chocante, que alimenta e mantém tantos e tantos canais de comunicação. Cabe, portanto, ao sistema jurídico parametrizar limites e refrear os instintos de tal curiosidade voraz sobre os escândalos e notícias negativas sobre terceiros, causando-lhes dor e gerando profundas cicatrizes.

As linhas divisórias entre os conceitos de intimidade, privacidade e honra são tênues e, algumas vezes, interpenetráveis. Assim foi traçado na ADI 4815:

A Constituição da República (...) também garante a inviolabilidade da intimidade (a essência resguardada de cada um), da privacidade (o que não se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles com quem recai a escolha), da honra (que se projeta a partir da formação moral e dos valores que determinam as ações de cada um e fazem a pessoa reconhecida, para o que se

22 BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 135.

precisa da liberdade) e da imagem (construída a partir da livre escolha do que se quer ser).²³

Independentemente de se traçar uma fronteira rígida entre intimidade, privacidade, honra e imagem como bens juridicamente tutelados, inegável sua tutela em nosso ordenamento. Também se mostram comuns a todos eles duas características: a primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado; a segunda é que a violação dos direitos de personalidade não enseja tão somente uma reparação econômica ou material, mas, igualmente, formas alternativas de reparação, como, por exemplo, o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral, e/ou a indenização pelo dano não patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar).²⁴

A tensão entre direito e dever, liberdade e responsabilidade, no conflito entre livre expressão e proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, mostra-se ainda mais pulsante no contexto de obras biográficas. Agravava-se esta situação à luz da normatização civil de tutela aos direitos da personalidade, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre esta específica questão, em 2015.

4. Interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil até a ADI 4815, de 2015.

Se na ordem constitucional tais direitos fundamentais aparentavam conflito, até o advento da ADI 4815 a questão encontrava outra

23 Antecipação ao voto da Ministra Carmen Lúcia, ADI 4815/DF, p. 23.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

barreira, à luz dos artigos 20 e 21 do Código Civil, cuja interpretação direta e imediata poderia induzir a restrição a um direito fundamental por norma infraconstitucional, sujeitando ao consentimento dos biografados e/ou de pessoas coadjuvantes (ou seus respectivos familiares, no caso de pessoas falecidas) a publicação e divulgação de obras de natureza biográfica:

Art. 20. *Salvo se autorizadas*, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (grifos nossos)

Interpretando-se literalmente o referido dispositivo, entende-se que a exposição ou a utilização da imagem de terceiros, ou a divulgação de fatos sobre determinada pessoa, em circunstâncias capazes de lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, podem ser proibidas pelo interessado. As exceções ao preceito limitavam-se a: (i) a autorização da pessoa envolvida ou a circunstância de a exibição ser necessária para (ii) a administração da justiça ou (iii) a manutenção da ordem pública.

Em outras palavras, a interpretação de referidos dispositivos conduzia à proibição de publicação de tudo o que não tivesse sido

autorizado ou não seja necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Tais dispositivos vinham sendo bastante criticados pela doutrina, à luz dos imperativos constitucionais de liberdade de expressão e vedação à censura:

*O artigo 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional.*²⁵ (grifos nossos)

Diversos casos envolvendo a publicação de biografias foram julgados pelos nossos Tribunais. Algumas decisões avaliavam a controvérsia sob o aspecto constitucional e discutiam o conflito entre os direitos fundamentais (liberdade de expressão e informação *vs.* direito à personalidade, principalmente honra e intimidade). Outros julgadores privilegiavam os preceitos infraconstitucionais que regem a matéria, especialmente o artigo 20 do Código Civil, como já citados introdutoriamente.

Frente a este panorama, em novembro de 2006 foi publicado o Enunciado 279 do Conselho de Justiça Federal elaborado durante a Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

25 CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação X direito à privacidade. *Fórum: Debates sobre a Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro: Revista da AMAERJ, n. 5, p. 14-15, out./nov., 2002, p. 15.

279 – Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

De fato, o entendimento contido no enunciado 279 já atribuía ao artigo 20 uma interpretação bastante mais consentânea com o espírito da Constituição Federal, harmonizando a coexistência dos direitos de personalidade com o relativo à livre expressão e acesso à informação, propondo limitações adequadas.

Não obstante, depois deste advento, os conflitos sobre o tema ainda suscitaram muitas controvérsias. Dentre elas, o paradigmático caso do cantor Roberto Carlos que propôs uma ação judicial visando impedir a publicação, não autorizada, da sua biografia “*Roberto Carlos em Detalhes*”. A tutela foi deferida, de pronto, pelo, o MM. Magistrado de primeiro grau, Dr. Mauricio Chaves de Souza Lima, prestigiando a norma infraconstitucional, nos seguintes termos:

O art. 20, caput, do Código Civil/02, é claro ao afirmar que a publicação de obra concernente a fatos da intimidade da pessoa deve ser precedida da sua autorização, podendo, na sua falta, ser proibida se tiver idoneidade para causar prejuízo à sua honra, boa fama ou respeitabilidade.

Registre-se, nesse ponto, não se desconhecer a existência de princípio constitucional afirmando ser livre a expressão da atividade intelectual e artística, independentemente de censura ou licença

(inciso IX do mesmo art. 5º). Todavia, entrecruzados estes princípios, há de prevalecer o primeiro, isto é, aquele que tutela os direitos da personalidade, que garante à pessoa a sua inviolabilidade moral e de sua imagem.²⁶

O caso não passou por revisão da 2ª instância, visto que as partes firmaram um acordo e o cantor Roberto Carlos desistiu da demanda.

Em 2005, o Deputado Federal Ronaldo Caiado havia proposto ação judicial visando o recolhimento da obra biográfica “*Na toca dos Leões – A História da W/Brasil*” (sobre os fundadores da agência de publicidade W/Brasil – Washington Olivetto, Javier LlussáCiuret e Gabriel Zellmeister) e condenação por danos morais, sob o argumento de violação da sua honra. A obra citava suposta declaração que o Deputado teria dado ao sócio da agência, relatada ao biógrafo, no sentido de que a solução para os problemas de superpopulação de nordestinos no país seria a esterilização de mulheres. Em 2012, o Tribunal de Justiça de Goiânia, apesar de baixar o valor da indenização arbitrada em primeira instância, manteve a condenação com base nos seguintes fundamentos:

(...) não se trata de crítica pura a uma figura política, um homem público, existindo também a figura da ofensa à honra.

À luz do Direito Penal, destacam-se os crimes contra a honra, sendo eles a calúnia, a difamação e a injúria.

26 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 20ª Vara Cível. Processo nº 2007.001.006607-2. Juiz de Direito Maurício Chaves de Souza Lima. Data de Julgamento: 22 fev. 2007.

*(...) do confronto entre a liberdade de expressão do autor da obra literária, segundo apelante, e a dignidade da pessoa humana do apelado, esta última deve sobrepujar a primeira, pelo critério da ponderação dos valores, assim, deve o apelado ser indenizado pela dor moral que lhe foi causada, não havendo falar-se em culpa exclusiva da vítima quanto a repercussão das agressões contidas no texto publicado.*²⁷ (grifos nossos)

Neste contexto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, proposta em julho de 2012, tinha como objeto discutir a validade constitucional da interpretação que vinha sendo dada aos dispositivos do Código Civil, os quais, como relatado no caso produziram

*(...) efeito censório, silenciador e distorcivo sobre a historiografia social, a construção da memória coletiva e a produção da cultura nacional, ao desestimular o trabalho de historiadores e autores em geral (...) e criar um monopólio de biografias autorizadas ou “chapa-branca” em que a história passaria a ser contada apenas pelos seus protagonistas, com a corrente omissão de fatos menos abonadores.*²⁸

Tratava-se de compatibilizar os artigos 20 e 21 com os princípios constitucionais em ponderação, no que se refere às obras biográficas. Para tanto, fazia-se necessário compreender a natureza desta expressão artística e literária, como se verá a seguir.

27 GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 4ª Câmara Cível. Apelação nº 92377-35.2005.8.09.0051. Relator: Desembargador Gilberto Marques Filho. Data de Julgamento: 06 set. 2012. Data de Publicação: 04 out. 2012.

28 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ADI 4815/DF, p. 155.

5. Ponderação entre direitos fundamentais e biografias não autorizadas: o racional da ADI 4815.

5.1 Biografia como documento histórico.

A compreensão da natureza da obra biográfica (por qualquer dos meios de expressão artística) tem papel fundamental no racional de ponderação entre os direitos fundamentais ora entendidos como conflitantes. Assim relatou-se este ponto na paradigmática demanda: “Para o deslinde da questão posta a exame na presente ação, não se pode deixar de enfatizar o direito à informação, constitucionalmente assegurado como fundamental, e que se refere à proteção a obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos.”²⁹

As biografias destinam-se a relatar fatos e informações da vida de personalidades de maior ou menor destaque na expressão da vida social, permitindo conhecer hábitos, modos, referências, contextos, poderes e inter-relações de toda a ordem, relativos não só ao sujeito biografado como também ao momento histórico e cultural da sociedade em que se insere.

Esta dimensão historiográfica das obras desta natureza proporciona a individualidade face ao coletivo, considerando o sujeito de direitos como parte de um todo, plural, formado pela somatória de experiências particulares, no tecido da vivência social.

Com efeito, o gênero biográfico ganhou novo fôlego a partir da década de 60, como fonte histórica. Neste sentido as palavras do historiador François Dosse: “A biografia pode ser um elemento privilegiado na reconstituição de uma época, com seus sonhos e angús-

29 Voto da Ministra Carmen Lúcia, ADI 4815/DF, p. 86.

tias.”³⁰ Também é esta a premissa adotada no julgamento da ADI 4815: “Pela biografia não se escreve apenas a vida do indivíduo, mas o relato de um povo, os caminhos da sociedade.”³¹

No âmbito dos direitos constitucionais, a obra biográfica repousa sobre dois pilares: sua elaboração constitui exercício da liberdade artística de criação e manifestação dos autores biógrafos, independentemente de censura (conforme os já examinados inciso IX do artigo 5º e artigo 220 da Constituição Federal), ao passo que sua divulgação ampara-se no direito à informação de que toda a sociedade é titular (nos termos do inciso XIV ao mesmo artigo 5º), na construção e preservação de sua historiografia e memória.

5.2. Critérios para a ponderação do conflito até a decisão do STF.

Pois bem. Ao se tratar de biografias a respeito de terceiros, é inevitável o confronto, senão o conflito, entre direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, os direitos à intimidade e à honra das pessoas retratadas na obra (principalmente o biografado).

O atual Ministro Luís Roberto Barroso, em artigo publicado em 2001,³² quando ainda em sua atividade como jurista e acadêmico, já propunha um conjunto de parâmetros que se destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante de cada caso específico de conflito:

(i) *Veracidade do fato*. A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. Nesse sentido, o

30 DOSSE, François. *O desafio biográfico: escrever uma vida*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009, p. 11.

31 Voto da Ministra Carmen Lúcia, ADI 4815/DF, p. 135.

32 BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 10 mai. 2021

autor de uma biografia tem o dever de apurar, com boa-fé, e dentro de critérios de razoabilidade, a veracidade do fato ao qual dará publicidade.

(ii) *Local do fato.* Os fatos ocorridos em local reservado [como o domicílio do retratado] teriam proteção mais ampla e, como regra, não seriam passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Mas se ocorrerem na rua, em praça pública ou mesmo em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel, em princípio, seriam fatos noticiáveis.

(iii) *Existência de interesse público na divulgação dos fatos.* O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que se sobrepõe ao interesse público, de liberdade de expressão e de informação.³³

(iv) *Licitude do meio empregado na obtenção da informação.* O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito.

(v) *Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia.* As pessoas que ocupam cargos públicos,

33 Pois bem. Se examinarmos a natureza desse direito à informação verdadeira, vamos concluir que se trata de um direito 'transindividual', 'indivisível', cujos titulares são 'pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'. Transindividual e indivisível porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 64).

ou as pessoas notórias (como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento) têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda.

No mesmo artigo o então jurista afirmava que para livrar o dispositivo do Código Civil do risco da inconstitucionalidade, o mecanismo da proibição prévia de divulgações fosse admitido pelo intérprete, no caso concreto, ponderando os interesses colidentes, mas como uma

(...) providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão especialmente quando atribuída aos meios de comunicação.³⁴

Dois critérios dentre os acima propostos merecem observações adicionais.

Quanto ao local do fato, conveniente considerar paralelamente a este um parâmetro adicional para o intérprete ou julgador: a esfera em que se encontra disponível a informação, sua fonte e origem, ultrapassando o ambiente físico do fato para alcançar a dimensão eventualmente pública que hospeda a informação. A este respeito, comenta Capelo de Sousa em consolidada lição:

(...) também são lícitos os resumos biográficos e as próprias biografias de pessoas da história contemporânea, feitos a partir de documentos de acesso público, de declarações públicas do bio-

34 BARROSO, L. R. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, p. 1-36, 1 jan. 2004, p. 33.

grafado e das pessoas que com ele privaram ou contraditaram, de factos ocorridos publicamente e mesmo de acontecimentos e de circunstâncias privadas.³⁵

Quanto ao grau de publicidade assumida pela personalidade biografada último critério, Edilson de Farias, citando de Cupis,³⁶ assinala que o direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio granjeados. Todavia, ressalta o autor que as pessoas públicas sofrem uma limitação e não uma supressão de sua intimidade. Subsiste proteção e amparo jurídicos naquelas hipóteses em que a divulgação adentra na esfera mais íntima da vida privada.

Nas palavras do próprio Adriano de Cupis:

As pessoas de certa notoriedade não podem opor-se à difusão da própria imagem, igualmente não podem opor-se à divulgação dos acontecimentos de sua vida. O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também aspira conhecer o curso e os passos de sua vida, as suas acções e as suas conquistas; e, de facto, só através de tal conhecimento pode formar-se um juízo sobre o seu valor.³⁷ (grifos nossos)

35 SOUZA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 342.

36 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 116.

37 CUPIS, Adriano de. *Os Direitos de Personalidade*. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio

Nesse sentido as decisões que já vinham sendo colecionadas por nossos tribunais ao tratar de personalidades públicas. Em ação movida pelas herdeiras de Juscelino Kubitschek contra a editora de uma importante revista semanal que publicou, sem autorização, trechos do diário do ex-Presidente, assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

DIREITOS AUTORAIS - Inindenizabilidade de divulgação de fatos íntimos relativos ao ex-Presidente falecido, bem assim, de seus familiares, não só porque já eram do conhecimento público, não injuriosos quanto à autora - Fatos que cercaram a vida do ex-Presidente, por ele relatados, de interesse histórico evidente - Relativismo da preservação do direito a intimidade de personalidades históricas - Danos morais, não só quanto à autora, como também, quanto a imagem do ex-Presidente afastados - Recurso não provido quanto a esta parte.

(...) Observo que *na vida das pessoas públicas e que são e serão personalidade da história, como o ex-Presidente da República, a preservação do direito à intimidade é bastante atenuado*. Não podem impedir, seus herdeiros e sua ex-mulher, a divulgação de fatos verdadeiros. Da mesma forma, é inequívoco o interesse histórico sobre todos os atos e fatos que compõem vidas ilustres, como as do autor do diário e de outros ex-Presidentes da República.³⁸ (grifos nossos)

Miguel Caeiro, 1961, Lisboa: Livraria Moraes, p. 146.

38 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 95.250-4, Relator: Desembargador Alfredo Migliore. Data de Julgamento: 06 jun. 2000.

O mesmo entendimento foi adotado em caso análogo. Em ação proposta por Leda Maria de Mello Coimbra contra o Espólio de Pedro Affonso Collor de Mello e Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S/A, objetivando indenização por danos morais causados em decorrência da publicação do livro “*Passando a Limpo; a trajetória de um farsante*”, o Tribunal entendeu que o direito à informação deve prevalecer sobre o direito à inviolabilidade da intimidade, principalmente tratando-se de pessoa de certa notoriedade:

(...) o direito de informação inserido no artigo 5º da Carta Magna constitui um dever, um direito-dever de bem informar o leitor, em especial quando em confronto com o direito à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas.

(...) as pessoas de certa notoriedade, não podem opor-se à difusão da própria imagem, igualmente não podem opor-se à divulgação dos acontecimentos de sua vida. O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também, aspira a conhecer o curso e os passos de sua vida.³⁹

Observa-se, portanto, uma construção doutrinária e jurisprudencial sobre a ponderação entre direitos fundamentais, pautada em determinados critérios, na irrestrita vigência interpretativa dos artigos 20 e 21 do Código Civil.

Tal o contexto acerca do tema quando o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a demanda proposta pela ANEL.

39 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 260.256-1/9. Relator: Desembargador Júlio Vidal. Data de Julgamento: 26 ago. 1998.

5.3. O racional decisório da ADI 4815.

Com primorosa pesquisa e rica fundamentação, o alegado conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão, de um lado, e, de outro, à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, foi examinado pela Corte tanto no plano unicamente constitucional quanto no plano que contrapõe os comandos do artigo 5º da Constituição e os já citados artigos da legislação infraconstitucional.

Unicamente sob a ótica constitucional, entenderam tanto a i. Ministra relatora como o Ministro Luís Roberto Barroso, que solicitou juntada de voto, pela inexistência de conflito, considerando a interpretação integrada dos dispositivos da Carta Magna.

Entendeu-se que, embora não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão, conjugado com o imperativo de vedação à censura, como instrumentos de preservação do pluralismo, da manifestação e da investigação históricas, artísticas e culturais, inerentes ao Estado democrático de direito, gozam de posição de primazia em relação aos direitos da personalidade. Se estes últimos estão expostos ao inerente risco de violação, pelo exercício da liberdade em questão, encontram na própria Constituição critério de acomodação do aparente conflito, ao prever, também como direito fundamental, a reparação indenizatória (conforme inciso V ao artigo 5º, já citado).

Em outras palavras, nosso Constituinte procedeu a um sopesamento de riscos: o risco de ferir em seu coração a liberdade do pensamento como pilar democrático e o risco de dano àquele que viu sua intimidade e privacidade desnudas pela expressão artística ou literária de outrem.

A decisão da ADI 4815 dedica cuidadosa atenção a esta ponderação de riscos:

Tal opção não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e pro-

duza danos injustos. No entanto, ela decorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar a priori os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados, como a dignidade humana, a busca da verdade e a preservação da cultura e memória coletivas. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco de sua supressão. Disso resulta a necessidade de conferir à liberdade de expressão uma maior margem de tolerância e imunidade e de estabelecer a vedação à censura.⁴⁰

Em trecho precedente, a Ministra relatora cita Ingo Sarlet, acrescentando que a própria pretensão indenizatória daquele que alega dano deve ser ponderada com cautela pelo julgador, para que a construção jurisprudencial não funcione como ferramenta de inibição e indireta censura:

(...) em sentido amplo, a previsão no art. 5º, V, da CF, juntamente com o direito de resposta, de um direito à ‘indenização por dano material, moral ou à imagem’ opera como um limite à liberdade de expressão, embora não impeça o seu exercício. A fixação, na esfera de demandas judiciais, de valores altos a título de indenização poderá não apenas inibir a liberdade de expressão como mesmo levar, em situações-limite, à sua inviabilidade, de tal sorte que também nessa esfera há que se respeitar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.⁴¹

40 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ADI 4815/DF, p. 162-163.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In. SARLET, Ingo Wolfgang;

Por sua vez, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso destaca com clareza os fundamentos para o privilégio à liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais:

Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica ou formal entre as normas constitucionais. (...) *a impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais não obsta que o sistema constitucional atribua uma posição privilegiada a alguns bens jurídicos* e estabeleça posições de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios ou valores dotados de elevado valor axiológico. Este é precisamente o caso da liberdade de expressão.

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade.”⁴²

O Ministro aponta cinco “fundamentos filosóficos ou teóricos” para este lugar privilegiado alçado pela liberdade de expressão no regime da Constituição de 1988:⁴³

- (i) a função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a *preservação da democracia*, argumentado que “o amplo fluxo de informações e a formação de um debate

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 466-467, citado no Voto da Ministra Carmen Lúcia, ADI 4815/DF, p. 92.

42 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ADI 4815/DF, p. 157 e seguintes.

43 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ADI 4815/DF, p. 160 e seguintes.

público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade e para o autogoverno democrático”;

- (ii) a *proteção à própria dignidade humana*, considerando que o direito à livre manifestação do próprio pensamento e o direito de acesso ao pensamento expresso pelos demais mostra-se “essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim em uma emanção de sua dignidade”;
- (iii) a garantia ao “processo coletivo de busca da verdade”, considerando que o silenciamento às manifestações e opiniões prejudica a construção histórica, pois “é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a ‘verdade’ ou as melhores posições”;
- (iv) a *função instrumental* [da liberdade de expressão] para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais; e
- (v) a *preservação da cultura e da história da sociedade*, que só pode ocorrer se asseguradas as liberdades comunicativas.

Somam-se a estes fundamentos, e não com menor importância no contexto decisório da ADI 4815, a consagração máxima do imperativo guardião de vedação à censura, pública ou privada, conforme amplamente tutelado pela Constituição Federal, conforme já exposto.

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia: “Conjugada com o direito à liberdade de expressão, a vedação a qualquer forma de censura exsurge como corolário lógico e imperativo.”⁴⁴

44 Voto da Ministra Carmen Lúcia, ADI 4815/DF, p. 73.

Do mesmo modo conclui o Ministro Luís Roberto Barroso:

Tal vedação foi textualmente acolhida pela Constituição de 1988, em seus artigos 5º, inciso IX, e 220, §2º. *O regime constitucional adotado em matéria de liberdade de expressão é, portanto, o de responsabilização posterior, e não o de interdição prévia.*⁴⁵

Ora, se na ponderação entre direitos fundamentais à luz tão somente dos dispositivos constitucionais concluiu-se pela posição privilegiada da liberdade de expressão, outra não poderia ser a conclusão quando sopesado este direito fundamental com a previsão dos dispositivos infraconstitucionais.

A apreciação do aparente conflito de normas solicitada ao Supremo Tribunal Federal não se destinava a traçar uma solução única para todos os potenciais conflitos que possam surgir no contexto da elaboração de biografias, mas sim de averiguar se a lei civil tem a prerrogativa de pré-determinar, em abstrato, a prevalência dos direitos à honra, à intimidade e à imagem, em detrimento da liberdade de expressão, ao subjugar as biografias à autorização das pessoas nela retratadas.

Com efeito, a norma infraconstitucional, ao atribuir aos biografados, coadjuvantes ou seus familiares o direito potestativo de autorização prévia, arbitraria antecipadamente o potencial conflito de direitos fundamentais constitucionais, em favor dos direitos de personalidade, o que não se sustenta do ponto de vista sistêmico.

Deste modo, considerando como alicerces (a) os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão; (b) os direitos de acesso à informação (desdobrado no direito de informar e de ser informado), no contexto do qual as biografias constituem fonte

45 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ADI 4815/DF, p. 163.

documental histórica; (c) a proibição da censura, pelo Estado ou por particular; (d) a definição constitucional do dever de reparação àquele que viola a intimidade, a privacidade a honra e a dignidade da pessoa, protegidos também como direitos fundamentais; e (e) o pressuposto de que norma infraconstitucional não pode cercear ou restringir direitos fundamentais consagrados.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 4815 para dar interpretação constitucional aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, declarando inexigível para a publicação de obras biográficas o consentimento de pessoa biografada, de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares (no caso de pessoas falecidas), reafirmando, contudo o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, conforme previsto no inciso X ao artigo 5º da Constituição.

Conclusão.

Analizou-se neste artigo o evidente conflito de direitos fundamentais que envolve a divulgação de fatos sobre a vida terceiros, de um lado, e a liberdade de expressão do autor da obra literária, assim como do direito à informação da sociedade; de outro, os direitos à intimidade e à honra do biografado (e demais pessoas retratadas na obra).

Foram examinados os fundamentos jurídicos que levaram à decisão de 2015, no sentido de compatibilizar a interpretação dos artigos do Código Civil aos imperativos constitucionais.

Estamos agora diante de um cenário no qual haveria carta branca para toda e qualquer obra? Foram privados os particulares de instrumentos jurídicos para impedir a circulação de obras que, ao cometerem excessos, lhes causem danos insuportáveis? E no caso de obras biográficas sobre pessoas sem qualquer exposição pública?

Não parece que a decisão da ADI 4815 constitua um salvo contudo para todo e qualquer caso. Ainda se exigirá do julgador a

ponderação entre direitos fundamentais de acordo com cada caso concreto. Neste sentido a própria ressalva na antecipação de voto da Ministra relatora, para reafirmar a proteção constitucional prevista no inciso X ao artigo 5º. E é saudável que assim o seja. O direito busca dinâmica que acompanhe o próprio movimento da história e dos comportamentos sociais.

Paradigmática e vital, contudo, a consagração das liberdades por uma decisão da corte máxima num país em que estes ventos encontram sempre obstáculos.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE *SECONDARY MEANING* E DEGENERAÇÃO DE MARCAS¹

BRIEF COMMENTS ON SECONDARY MEANING AND DEGENERATION OF TRADEMARKS

Luiz Carlos Malheiros França

Resumo: A distintividade é atributo essencial das marcas. Sinais que não tem o poder de distinguir produto ou serviço específico, fornecido por determinado comerciante, não podem ser registrados como marca. O que define se uma marca é ou não distintiva é a percepção que os consumidores têm dela. Como essa percepção pode se alterar no tempo e no espaço, a distintividade não é uma característica estanque. Vocábulos que originalmente eram utilizados como expressões comuns e descritivas de determinado objeto podem, mediante investimentos em propaganda, passar a ser associadas pelo consumidor ao produto específico de um empresário, sendo esse fenômeno conhecido como *secondary meaning*. Isto é, o vocábulo conserva sua função semântica, mas adquire distintividade e, assim, passa a exercer paralelamente função marcária. Da mesma forma, o oposto pode acontecer e uma marca originalmente distintiva pode vir a se tornar um signo comum, incapaz de distinguir produto ou serviço específicos, caso utilizada indiscriminadamente como sinônimo do objeto. Tal processo é conhecido como degeneração da marca. Apesar da utilização irresponsável da marca como se fosse palavra comum por parte dos consumidores, o titular pode evitar que o processo de degeneração seja concluído, mediante adoção de medidas para coibir o uso indevido por parte dos concorrentes.

Palavras-chave: Marcas. Distintividade. Semiótica. *Secondary Meaning*. Degeneração. Vulgarização.

¹ Artigo recebido em 23.11.2020 e aceito em 24.05.2021.

Abstract: Distinctiveness is an essential attribute of trademarks. Signs that do not have the power to distinguish a specific product of service supplied by a determined company cannot be registered as trademarks. What defines whether or not a trademark is distinctive is consumers' perception about it. Since this perception can change in time and space, distinctiveness is not an impervious characteristic. Words that originally were used as common and descriptive expressions of a determined object can, through investments in advertising, become associated by consumers with a specific product of a company, a phenomenon called secondary meaning. In this case, the word continues to have its semantic function, but acquires distinctiveness, and hence exerts a parallel function as a brand. The opposite can also occur, where a trademark that was originally distinctive becomes a common sign, unable to distinguish a product or service of a specific company, instead being used as a synonym for the object. That process is known as trademark degeneration. Although the trademark owner cannot stop consumers from using the brand name as a common word, the owner can avoid the degeneration process from being concluded, by adopting measures to prevent improper use by competitors.

Keywords: Trademarks. Distinctiveness. Semiotics. Secondary Meaning. Degeneration. Vulgarization.

Sumário: Introdução. 1. Definição de marca. 2. Proteção do binômio “signo-produto” ou “signo-serviço”. 3. Distintividade das marcas: a semiótica e a concepção triádica dos signos. 4. A semiótica e sua contribuição no estudo das marcas. 5. *Secondary meaning*. 6. Degeneração de marcas. 7. O caso da marca NUGGET®. 8. Ferramentas para evitar a degeneração da marca. Conclusão.

Introdução.

O sistema capitalista se notabilizou por sua inigualável capa-

cidade de produzir riquezas, impulsionado pelo que se convencionou chamar de sociedade de consumo. Diariamente, uma infinidade de produtos e serviços é colocada à disposição do público em geral, muitos deles semelhantes entre si. Dificilmente um gênero é comercializado com exclusividade por determinado empresário, com exceção dos casos de monopólio, como ocorre, por exemplo, com produtos patenteados. A rigor, os comerciantes disputam o gosto do mercado consumidor.

Imaginemos um sujeito que vai à farmácia e, ao localizar o setor de higiene bucal, encontra na prateleira cremes dentais fornecidos por diferentes fabricantes. Para decidir qual comprar, ele começa a ler as propriedades de cada um, descritas em suas embalagens. Possivelmente, as vantagens propagandeadas por um e outro fabricante serão semelhantes – “dentes mais brancos”, “combate as cáries e o mau hálito” – e, portanto, insuficientes para sua tomada de decisão. Ao final, ele terá que apostar em um dos produtos e experimentar. Se ficar satisfeito, sua próxima visita à farmácia será mais fácil. Bastará procurar aquele mesmo creme dental.

O que permite ao consumidor identificar rapidamente um produto ou serviço é sua marca. No exemplo anterior, se todos os produtos contivessem em suas embalagens tão somente o nome “creme dental”, o indivíduo teria dificuldades para identificar aquela mercadoria, proveniente de um determinado fabricante, que experimentou na última oportunidade e da qual gostou.

Na feliz expressão de Lélío Denicoli Schmidt,² a marca é a menor e a mais elementar de todas as mensagens publicitárias, enquanto Rudolf Callmann³ a define como um vendedor silencioso. De fato, a marca exerce a importante missão de distinguir um produto ou servi-

2 SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A distintividade das marcas: secondary meaning*, vulgarização e teoria da distância. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

3 CALLMANN, Rudolf. *The law of unfair competition and trade-marks*. 2. ed. Chicago: Callahan & Co., v. 3, §65.3, p. 983.

ço, tornando possível que o consumidor, com base em experiências pretéritas ou em informações prévias, identifique-o rapidamente. Conforme ensina Pontes de Miranda, “o público, adquirindo pela indicação da marca, adquire o produto que prefere, exatamente porque, tendo, a princípio, adquirido diferentes produtos para saber qual o que mais lhe agrada, o individualizou pela marca”.⁴

No mundo moderno, em que o tempo torna-se cada vez mais um bem escasso, os consumidores precisam tomar decisões rápidas sem a possibilidade de uma profunda pesquisa prévia sobre a qualidade daquilo que pretendem comprar. Nesse contexto, as marcas e sua função distintiva ganham fundamental importância.

Estudar a função distintiva das marcas tem grande importância, para fins de repressão à concorrência desleal e ao aproveitamento parasitário, evitando que um empresário colha aquilo que não plantou, à custa de esforço, esmero e investimentos despendidos por outro.

Contudo, também se deve ter em mente que a distintividade não é um atributo estanque: uma marca que hoje goza de alto grau de originalidade pode, amanhã, tornar-se um signo comum, praticamente um sinônimo do gênero do produto ao qual está associada. Da mesma forma, através de vultosos investimentos em marketing, um signo comum utilizado para descrever determinado tipo de produto pode, com o tempo, vir a se descolar do seu significado original para se tornar uma marca altamente distintiva, cujo efeito aos olhos do público seja uma associação imediata à mercadoria de determinado empresário.

1. Definição de marca.

Muitos autores já se propuseram a conceituar as marcas, en-

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2002. t. 17, §2009, p. 38.

quanto instituto jurídico. O que se verifica é que, invariavelmente, as definições utilizadas acabam por incorrer em alguma falha conceitual – e nem mesmo a definição legal passou incólume.

De acordo com o artigo 123, I, da Lei 9.279/96, considera-se marca “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”. Essa definição é passível de duas críticas.

Primeiramente, ao se afirmar que as marcas se prestam a diferenciar um produto ou serviço de outros “de origem diversa”, olvida-se que muitas vezes, para atingir públicos diferentes, um mesmo empresário fabrica dois ou mais produtos similares e a eles atribui marcas distintas. É o que ocorre, por exemplo, com as cervejas BRAHMA[®], SERRAMALTE[®] e BOHEMIA[®], todas produzidas pela mesma empresa. Tais marcas são usadas para distinguir produtos similares, mas de mesma origem, o que evidencia a incompletude da definição legal.

Além disso, a norma sugere que as marcas se prestam a distinguir produto ou serviço “de outro idêntico, semelhante ou afim”, mas essa também não é uma regra absoluta. Afinal, há que se considerar o caso das marcas de alto renome, cuja proteção especial conferida pelo artigo 128 da Lei 9.279/96 extrapola os limites do seu ramo de atividade e veda sua utilização mesmo em produtos totalmente diversos.

E o que falar de marcas associadas a produtos comercializados em regime de monopólio, como se dá com os produtos patenteados? Conquanto não existam concorrentes, as marcas utilizadas nessas mercadorias recebem a mesma proteção legal e conferem ao seu titular os mesmos direitos e prerrogativas que qualquer outra. Portanto, embora realmente sirvam para distinguir produto ou serviço de outro “idêntico, semelhante ou afim”, bem como de outro “de origem diversa”, as marcas não se limitam a tanto.

Ainda na tentativa de conceituar as marcas, Pontes de Miranda as definiu como o signo “que se apõe em produtos ou mercadorias

para servir de indicação da sua qualidade”,⁵ tendo recebido a seguinte crítica de Lélío Denicoli Schimidt:

Contudo, a marca não assegura necessariamente um padrão de qualidade, pois as características dos produtos podem variar por questões climáticas (como ocorre com a safra dos vinhos), por mudança em sua composição ou mesmo pela vontade do fabricante. Como será oportunamente abordado, a marca efetivamente desempenha outras funções além de diferenciar um produto de outro. Entretanto, nenhuma dessas funções correlatas ou secundárias seria possível sem a distintividade, que é a função principal que a marca exerce.⁶

A nosso ver, a crítica é injusta. De fato, as marcas não têm, de um modo geral, a função de *assegurar* a qualidade do produto ou serviço, tampouco são garantia de que estes permanecerão exatamente os mesmos para sempre.⁷ Naturalmente, o fabricante pode modificar os ingredientes de determinada mercadoria sem que para tanto tenha que abrir mão da sua marca. No entanto, não nos parece que tenha sido isso que Pontes de Miranda quis dizer. Ao se referir à “indicação da sua qualidade”, seu objetivo parece ter sido ressaltar que as marcas ajudam o consumidor a identificar determinada mercadoria cuja qualidade já conhece, seja porque já a usou anteriormente ou porque dela ouviu falar.

É como se a marca estabelecesse um diálogo silencioso com o consumidor e lhe falasse: “sou aquele produto que você já experimentou e de cuja qualidade você gostou” ou, ainda, “sou aquele pro-

5 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 17, §2009, p. 7.

6 SCHMIDT, op. cit., p. 34.

7 Apenas as marcas de certificação têm essa função (artigo 123, II, da Lei 9.279/96).

duto que lhe recomendaram”.⁸ Os produtos têm sua própria qualidade e disputam o gosto do público alvo. A marca permite ao consumidor identificar rapidamente sua mercadoria preferida ou aquela acerca da qual ouviu as melhores referências. Portanto, mesmo se os ingredientes de determinado produto forem alterados, a marca continuará servindo como indicação da sua (nova) qualidade. Valendo-se da analogia, a marca e o consumidor seguirão estabelecendo um diálogo silencioso; apenas o conteúdo da prosa é que será outro. O consumidor vai experimentar o produto modificado e, a partir de então, associará a marca à sua nova condição. Gostando ou não, a marca o ajudará a encontrar o produto – ou a dele se esquivar – na próxima oportunidade em que sair às compras.

De toda forma, em se tratando de definir uma categoria jurídica, é sempre recomendável recorrer à objetividade e à simplicidade. Por isso, parece-nos que a melhor definição para as marcas é aquela consagrada por Paul Mathély: “a marca [...] é um signo aplicado aos produtos ou serviços de uma pessoa, com a função de distingui-los”.⁹ Distingui-los em si próprios – não necessariamente de outros produtos ou serviços idênticos, similares ou afins; não necessariamente de outros produtos ou serviços de origem diversa.

Essa é, também, a definição seguida por José Carlos Tinoco Soares, para quem a marca “é o sinal pelo qual o produto ou serviço é conhecido e distinguido no mercado consumidor ou entre os usuários”.¹⁰

2. Proteção do binômio “signo-produto” ou “signo-serviço”.

Considerando que a função precípua das marcas é distinguir

8 SCHMIDT, op. cit., p. 67.

9 MATHÉLY, Paul. *Le nouveau droit français des marques*. Vélizy Cedex: J.N.A., 1994, p. 9 *apud* SCHMIDT, op. cit., p. p. 35.

10 SOARES, José Carlos Tinoco. *Marcas notoriamente conhecidas – Marcas de alto renome vs. Diluição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

um produto ou serviço, é natural que a proteção legal a elas conferida se restrinja a essa utilização específica. O registro não gera para o titular um direito de exclusividade sobre o signo em si, mas sim sobre o seu uso com finalidade marcária.

Tome-se como exemplo a marca DEVASSA[®], registrada sob o nº 824259947. A proteção concedida impede que outras pessoas utilizem a expressão para designar produtos como “Cervejas; águas minerais e gasosas e outras bebidas não alcoólicas; bebidas de frutas e sucos de fruta; xaropes e outras preparações para fabricar bebidas”.¹¹ O titular da marca não pode, porém, proibir um veículo de notícias de relatar que a polícia federal realizou uma devassa no apartamento de um investigado, pois trata-se de palavra que integra o nosso idioma e da qual ninguém pode se apropriar, em seu sentido denotativo. As formas de expressão são patrimônio cultural do povo brasileiro, conforme artigo 216, I, da Constituição Federal,¹² e como tal são bens públicos, insuscetíveis de apropriação privada.¹³

Isso permite concluir que a proteção das marcas não recai sobre o elemento nominativo, figurativo, tridimensional ou misto em si, mas no binômio que este forma com o produto ou serviço ao qual é associado. No exemplo anterior, protege-se a junção entre signo (devassa) e produto (cerveja).

Mesmo utilizando o signo com finalidade marcária, o direito de exclusividade do titular tem limitações. É o que se extrai do princípio da especialidade, segundo o qual essa exclusividade somente é oponível a terceiros que queiram utilizar a mesma marca para estampar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim.

11 Classe NCL(8)32.

12 “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão.”

13 MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 5, t. 1, §255, p. 255.

Observe-se o caso da palavra “Atlas”, que possui diversos registros, como marca de elevadores,¹⁴ serviço de transportes,¹⁵ editora,¹⁶ metalurgia,¹⁷ pincéis¹⁸ etc. Em todos esses binômios, o signo se mantém o mesmo, mas os produtos e serviços por ele identificados são totalmente diversos. Por isso, o registro de cada uma dessas marcas não impediu o registro das demais. Se os produtos ou serviços são claramente diferentes entre si, o fato de usarem como marca o mesmo signo distintivo não será suficiente para levar os consumidores a confundi-los ou associa-los.

O princípio da especialidade é excepcionado no caso das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas. Por terem atingido um elevado grau de destaque, essas recebem da lei uma proteção mais extensa, que acaba por impedir seu uso mesmo em produtos ou serviços totalmente diversos daqueles fornecidos pelo titular.

3. Distintividade das marcas: a semiótica e a concepção triádica dos signos.

A análise do binômio – signo-produto ou signo-serviço – é fundamental, pois, em primeiro lugar, a distintividade da marca deve ser aferida levando em consideração seu objeto. A marca CRUZEL-RO®, por exemplo, utilizada para identificar agremiação esportiva, é altamente distintiva. Mas não o seria se fosse usada como marca para embarcações.

14 Registro nº 002916410 - Classe 7:50.

15 Registro nº 750087544 - Classe 38:20.

16 Registro nº 811206157 - Classe 11:10.

17 Registro nº 811689964 - Classe NCL(7) 06.

18 Registro nº 814392920 - Classe 20:45.

Para assegurar a distintividade da marca em relação a seu objeto, o artigo 124, VI, da Lei 9.279/96 veda que sejam registrados sinais “de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva”.

A razão de ser dessa vedação é proibir que uma pessoa se apodere de um signo que deveria estar franqueado a todos. Afinal, se determinado gênero de produto é conhecido por um nome, não se pode conceder a alguém exclusividade na sua utilização, sob pena de os demais concorrentes ficarem impossibilitados de descrever adequadamente aquilo que fornecem. A marca não pode guardar relação de descrição com o objeto; ambos devem ter independência terminológica.¹⁹ Nesse sentido:

Na esteira do Código revogado, o inciso VI do art. 124 da Lei n. 9.279/96 proíbe que se registrem sinais despojados de poder distintivo em vista de seu caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo.

A *mens legis* é proibir que um concorrente exclua o uso de sinal franqueado a todos, o que constituiria abuso. Os sinais necessários, genéricos, comuns, vulgares ou simplesmente descritivos são *res communis omnium* e, portanto, não há o que falar de seu registro.²⁰

19 MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Marcas tridimensionais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121.

20 IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos (org.). *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 238.

No entanto, é importante pontuar que, para incidir a vedação contida na norma transcrita acima, é necessário que a relação do “sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo” com o produto ou o serviço a distinguir seja direta. É o que se depreende do Manual de Marcas do INPI:

Para aferir se um sinal é genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, é indispensável levar em consideração se o mesmo guarda vínculo direto e imediato com os produtos ou serviços que visa distinguir. Se o vínculo for indireto e longínquo, a condição não está presente e a proibição não se aplica, podendo se tratar de marca fantasiosa ou de marcas evocativas ou sugestivas, que são, em princípio, tecnicamente registráveis.²¹

Além de seu objeto, a marca também deve gozar de distintividade em relação a outras marcas utilizadas em produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins. Imagine-se um empresário que planeja fabricar e vender canetas esferográficas sob a marca “Bik”. O signo escolhido não faz parte do nosso idioma; é uma palavra inventada e, portanto, guarda total distintividade em relação a seu objeto. Entretanto, é muito semelhante à marca BIC®, já utilizada por outro fabricante de canetas esferográficas, o que poderia confundir os consumidores ou leva-os indevidamente a associar os dois produtos. Assim, o pedido de registro da marca fatalmente viria a ser indeferido, com base no artigo 124, XIX, da Lei 9.279/96, segundo o qual não são registráveis como marca “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”.

21 Manual de Marcas do INPI (Resolução INPI/PR nº 249/2019, p. 117).

O objetivo das vedações supracitadas – artigo 124, VI e XIX, da Lei 9.279/96 – é assegurar a concorrência leal entre os participantes do mercado. Para isso, a lei garante a todos a possibilidade de descreverem adequadamente seus produtos e, paralelamente, a prerrogativa de se diferenciarem de seus concorrentes por meio de sinais distintivos próprios, evitando, com isso, o desvio de clientela de um para outro, por meio de fraude, engodo, erro ou confusão, oriundo da imitação ou reprodução de marca já registrada.

4. A semiótica e sua contribuição no estudo das marcas.

Como visto acima, a distintividade de uma marca está relacionada aos efeitos que essa gera em seu observador. Será distintiva a marca que, exposta aos olhos de alguém, seja capaz de trazer-lhe à mente a identidade de um produto ou serviço específico, fornecido por determinado empresário, “fazendo surgir em sua mente uma série de qualidades, características e expectativas que o levam a adquirir determinado artigo em detrimento de outro”.²²

A semiótica é a ciência que se ocupa dos signos e dos seus efeitos na percepção de quem os observa. Diz-se que o signo é um primeiro cuja função é representar um segundo (seu objeto) a um terceiro. No entanto, é possível que, ao ser confrontado com determinado signo, o observador não o associe automaticamente ao objeto representado. Pior: é possível, ainda, que tal signo lhe remeta a objeto diverso daquele que pretendia representar. Disso se extrai o conceito de “interpretantes”, que são as inúmeras possibilidades de compreensão que um signo pode provocar na mente daquele que o observa – ou seja, o intérprete. Com base nesses conceitos, Charles Sanders Peirce consagrou a abordagem triádica dos signos, segundo a qual esses envolvem três elementos – o significante (signo), o signifi-

22 IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos, op. cit., p. 230-231.

cado (objeto) e o interpretante (associação mental despertada no intérprete):

Um signo, ou representâmen, é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria, na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado denomino interpretante do primeiro signo. [...]

Um Signo, ou Representâmen, é um primeiro que se coloca numa relação triádica genuína tal com um Segundo, denominado seu Objeto, que é capaz de determinar um Terceiro, denominado seu Interpretante, que assuma a mesma relação triádica com seu Objeto na qual ele próprio está em relação com o mesmo Objeto. [...]

Qualquer coisa que conduz alguma outra coisa (seu interpretante) a referir-se a um objeto ao qual ela mesma se refere (seu objeto), de modo idêntico, transformando-se o interpretante, por sua vez, em signo, e assim sucessivamente *ad infinitum*.²³

A aplicação prática dessa estrutura foi bem ilustrada no exemplo dado por Lélío Denicoli Schmidt:

Na palavra “cão”, a forma gráfica do vocábulo corresponde ao signo, o animal em si (ou o seu conceito abstrato) consiste no objeto significado e o interpretante abarca a percepção que dele se tem, além de todas as associações mentais que

23 PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 46, 63 e 74

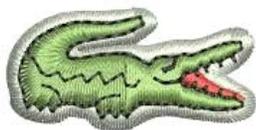
ele pode despertar, como os sentimentos de amizade, fidelidade, companhia etc.²⁴

De fato, duas pessoas podem extrair de um mesmo signo – ou de signos semelhantes – percepções diferentes, dependendo do contexto em que estejam inseridas. É o que ocorre com os falsos cognatos, palavras de diferentes idiomas que, conquanto possuam grafias (signos) semelhantes, têm significados diversos. Tome-se como exemplo a palavra “brille”, do idioma alemão, que significa óculos. Exposta em sua forma escrita na Alemanha, a palavra remeterá os leitores ao objeto que representa. Sob o olhar de brasileiros, contudo, essa mesma palavra provavelmente proporcionará uma associação mental ao conceito de “brilho”, tendo em vista a semelhança dos signos gráficos – exceto, é claro, no caso de brasileiros que dominem o idioma alemão.

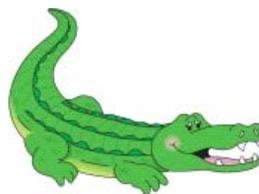
A abordagem triádica dos signos consagrada por Charles Peirce tem grande importância para o estudo das marcas, sobretudo na repressão à imitação ideológica, pois permite compreender que a proximidade entre os “significantes” e “significados” pode levar o consumidor a uma mesma “interpretante”.

Imagine-se, em exemplo hipotético, uma marca de vestuário que tenha como signo distintivo a figura de um crocodilo – mesmo animal representado na marca mista LACOSTE®:

Sinal distintivo da LACOSTE®



Sinal distintivo da marca hipotética



24 SCHMIDT, op. cit., p. 28.

No exemplo acima, tem-se duas “significantes” semelhantes (figuras de crocodilo), que se prestam a uma mesma finalidade, qual seja distinguir itens de vestuário. Consequentemente, embora os desenhos não sejam iguais, podem despertar na mente do intérprete uma mesma “interpretante”, ou seja, é possível que um consumidor observe os produtos da segunda marca pensando serem da LACOSTE®.

Diante disso, o artigo 124 da Lei 9.279/96, em seu inciso XIX, impõe o indeferimento do registro de qualquer “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”.²⁵ Portanto, a semiótica e a análise das possíveis interpretantes de um signo são fundamentais para evitar a coexistência de marcas que possam confundir os consumidores e, assim, reprimir a concorrência desleal.

Para o INPI, ocorre confusão nas hipóteses em que o consumidor é incapaz de reconhecer diferenças ou distinções entre as marcas cotejadas e associação sempre que a marca posterior induzir o consumidor a estabelecer correspondência com a marca preexistente.²⁶

As interpretantes de um signo podem variar com o tempo. No caso das palavras estrangeiras, a percepção causada ao público em geral é alterada à medida em que o respectivo idioma é assimilado internamente. É o que ocorreu, por exemplo, com a expressão *sou-*

25 Essa proteção se aplica mesmo a marcas não registradas no Brasil, desde que seu titular seja sediado ou domiciliado aqui ou em outro país que mantenha acordo com o Brasil acordo ou compromisso de reciprocidade, conforme artigo 124, XXIII, da Lei 9.279/96: “Art. 124. Não são registráveis como marca: (...) XXIII – sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia”.

26 Manual de Marcas do INPI (Resolução INPI/PR nº 249/2019, p. 175).

tien. Na primeira vez em que foi utilizada no Brasil, tal expressão não trazia qualquer significado à mente de pessoas que não dominassem o idioma francês. Naquele contexto, poderia tranquilamente ser registrada como marca por um fabricante da peça íntima feminina, pois, embora no seu país de origem a expressão fosse descritiva do objeto, aqui no Brasil não era conhecida. Com o passar dos anos e a massificação da sua utilização, a expressão foi gradativamente absorvida ao universo léxico dos brasileiros, a ponto de ter sido aportuguesada e incluída no dicionário como “sutiã”. Hoje, portanto, a expressão tornou-se um signo comum no Brasil e remete os intérpretes ao próprio objeto, não gozando mais de distintividade capaz de individualizar a mercadoria de um único fornecedor. A esse respeito, Paul Mathély ensina que:

En principe, le mot de langue étrangère est assimilé à un néologisme distinctif, car il n'a pas cours dans la langue française : il est donc distinctif en soi ; et il en est ainsi, même s'il est dépourvu de tout caractère distinctif dans la langue d'origine. Il n'en est autrement que lorsque le mot de langue étrangère est entré dans les usages français, ou est compris dans sa traduction par le public français.

C'est ainsi qu'il a été jugé que, en raison de la territorialité de la marque, un mot d'une langue étrangère qui n'est pas entré dans les habitudes du langage français comme décrivant le produit désigné, a le caractère distinctif (C. Paris, 17 mai 1988 – Ann. 1989-231).²⁷

Disso se extrai que a distintividade das marcas não é estanque. Uma palavra de uso comum, originalmente incapaz de trazer à mente

²⁷ MATHÉLY. op. cit., p. 82.

do consumidor a identidade de um produto ou serviço exclusivo, fornecido por empresário específico, pode vir, com o tempo e mediante investimentos em marketing, a ser reconhecido dessa forma. Por outro lado, é possível que uma marca originalmente distintiva seja, com o passar do tempo, indiscriminadamente utilizada para designar um tipo de produto, até que, ao final, passe a ser associada ao próprio gênero, perdendo por completo a capacidade de distinguir mercadoria específica de um determinado fabricante. Esses fenômenos são conhecidos, respectivamente, como *secondary meaning* e degeneração de marcas.

5. *Secondary Meaning.*

Convencionou-se chamar de *secondary meaning* o fenômeno por meio do qual um signo inicialmente de uso comum, utilizado para designar um tipo de produto ou serviço, adquire com o tempo distintividade suficiente para identificar a mercadoria de um empresário específico e, com isso, passa a fazer jus a proteção.

Os países de origem anglo-saxã foram os primeiros a reconhecer tal fenômeno. Isso se deve à sua tradição consuetudinária, em que a prova da efetiva utilização e da distintividade adquirida junto ao público consumidor é requisito para a proteção da marca – diferentemente dos países de *civil law*, como o Brasil, em que a proteção da marca é adquirida por meio do registro.

Um dos primeiros casos se deu na Inglaterra, no final do século 19, envolvendo um fabricante de cintos feitos com pelos de camelo que, por muito tempo, utilizou a marca CAMEL HAIR BELTING para identificar seus produtos. Embora a referida marca fosse composta por expressões de uso comum e necessário, claramente descritivas daquele tipo de produto, o Tribunal local entendeu que o uso constante havia conferido à marca distintividade suficiente, ao ponto de o público associa-la aos cintos daquele fabricante específico, e não

todo e qualquer cinto feito com pelos de camelo. Assim, reconheceu-se que, além do sentido denotativo, a expressão CAMEL HAIR BELTING havia adquirido um segundo sentido – um *secondary meaning* –, qual seja o de identificação dos produtos fornecidos por aquele fabricante em especial. Por essa razão, conferiu-se proteção à marca, vedando seu uso pelos concorrentes, a fim de evitar confusão dos consumidores e indevida associação.

Entre as marcas brasileiras que adquiriram distintividade por meio do processo de *secondary meaning*, podemos citar o caso da marca LEITE DE ROSAS®. Conquanto seja composta por expressões comuns, de caráter descritivo, a marca teve sua distintividade reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, como consequência de anos de utilização e investimentos em propaganda. Discutia-se no caso a possibilidade de um concorrente identificar seu produto como “Creme de Rosas” e, em seu voto, o Ministro Sidnei Beneti ponderou o seguinte:

Leite, creme e rosas são designativos comuns, mas a marca “Leite de Rosas” adquiriu notoriedade e há muito se consolidou no mercado brasileiro, de modo a nomear não qualquer produto, mas aquele específico comercializado pela recorrente. Nesse contexto, procede a alegação de que existe o risco de um desodorante com o nome “Creme de Rosas” ser confundido com uma variação do conhecido “Leite de Rosas”.²⁸

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 929.604/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 22 mar. 2011. Vale mencionar outros julgados que trataram das seguintes marcas cuja distintividade foi adquirida via *secondary meaning*: POLVILHO ANTISSEPTICO® (BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Cível nº 102.635/RJ. Relator Ministro Pedro Aciole. Julgado em: 9 set. 1985); ALPARGATAS® (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 82.301-1. Relator Desembargador Cezar Peluso. Julgado em: 10 fev. 1987); e PÁGINAS AMARELAS® (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 1994.02.0100381-7. Relator Desembargador Federal André Fontes. Julgado em: 28 mar. 2007).

Outros exemplos interessantes são fornecidos por Lélío Denicoli Schmidt:

Juan Manuel Gutierrez CARRAU observa que “Club Nacional de Fútbol” é um nome genérico que poderia ser aplicado a todas as equipes uruguaias, mas que se constituiu como marca de um único time, sem gerar confusão com os demais. O mesmo se pode dizer da marca ATLÉTICO MINEIRO®, registrada sob o n. 820.262.943. O CRUZEIRO e todos os demais times de futebol de Minas Gerais também são clubes, também são atléticos e também são mineiros. No entanto, ninguém os confunde com o ATLÉTICO MINEIRO®, pois esta marca adquiriu distintividade suficiente para identificar apenas um equipe em particular.²⁹

É possível, portanto, que uma palavra de uso comum venha a adquirir distintividade suficiente para receber proteção marcária, por meio do processo conhecido como *secondary meaning*. No entanto, isso não impedirá que a palavra continue sendo utilizada por outras pessoas – e até mesmo por concorrentes – em seu sentido denotativo, pois, como visto acima, as expressões do nosso idioma são patrimônio cultural do povo brasileiro e, assim, insuscetíveis de apropriação privada. Nesses casos, ter-se-á uma conciliação do direito privado do titular ao uso exclusivo da expressão, com finalidade marcária para determinado produto ou serviço, com o direito da coletividade de utilizar essa mesma expressão em seu sentido literal, para fins descritivos:

O *secondary meaning* origina-se de processo semântico pelo qual o significante transmuda o seu conteúdo, adquirindo significado não previa-

29 SCHMIDT, op. cit., p. 127-128.

mente convencionado pela sociedade. Paralelamente ao conteúdo semântico que possuía, o significante desenvolve relação com determinado produtor ou prestador de serviços, tornando-se elemento identificador de um produto ou de um serviço. Na inexistência de significado secundário, o sinal conserva a função que lhe foi destinada pelo idioma, sendo de emprego franqueado à comunidade. Na ocorrência do fenômeno, nem por isso deixa de preservar sua função originária e a sociedade poderá emprega-lo especificamente em tal acepção.³⁰

Não há na legislação pátria previsão expressa a respeito do fenômeno do *secondary meaning*. Porém, sua incidência por aqui é indiscutível, por força do artigo 6º *quinquies* C- 1 da Convenção da União de Paris, segundo o qual “para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca”. Como o Brasil é signatário da CUP, ela integra nosso sistema jurídico. Ademais, pode-se dizer que o próprio artigo 124, VI, da Lei 9.279/96 abre o caminho para a aplicação do referido instituto, na medida em que possibilita sejam registrados como marca sinais de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, “quando revestidos de suficiente forma distintiva”.

6. Degeneração de marcas.

Em sentido inverso ao que ocorre no processo de *secondary meaning*, uma marca originalmente dotada de distintividade pode vir a perdê-la com o tempo, tornando-se incapaz de distinguir o produto ou serviço de um fornecedor específico. Isto é, a marca perde sua

30 IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. op. cit., p. 239.

função essencial. Nesses casos, diz-se que houve a sua degeneração (ou vulgarização).

Quando ocorre a degeneração, o vocábulo que antes era uma marca associada a produto ou serviço específico passa a fazer parte das expressões que compõem o idioma, sendo compreendido pelo público como sinônimo do gênero em si, ou seja, uma designação necessária ou genérica. Como ensina Couto Gonçalves, “uma marca originalmente distintiva pode transformar-se, com o decurso do tempo, na denominação usual do produto ou serviço”.³¹

Tal como ocorre no *secondary meaning*, aqui também o processo é estritamente semiótico: o signo distintivo não sofre qualquer modificação. O que muda é tão somente a percepção que o público em geral tem a seu respeito. Invocando novamente a abordagem triádica dos signos, consagrada por Charles Peirce, pode-se dizer que, no fenômeno da degeneração de marcas, “significante” e “significado” permanecem os mesmos; o que se altera é o “interpretante” criado na mente do intérprete.

Como exemplos de marcas que se degeneraram com o passar do tempo, podemos citar ISOPOR,³² ZÍPER,³³ QUEROSENE,³⁴ JET SKI³⁵ e CELOFANE,³⁶ entre outras. Esses vocábulos são ou foram marcas registradas no Brasil, mas, atualmente, encontram-se desprovidos de qualquer distintividade. Tornaram-se verdadeiros sinônimos de objetos genéricos e foram, inclusive, incluídos nos dicionários. Quando lê ou ouve a expressão ISOPOR, por exemplo, nenhum consumidor pensa no produto de um fabricante específico, mas sim em obje-

31 GONÇALVES, Luis M. Couto. *Direito de marcas*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 179.

32 Registro 003.379.205.

33 Registro 810.644.541, já extinto.

34 Registro 812.469.542, já extinto.

35 Registro 812.122.968.

36 Registro 002.339.943, já extinto.

tos fabricados com poliestireno e utilizados como isolantes térmicos. Da mesma forma, a palavra CELOFANE é indiscriminadamente utilizada para descrever a viscosa solidificada sob forma de fina película transparente, que é usada para envolver alimentos e embrulhar presentes – também conhecida como “papel celofane”.

Conforme visto acima, a distintividade é qualidade essencial das marcas e exatamente o que justifica sua proteção. Dessa forma, quando esse atributo se perde, deixa de existir também o fundamento para que o titular tenha exclusividade na utilização do signo, que tornou-se expressão comum e necessária e cujo uso, portanto, deve ser franqueado a todos. Nesse aspecto, Antônio Bento de Faria assevera que “efetivamente o que a lei protege na marca é o sinal representativo de uma indústria ou de um comércio e uma vez que desapareça a causa que lhe deu origem deve igualmente cessar a proteção que não mais se justificaria”.³⁷

Discute-se, todavia, qual seria a consequência do fenômeno sob a ótica da legislação brasileira. Isso porque, entre as causas de extinção do registro previstas no artigo 142 da Lei 9.279/96, não há menção à degeneração da marca, mas tão somente à expiração do prazo de vigência do registro, à renúncia, à caducidade por falta de uso e à ausência de procurador no país, nos casos em que o titular da marca é domiciliado no exterior. Diante disso, há corrente minoritária na doutrina que entende não ser possível a cassação de um registro sob o argumento da vulgarização da marca.³⁸

Prevalece, no entanto, o entendimento contrário, isto é, de que a degeneração da marca pode ser invocada como causa extintiva do registro. O principal fundamento para tanto seria o da perda do objeto, pois os signos que se vulgarizam deixam de ser marca, uma

37 FARIA, Antônio Bento de. *Das marcas de fábrica e de comércio e do nome comercial*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1906. p. 226 *apud* SCHMIDT, op. cit., p. 200.

38 GURGEL, Hudson Targino. Considerações sobre a perda da distintividade das marcas registradas. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, v. 81, mar./abr. 2006, p. 38 e 40.

vez que perdem a distintividade, qualidade essencial exigida pelo art. 122 da Lei 9.279/96. Invoca-se, ainda, a regra geral atinente à extinção da propriedade por perda de objeto (artigo 1.275, IV, do Código Civil).³⁹

Além disso, é possível afirmar que o fenômeno da degeneração das marcas não foi rejeitado pelo próprio legislador especial, pois o artigo 180 da Lei 9.279/96, ao tratar das indicações geográficas, admite que “Quando o nome geográfico se houver tornado de uso comum, designando produto ou serviço, não será considerado indicação geográfica”.

A jurisprudência dos tribunais pátrios tem seguido caminho intermediário. Conquanto entenda não ser possível declarar a nulidade de registro já existente em decorrência da degeneração da marca, admite-se a possibilidade de outros concorrentes utilizarem o mesmo signo para descrever seus produtos ou serviços. Colha-se, nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCA REGISTRADA "BANKNOTE" - DENOMINAÇÃO GENÉRICA DE PRODUTO. DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO.

I - A marca registrada junto ao INPI de cunho genérico, estreitamente ligada ao produto, torna possível o uso por empresas do mesmo ramo de atividades, desde que no sentido comum e em conjunto com outros elementos identificadores,

39 Entre os autores que comungam desse entendimento, podemos citar: ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. A distintividade como uma função dinâmica da marca: o registro marcário, a degenerescência e o significado secundário. In: XXVI *Seminário Nacional da Propriedade Intelectual*. Anais 2006, p. 185; BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104-106; e SCHMIDT, Lélío Denicoli. A invalidação das marcas constituídas por expressões de uso genérico, vulgar, comum ou necessário. *Revista da ABPI*, São Paulo, v. 35, jan./fev. 1999, p. 18.

não havendo que se falar em exclusividade e anulação de registro por via própria.

II - Recurso especial da ré conhecido e provido.⁴⁰

Portanto, a despeito de a marca permanecer registrada, seu titular não mais poderá invocar proteção em juízo. Será obrigado a conviver com a utilização vulgar do signo por parte de outros concorrentes, que estarão livres para nomear suas mercadorias pela expressão por meio da qual o tipo do produto ou serviço passou a ser conhecido genericamente.

O processo de degeneração é lento e gradual. Tarefa árdua é definir o momento exato em que, de fato, uma marca perdeu totalmente sua distintividade, como adverte Gama Cerqueira: “Difícil é saber, ao certo, quando a denominação perde o seu caráter arbitrário, passando ao domínio comum. A questão é delicada e, sob pena de se cometerem graves atentados à propriedade das marcas, deve ser encarada sempre com severo critério”.⁴¹ É preciso tomar cuidado para que empresários não sejam penalizados justamente por serem bem sucedidos. Afinal, o uso indiscriminado de uma marca como se fosse sinônimo do próprio produto atesta a notoriedade adquirida junto ao público consumidor.

Sensível a esse dilema, ganhou força na doutrina a corrente segundo a qual o processo de degeneração somente se completa quando a marca se torna palavra de uso comum tanto na linguagem dos consumidores, como também na dos concorrentes. Ou seja, a percepção vulgarizada dos consumidores a respeito do signo, enxergando-o e reproduzindo- como palavra de uso comum, descritivo de um tipo de produto ou serviço, apenas indica que o processo de de-

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 128.136/RJ. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Julgado em 17 ago. 2000.

41 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 2, p. 819.

geração está em curso. Entretanto, o fenômeno somente estará concluído quando essa utilização vulgar do signo também passar a ser feita, de forma pacífica, pelos concorrentes.

Essa teoria contempla um aspecto pragmático, na medida em que é inviável para o titular da marca controlar todos os consumidores que fazem uso inconsequente do signo no dia-a-dia e litigar contra eles. Desse modo, caso a concretização da degeneração dependesse exclusivamente da percepção dos consumidores, o titular da marca ficaria de mãos atadas, condenado a assistir, impotente, a gradual extinção de seu direito de exclusividade. Assim, coloca-se ao alcance do titular a prerrogativa de atuar ativamente para frear o processo de degeneração quando ainda está em curso, mediante adoção de medidas legais contra os concorrentes que insistam em usar sua marca.

Segundo essa concepção, caso nenhum concorrente empregue a marca como nome comum, o titular do registro conservará seus direitos marcários, por mais que os consumidores se refiram à marca como um nome comum.

Valendo-se destes postulados, a teoria intermediária ou mista temperou com um componente subjetivo a aplicação da vulgarização objetiva literalmente prevista no art. 41 da lei italiana de 1942. A degeneração deixou de ser um fenômeno unicamente objetivo, pois passou a depender também da diligência ou inércia que o titular do registro tiver empregado na tarefa de coibir o uso generalizado de sua marca entre seus concorrentes. [...]

De fato, se a marca ainda possui forte significação marcária (sem ser usada pela concorrência), o fato de possuir uma acepção comum entre os consumidores é insuficiente para levá-la à vulga-

rização. Não se justifica, nesse cenário, o sacrifício dos direitos do titular da marca.⁴²

De fato, é possível observar diversos casos de marcas que, conquanto tenham adentrado o vocabulário dos consumidores como verdadeiros sinônimos de um gênero de produto, ainda preservam sua função marcária, sobretudo porque não são utilizados pelos concorrentes. É o que ocorre, por exemplo, com as marcas GILLETTE[®], usada pelos consumidores para se referir a lâminas de barbear em geral, MAIZENA[®], invocada para se referir a amido de milho, e CHICLETS[®], utilizada como sinônimo de goma de mascar. Hoje, coexistem em torno desses signos uma função marcária e uma função semântica.

O mesmo não se pode dizer em relação às palavras ZÍPER e QUEROSENE, por exemplo. Em que pese já tenham gozado de função marcária no passado, hoje remanesce tão somente o seu sentido semântico.

7. O caso da marca NUGGET[®].

Discussão judicial interessante se deu em torno da marca NUGGET[®]⁴³ e suas variações NUGGETS[®]⁴⁴ e CHICKEN NUGGETS[®],⁴⁵ que originalmente eram de titularidade do McDonalds e, no Brasil, estavam licenciadas com exclusividade para a BRF – Brasil Foods S.A. desde 14.07.93, vindo a ser finalmente cedidas à BRF em 04.09.07.

A despeito da titularidade da BRF, sua concorrente Doux Françosul S.A. passou a vender no mercado produtos empanados de fran-

42 SCHMIDT, op. cit., p. 216 e 218.

43 Registro 811929108.

44 Registro 812224850.

45 Registro 812650719.

go sob as marcas LEBON NUGGETS e FRANGOSUL NUGGETS. A BRF notificou a empresa exigindo que cessasse a prática, por representar violação de marca registrada. Diante disso, a Frangosul ajuizou ação cominatória na Comarca de Montenegro/RS, requerendo fosse a BRF condenada a se abster de criar quaisquer embaraços à comercialização dos aludidos produtos.

Como fundamento da demanda, a Frangosul alegou que a marca NUGGET® e suas variações haviam sofrido processo de degeneração, de modo que, atualmente, a expressão havia se tornado um signo comum e necessário, verdadeiro sinônimo do próprio alimento empanado de frango. Portanto, ante a total perda de distintividade, não poderia mais a BRF gozar de exclusividade na utilização do vocábulo, que deveria estar livre para ser usado por todos os seus concorrentes.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, tendo o Juízo entendido que, embora tenha se popularizado a utilização da marca NUGGET® como sinônimo do próprio alimento, a postura ativa da BRF em face de seus concorrentes, adotando medidas judiciais e extrajudiciais para defender sua marca, havia impedido a conclusão do processo de degeneração, ao menos até aquele momento. Portanto, na ótica do Juiz sentenciante, a notoriedade adquirida pela marca – uma inegável conquista do titular – trouxe como consequência a coexistência de duas funções para o vocábulo: uma função semântica, que faz com que os consumidores utilizem-no como nome do próprio alimento, e uma função marcária, que segue preservada e se presta a distinguir os produtos fabricados com exclusividade pela BRF.

Em sede de apelação, tal sentença foi reformada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por maioria de votos, afastou o direito da BRF de uso exclusivo da marca NUGGET®. Curiosamente, no entanto, o fundamento do acórdão não foi a suposta degeneração da marca, mas sim sua suposta falta de distintividade desde a origem, a qual deveria, inclusive, ter

obstado seu registro, por força do artigo 124, VI, da Lei 9.279/96. Nesse sentido, colha-se trecho do voto proferido pelo Desembargador Luís Augusto Coelho Braga:

Tenho que “Nuggets” nunca foi marca, mas sempre o designativo do PRÓPRIO alimento! [...]

Enfim, tenho que ‘nuggets’ não é marca, mas um alimento empanado. Trata-se de verbete não exclusivo e que não pode impedir a apelante de usar e vender seus empanados de frango “Lebon nuggets” e “Frangosul nuggets” por ser uma prática da livre concorrência salvaguardada constitucionalmente (CF/88, Art. 170, IV).⁴⁶

O argumento, todavia, não está correto. NUGGET é palavra do idioma inglês que significa “pepita”.⁴⁷ No idioma português, a palavra sequer consta dos principais dicionários, como Aurélio e Houaiss. Na verdade, a ideia de utilizá-la como marca para produtos empanados de frango foi muito criativa e se deu por conta da semelhança física desses com uma pepita de ouro:



46 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 0008263-55.2016.8.21.7000. Sexta Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Elisa Carpim Corrêa. Julgado em 06 maio 2016.

47 “nugget, nuggets. A nugget is 1. a small rough lump of something, especially gold [] 2. A piece of interesting or valuable information” (Collins Cobuild English Language Dictionary). “nugget. n. a solid lump usually of precious metal [origin unknown]” (Webster’s New Encyclopedic Dictionary).

Se a expressão NUGGET não constitui termo descritivo ou de uso comum para designar alimentos empanados de frango nem mesmo no idioma inglês, sendo indubitavelmente uma marca de fantasia naquele país, com muito mais razão se pode afirmar que o mesmo ocorre no Brasil, onde a expressão sequer existe em nosso idioma. Nenhum óbice, portanto, poderia ter sido arguido ao seu registro junto ao INPI, ao contrário do quanto afirmado no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Aliás, tanto a expressão não é sinônimo do alimento empanado de frango que é utilizada para identificar produtos e serviços de natureza totalmente diversa, como a marca DENVER NUGGETS[®], registrada sob o nº 816200661 para roupas e acessórios do vestuário, TAMPA NUGGET[®], registrada sob o nº 823726258 para charutos e acessórios para fumantes e NUGGET[®], registrada sob o nº 004061330 para produtos para conservar, lustrar e tratar sapatos em geral.

Sendo assim, conclui-se que a marca de titularidade da BRF, em que pese ser largamente utilizada pelos consumidores como sinônimo do próprio alimento de frango, ainda conserva a função marcária de distinguir as mercadorias da titular, que, por meio de postura ativa, tem conseguido evitar que concorrentes utilizem a expressão NUGGETS sem seus produtos. Embora iniciado, não se pode dizer que o processo de degeneração da referida marca tenha sido concluído.

8. Ferramentas para evitar a degeneração da marca.

As marcas bem sucedidas ganham notoriedade junto ao mercado e, em virtude disso, muitas vezes é inevitável que os consumidores passem a trata-la como sinônimo do gênero de produtos ou serviços ao qual está associada. Normalmente, esse fenômeno é sucedido por constantes investidas dos concorrentes, que passam a utilizar o mesmo signo para designar seus produtos, com o objetivo de pegar carona no sucesso alheio. Há algumas medidas que estão ao

alcance do titular para evitar que esse processo evolua e culmine na degeneração da sua marca, com consequente perda completa de sua distintividade.

Primeiramente, é importante sempre utilizar a marca como adjetivo, nunca como substantivo. Isto é, ao estampar a marca na embalagem do produto, fazê-lo juntamente com o nome do gênero da mercadoria. Por exemplo: empanado de frango NUGGET®. Essa medida tem o papel de manter viva na mente dos consumidores a diferença entre o nome do produto e sua marca, evitando a confusão entre ambos. Nesse aspecto, também é importante sempre grafar o signo em letras maiúsculas e apor ao seu lado o símbolo de marca registrada, deixando evidente que não se trata de descrição da mercadoria.

Outra medida fundamental é notificar dicionários e veículos de comunicação que empreguem a marca em sentido genérico, instando-as a cessar a prática por não se tratar de nome comum, mas sim de marca registrada. Naturalmente, fazer o mesmo em relação aos concorrentes. A proatividade do titular na defesa de sua marca é fundamental para impedir a conclusão do processo de degeneração.

Também se mostra eficaz empregar a mesma marca em mais de um tipo de produto. Tomando como exemplo o caso prático analisado acima, seria muito mais difícil que a marca NUGGET tivesse se tornado, para os consumidores, um sinônimo de alimento empanado de frango, se a BRF tivesse estampado a mesma marca também em produtos de natureza diversa, como batatas fritas ou cortes de carne suína.

Por fim, no tocante a produtos patenteados, é de suma importância que os titulares criem, além da marca, um nome comum para sua invenção. Se não o fizerem, toda a comunidade absorverá a marca como verdadeiro nome do produto e não haverá outra maneira de a ele se referir. Conseqüentemente, quando o período de proteção da patente chegar ao fim e outros comerciantes passarem a vender produtos similares, não poderão ser impedidos de utilizar o mesmo sig-

no, pois será a única maneira de descreverem ao público a mercadoria que estão comercializando.

A título ilustrativo, pode-se citar o famoso caso da marca ASPIRINA[®], criada para distinguir medicamento patenteado pela Bayer em 1900. Durante mais de uma década, o produto foi comercializado nos Estados Unidos sob a marca “Aspirin”, sem qualquer outra denominação. Na embalagem, constava tão somente “*Bayer – Tablets of Aspirin*”. Em razão dessa conduta, a expressão foi absorvida ao vocabulário da sociedade norte-americana como verdadeiro nome do medicamento e, quando a patente finalmente expirou, foi impossível impedir que outros concorrentes passassem a comercializar o mesmo tipo de produto referindo-se a ele como “Aspirin”. Afinal, não havia outro meio para os concorrentes explicarem ao público que tipo de medicamento estavam vendendo, na medida em que nunca fora criado um nome próprio para o mesmo. Impedi-los de chamar seus produtos de “Aspirin” equivaleria a inviabilizar suas vendas, ferindo a livre concorrência e concedendo à Bayer um monopólio por período superior à vigência da patente.

Conclusão.

A marca é o elemento distintivo que permite ao consumidor identificar rapidamente um produto ou serviço que experimentou anteriormente e do qual gostou ou a respeito do qual ouviu boas referências. Dessa forma, é fundamental que o titular da marca tenha exclusividade em seu uso, evitando que concorrentes oportunistas utilizem o mesmo signo distintivo para pegar carona em seu sucesso e usurpar sua clientela.

A distintividade da marca é, portanto, a razão de ser da proteção conferida ao titular. Todavia, esse não tem exclusividade sobre o elemento nominativo, figurativo, tridimensional ou misto em si, que permanece em domínio público, mas tão somente sobre o binômio

que este forma com o produto ou serviço ao qual é associado. Protege-se a junção entre signo e produto/serviço.

A marca deve ser distintiva em relação a seu objeto, não podendo ser formada por signo de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço (artigo 124, VI, da Lei 9.279/96). Se determinado gênero de produto ou serviço é conhecido por um nome, ninguém pode ter exclusividade na sua utilização, sob pena de impossibilitar os concorrentes de descrever aquilo que fornecem.

Além de seu objeto, a marca também deve ser distintiva em relação às marcas de produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, para não confundir os consumidores ou leva-os indevidamente a associar dois produtos de fornecedores diversos (artigo 124, XIX, da Lei 9.279/96). Busca-se evitar, com isso, o desvio de clientela.

A semiótica é a ciência que se ocupa dos signos e de seus efeitos na percepção de quem os observa. Seu maior expoente é Charles Sanders Peirce, que consagrou a abordagem triádica dos signos, segundo a qual esses envolvem três elementos – o significante (signo), o significado (objeto) e o interpretante (associação mental despertada no intérprete). Tal ciência nos ensina que um mesmo signo pode despertar infinitas associações mentais – ou “interpretantes” – na mente do intérprete, as quais podem variar no tempo e a depender dos diferentes contextos em que os signos estão inseridos. Esse conceito tem relevante papel no estudo das marcas, pois indica que, se a percepção dos consumidores acerca de um signo pode variar, a distintividade das marcas também não é estanque.

Com efeito, mediante propaganda constante ao longo de anos, uma palavra comum originalmente usada para descrever um objeto pode vir a se descolar do sentido lexical e gerar no consumidor uma percepção marcária, identificando em sua mente o produto ou serviço específico de determinado comerciante. A esse fenômeno convencionou-se chamar *secondary meaning*.

Da mesma forma, uma marca inicialmente distintiva que passa a ser usada indiscriminadamente como sinônimo do produto pode vir a se transformar em palavra comum, perdendo toda sua distintividade e tornando-se incapaz de remeter o consumidor ao produto ou serviço fornecido pelo titular. É o fenômeno conhecido como degeneração (ou vulgarização) da marca.

Prevalece na doutrina o entendimento de que a degeneração apenas se concretiza quando a marca passa a ser usada como palavra comum por consumidores e também pelos concorrentes do titular. Dessa forma, coloca-se ao alcance do titular atuar para frear o processo de degeneração, mediante adoção de medidas contra os concorrentes que violem seus direitos.

Notificar e demandar concorrentes, dicionários e veículos de comunicação que empreguem a marca em sentido genérico é fundamental para evitar sua degeneração. Além disso, há outras medidas que devem ser adotadas pelo titular, como sempre utilizar a marca acompanhada do nome do produto em si, mantendo clara para os consumidores a diferença entre ambos e evitando que sejam confundidos. Além disso, grafar o signo em letras maiúsculas e apor ao seu lado o símbolo de marca registrada, deixando evidente que não se trata de descrição da mercadoria. Também se mostra eficaz empregar a mesma marca em mais de um tipo de produto ou serviço e, no tocante a produtos patenteados, os titulares devem criar, além da marca, um nome comum para sua invenção.

OS DESAFIOS DA EMPRESA NO SÉCULO XXI: A CONCILIAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE SOCIAL / AMBIENTAL E A ATIVIDADE LUCRATIVA¹

**THE CHALLENGES OF THE COMPANY IN THE 21st CENTURY:
THE CONCILIATION BETWEEN SOCIAL / ENVIRONMENTAL
RESPONSIBILITY AND PROFITABLE ACTIVITY**

*Renata Albuquerque Lima
Doralúcia Azevedo Rodrigues*

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar os desafios da atividade empresarial para implementar uma responsabilidade social ambiental efetiva, de modo a propiciar o ecodesenvolvimento. Destarte, com o desenvolvimento da conscientização e das cobranças acerca da proteção ambiental em nível mundial e nacional, percebe-se um enorme desafio, que também configura uma grande oportunidade, consistente em desenvolver uma economia global sustentável. Portanto, observa-se a necessidade de o empresário buscar o equilíbrio entre os pilares do *Triple Bottom Line* (social, econômico e ambiental), a fim de cumprir com as suas responsabilidades sociais, considerando a adoção do instituto da função social, de modo que a atividade empresarial não vise apenas o lucro, mas priorize a sustentabilidade ambiental. A pesquisa tem caráter qualitativo, método dedutivo e a técnica utilizada foi a bibliográfica, através de pesquisadores como Sirvinskas, Elkington e Andrade. Finalmente, destaca-se que a empresa que adota a responsabilidade social, além de conferir benefícios à sociedade e ao meio ambiente, conquista vantagens para seu progresso junto ao mercado, pois passa a ser vista com maior credibilidade junto àqueles com quem elas se relacionam e com os consumidores, destacando-se no contexto empresarial.

¹ Artigo recebido em 16.03.2021 e aceito em 12.06.2021.

Palavras-chave: Atividade empresarial. Meio ambiente. Sustentabilidade ambiental.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the challenges of business activity in order to implement effective environmental social responsibility, promoting eco-development. Thus, with the development of awareness and demands regarding environmental protection at a global and national level, an enormous challenge is perceived, which also constitutes a great opportunity, consisting of developing a sustainable global economy. Therefore, there is a need for the entrepreneur to seek a balance between the pillars of the Triple Bottom Line (social, economic and environmental), in order to fulfill his social responsibilities, considering the adoption of the social function institute, so that business activity is not just about profit, but prioritizes environmental sustainability. The research has a qualitative character, deductive method and the technique used was the bibliographic, through researchers such as Sirvinskas, Elkington and Andrade. Finally, it is noteworthy that the company that adopts social responsibility, in addition to conferring benefits on society and the environment, gains advantages for its progress with the market, as it starts to be seen with greater credibility with those with whom they relate and with consumers, standing out in the business context.

Keywords: Business activity. Environment. Environmental sustainability.

Sumário: Introdução. 1. Histórico da Proteção Ambiental no Contexto Mundial. 2. Proteção ao Meio Ambiente no Brasil e sua Salvaguarda Constitucional. 3. A Responsabilidade Social/Ambiental Inserida no Contexto Empresarial do Século XXI. Conclusão.

Introdução.

Na atual perspectiva brasileira, ao analisar os principais desafios que a atividade empresária enfrenta, percebe-se dentre eles a ne-

cessidade de equilibrar a busca pelo lucro, que é algo inerente ao contexto empresarial, com a redução de impactos negativos ao meio ambiente, interferindo no desenvolvimento humano como um todo. Prova disso é a crescente preocupação nacional e internacional em estabelecer regramentos com o fim de integrar o princípio da função social nos organismos empresariais, bem como conscientizar acerca da necessidade de possuir responsabilidade social ambiental efetiva.

Desse modo, o presente trabalho apresenta uma perspectiva histórica, demonstrando a evolução ideológica e legislativa quanto à salvaguarda ambiental, em contexto global e nacional, inclusive com destaque dado à Constituição Federal de 1988, que assegurou especial atenção ao meio ambiente, através de capítulo próprio sobre o tema. Ademais, é inegável outro importante avanço constitucional, que foi o fato de ser inserida, entre os pilares da atividade econômica nacional, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, bem como de seus processos de elaboração e prestação.

Outrossim, circulam de forma rotineira notícias sobre corrupções, infrações e impactos no meio ambiente, tais como grandes acidentes ambientais, com relação direta à atividade empresária. Com isso, surgiu a necessidade de as organizações conciliarem os seus anseios e objetivos, sendo o principal deles o lucro, com as práticas de *compliance* em âmbito social, econômico e ambiental.

De fato, para cumprir com as normas de proteção ao meio ambiente, as empresas possuem um custo, o qual pode ser utilizado para justificar más condutas como a corrupção e a degradação ambiental. Em detrimento disso, surgem diversos estudos para explicar quais as atitudes que devem ser postas em prática para alcançar o desenvolvimento sustentável, dentre elas pode ser citada a *Triple Bottom Line*, elaborada por John Elkington, a qual prescreve que é necessário obter um equilíbrio entre os fatores social, econômico e ambiental.

É necessária, contudo, uma conscientização conjunta das sociedades empresariais a fim colaborarem de forma crescente com a sustentabilidade, sendo indispensável a existência de mercados estáveis, com capacidades tecnológicas, econômicas e administração necessária para tornar possível tal evolução. Em suma, tudo isso está relacionado com a possibilidade de praticar a atividade lucrativa, sem descartar a importância de preservar o meio ambiente e de garantir a qualidade de vida das gerações futuras.

A doutrina aponta diferentes perspectivas para a busca da sustentabilidade, de modo a revelar a importância de tal instituto. Destaca-se, dentre elas, a social, visto que, com a prática de medidas sustentáveis, poderá ser reduzida a pobreza, que é uma das prioridades discutidas em encontros internacionais para tratar do meio ambiente. Ainda, em consideração à atividade empresarial, percebe-se a perspectiva econômica, relacionada à manutenção da capacidade produtiva dos ecossistemas. Por fim, sem prejuízo das demais tratadas no decorrer desse artigo, existe a ecológica, que se relaciona com a preservação dos recursos naturais enquanto base da biodiversidade.

Quando uma empresa assume postura socialmente responsável, existe uma espécie de via de mão dupla. Isso porque, ao mesmo tempo em que apresenta posturas positivas quanto ao meio ambiente e ao contexto social, de modo a preservar o meio ambiente, a empresa passa a ter mais credibilidade para com o mercado, inclusive representando a preferência dentre os consumidores que buscam possuir produtos ou serviços socialmente responsáveis.

Em suma, se o enfoque empresarial não está voltado apenas ao lucro, mas também aos anseios sociais, ao meio ambiente e aos seus colaboradores, de modo a arcar com as responsabilidades previstas ou não em lei, a empresa demonstra-se adaptada àquilo que há de mais moderno no sistema empresarial, que é a busca pelo desenvolvimento sustentável. Tal organismo passará a ser visualizado pelos consumidores e investidores de modo mais positivo, competitivo e

atuante em detrimento dos demais, que não cumprirem com seus deveres sociais e ambientais.

Em arremate, o método procedimental a ser utilizado será o dedutivo, em uma abordagem qualitativa, condizente à pesquisa bibliográfica e histórica, além de realização de consultas a fontes doutrinárias, com o objetivo de descrever os principais tópicos sobre o tema.

1. Histórico da Proteção Ambiental no Contexto Mundial.

O histórico de agressões ao meio ambiente bem como a conseqüente necessidade de proteção e responsabilização por tais ações transitou por diversas fases até resultar no cenário contemporâneo. Isso porque a conscientização da necessidade de proteção ambiental trespassou por evoluções, conforme a sociedade adquiriu a percepção de sua essencialidade, visto que há relação intrínseca entre a preservação ambiental e a admissão dos meios necessários para a sobrevivência humana.

De acordo com Pierangelli, “o homem primitivo não agredia a natureza de maneira indiscriminada. Apenas procurava extrair do meio aquilo que era necessário ao seu sustento”.² Assim, as agressões ao meio ambiente tiveram destaque em momento posterior, principalmente entre a Idade Média e a Idade Moderna, com a Revolução Industrial. Durante este período, conforme o aduzido autor:

(...) começaram efetivamente as agressões à natureza, cuja extensão, ainda hoje, em uma gradação quanto aos seus efeitos nocivos, é bastante variável, podendo atingir tão só o meio local, o regional ou até comprometer o equilíbrio biológico do

2 PIERANGELLI, José Henrique. *Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos*. São Paulo: Justitia, 1988, p. 144.

próprio planeta. Estas agressões podem se constituir em simples emanações de fumaças nauseabundas das fábricas de produtos químicos, ou das nuvens de pó produzidas numa fábrica de cimento, em que Peru é um triste exemplo, ou, ainda, da difusão de substâncias radioativas lançadas tanto no oceano como na atmosfera.³

A Revolução Industrial, ocorrida entre 1760 e 1860, é tida como marco importante pelos ambientalistas em decorrência da alteração dos meios de produção até então utilizados, visto que houve substituição do trabalho manufaturado pelo emprego de máquinas com potencial poluidor exacerbado. Por isso, a ação do homem sobre a natureza, em detrimento do capitalismo e do consumismo, e através de empresas e indústrias, causou prejuízos ao meio ambiente, gerando impactos profundos e em alguns casos irreversíveis.

O problema ecológico foi enfrentado e regulamentado, ao menos parcialmente, pelos legisladores dos Estados de civilização mais avançada, somente no curso do derradeiro pós-guerra. Nesse sentido está Bezerra, a qual ressalta que:

A Segunda Grande Guerra Mundial representou um marco na relação entre os países e do homem com o ambiente político, econômico e ambiental que o cercava. Enquanto os povos enfrentavam estarecidos questões relacionadas à morte de milhões de pessoas apenas por serem o que eram, a sombra de uma potencial guerra atômica também passou a assombrar a política mundial.⁴

3 Loc. cit.

4 BEZERRA, Carla Manuella Aragão. *Sustentabilidade, Empresas e Estado: A Atuação das Empresas e do Estado na Preservação de um Meio Ambiente Sadio*. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Christus, Ceará, 2020, p. 15.

Ainda de acordo com a autora acima, os locais atingidos pelas bombas lançadas ao final do conflito trouxeram ao mundo a preocupação de um tipo de impacto ambiental nunca antes vislumbrado, que seria a poluição por radiação. Por conta disso, nas décadas seguintes, com as delimitações de fronteiras entre os países sendo repensadas e com a evolução da ciência, destacou-se a necessidade de se preocupar com a integridade do planeta e de seu ecossistema.

Em razão disso, foi dado início à realização periódica de Conferências internacionais para tentar estabelecer regras mínimas para os Estados, os organismos e as empresas cumprirem com o fulcro primordial de combater o aquecimento global. Contudo, em vias gerais, urge destacar que os países com capital inferior apresentaram dificuldade ainda maior em gerir suas economias voltadas à sustentabilidade.

Dentre as principais Conferências Internacionais referidas acima, merecem ser mencionadas a Conferência de Estocolmo, na Suécia, em 1972, na qual surgiu o conceito de Ecodesenvolvimento, e a Conferência Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada em 1992 no Rio de Janeiro, na qual foi finalmente consagrada a expressão Desenvolvimento Sustentável, que passou a ser tida como um princípio do Direito Ambiental, assim como iniciou-se uma moldagem de ações com o objetivo de proteger o meio ambiente.

Nesse ponto, é importante ressaltar que ao conjunto de resoluções firmadas na ECO-92, por meio das quais cada país definiu as bases para a preservação do meio ambiente em seu território, foi dado o nome de Agenda 21. Dentre os principais objetivos e temas tratados estão o combate à pobreza, a cooperação entre as nações para chegar ao desenvolvimento sustentável, a proteção da atmosfera e o combate à desertificação e à seca.

De acordo com Sirvinskas, em tais conferências há discussão de “muitos trabalhos científicos comprobatórios das principais questões ambientais que atingem a comunidade mundial como um todo”.⁵

Outrossim, em continuidade, aduz que “após a discussão, são confeccionados documentos que servirão de parâmetros para os Estados adotarem em seus territórios”.⁶ Assim, tais estudos evoluíram até o implemento do ramo da Economia Ecológica, também nomeada Ciência da “Gestão de Sustentabilidade”, consoante aduziu Hauwermeiren:

O surgimento dos conceitos de Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável está na raiz do campo teórico híbrido que veio a se constituir como a Economia Ecológica, de modo que esta passa a ser definida por alguns teóricos como a ciência da “gestão da sustentabilidade”.⁷

No entanto, é mister observar que existem doutrinadores, dentre eles Ignacy Sachs e Sirvinskas, que empregam os conceitos de “Ecodesenvolvimento” e “Desenvolvimento Sustentável” como sinônimos. Ainda, Sachs apontou cinco dimensões conexas de sustentabilidade. Seriam elas: a social, que é voltada para a redução da pobreza e para a organização social; a econômica, relativa à manutenção da capacidade produtiva dos ecossistemas; a ecológica, que se relaciona com a preservação dos recursos naturais enquanto base da biodiversidade; a espacial, que visa uma configuração rural-urbana equilibrada; e, por fim, a cultural, que é referente ao respeito pelas especificidades culturais, identidades e tradições das comunidades locais.⁸

Em suma, observa-se uma evolução histórica de proteção ambiental, sobretudo com uma maior conscientização internacional, que

5 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 701.

6 Loc. cit.

7 HAUWERMEIREN, Saar Van. *Manual de economia ecológica*. Santiago: Rosa Moreno, 1998, p. 7.

8 SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Studio Nobel/Fundap, 1993.

se deu com o período após a Segunda Grande Guerra Mundial. No entanto, ainda urge que sejam melhor responsabilizadas as empresas e as indústrias, bem como que estas encontrem formas de cumprir sua função social e ambiental, com vistas a preservar o ecossistema e a propiciar melhor qualidade de vida às gerações vindouras.

2. Proteção ao Meio Ambiente no Brasil e sua Salvaguarda Constitucional.

No atual cenário brasileiro, é possível observar uma corrente abordagem em televisões e mídias tratando de desastres naturais e degradação do meio ambiente, sobretudo em razão de ações ineficientes na prevenção de impactos ambientais negativos, derivadas de grandes empresas em virtude do exercício de suas atividades empresariais. Para compreender as atuais dificuldades em realizar a responsabilidade social ambiental no contexto empresarial, é importante apresentar a perspectiva histórica de salvaguarda ao meio ambiente no contexto brasileiro, a qual, de acordo com Sirvinskias, distribui-se em três períodos determinantes.

O primeiro período do histórico ambiental no Brasil começa com o descobrimento, em meados de 1500, e vai até a vinda da Família Real Portuguesa, que se deu em 1808. Nesse período, havia algumas normas esparsas de proteção aos recursos naturais que estavam começando a entrar em escassez, podendo ser citado o pau-brasil, o ouro etc.⁹

O período seguinte tem início em 1808, com a vinda da Família Real, e vai até a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981. Percebe-se uma exploração desregrada do meio ambiente, cujas questões eram solucionadas por meio do Código Civil. Porém, existiam preocupações pontuais, mas ineficientes, objetivan-

9 SIRVINSKAS, op. cit., p. 67.

do a conservação do meio ambiente e não a sua preservação. Conforme Sirvinskias:

Surgiu nesse período, a fase fragmentária, em que o legislador procurou proteger categorias mais amplas dos recursos naturais, limitando sua exploração desordenada (protegia-se o todo a partir das partes). Tutelava-se somente aquilo que tivesse interesse econômico. Nesse período, citamos as principais normas: a) Lei n. 601/1850, conhecida por Lei de Terras do Brasil, que disciplinava a ocupação do solo e estabelecia sanções para atividades predatórias; b) Decreto n. 8.843/11, que criou a primeira reserva florestal do Brasil, no Acre; c) Lei n. 3.071/16 (Código Civil), que estabelecia vários dispositivos de natureza ecológica, mas de cunho individualista; d) Decreto n. 16.300/23, que dispunha sobre o Regulamento da Saúde Pública; e) Decreto n. 24.114/34, que dispunha sobre o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal; f) Decreto n. 23.793/34 (Código Florestal), que dispunha limites ao exercício do direito de propriedade; [...]¹⁰

Por derradeiro, o principal período pelo qual o Brasil trespassou está localizado entre os anos de 1981 até o período atual, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. De acordo com Sirvinskias, o terceiro período implementa-se com a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981). Iniciou-se a fase holística, que objetivava proteger de maneira integral o meio ambiente. Acredita-se que através de um sistema ecológico integrado, protegiam-se as partes a partir do todo.¹¹

10 Ibidem, p. 67 e 68.

11 Ibidem, p. 68.

Diante da imprescindibilidade de regulamentar as questões envolvendo o meio ambiente, bem como limitar a influência dos setores público e privado na degradação do ecossistema nacional, o legislador pátrio passou a editar leis mais específicas, com o fito de garantir eficácia de tais meios. Portanto, entre as décadas de 1980 e 1990, houve crescimento na produção doutrinária e científica, bem como na intervenção legislativa acerca da temática, sendo possível citar como exemplo a Lei de Ação Civil Pública, que data do ano de 1985, a qual instituiu mecanismo importantíssimo para responsabilizar os causadores de danos morais e patrimoniais ao meio ambiente.

Também durante esse período, entrou em vigor a Constituição Federal de 1988¹², com uma abordagem abrangente e sistematizada da questão ambiental, por meio de uma consolidação da proteção ao ambiente, destacando um capítulo inteiro para tratar do tema. Embora exista apenas o artigo 225 para tratar sobre o tema no referido capítulo, merece encômio o constituinte que ressaltou a importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevando-o à categoria de direito fundamental. Do mesmo modo, atribuiu incumbências ao Poder Público para assegurar a sua efetividade.

Nesse diapasão, a Constituição ressalta que são matérias de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora. Já no que tange à competência legislativa, as questões atinentes à preservação ambiental são de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Com isso, percebe-se a relevância de tais assuntos, visto que na ausência de lei federal que trate de maneira geral sobre os temas, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades.

12 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

O Direito Constitucional Ambiental, como é conhecido, também está previsto em outros artigos na Constituição Federal brasileira, dentre eles os de número 5º, 129, 170, 174, 200 e 216. Além da salvaguarda garantida diretamente pela Constituição Federal, e pelas normas supralegais, constata-se ainda a presença de inúmeras Leis, Decretos e Medidas Provisórias tratando do meio ambiente.

Também urge mencionar a existência de normas não obrigatórias para todas as organizações, chamadas ISO (*International Organisation For Standardisation*). Dentre as inúmeras existentes, é mister ressaltar a ISO 14001, a qual é uma norma de adesão voluntária que contém os requisitos para a implantação do Sistema de Gestão Ambiental (SGA) em uma empresa, podendo ser aplicada a qualquer tipo ou porte de organização.

Retomando o que foi exposto, com relação ao âmbito constitucional brasileiro, há uma ingerência entre o Direito Empresarial, típico regulamentador da atividade econômica, e o Direito Ambiental. Tal fato é observado no artigo 170 da Lei Mãe, que está localizado no Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”. A norma mencionada destaca a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação como princípio da ordem econômica, o qual fundamenta a evolução de diversos pilares do Direito Ambiental, tais como o princípio da prevenção, o qual impõe à coletividade e ao Poder Público o dever de proteger e preservar o equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações.

Ademais, por meio do artigo 174 da Constituição de 1988, há uma forma de enaltecimento do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Impõe-se, pois, a criação de uma lei com diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, que deverá incorporar e compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. É mister ressaltar que o constituinte se preocupou com a defesa do meio ambiente, a qual deve se

dar mediante tratamento diferenciado, prevendo a necessidade de se verificar o impacto ambiental dos produtos, dos serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Sem prejuízo disso, devem ser seguidos outros princípios inerentes à atividade econômica, tais como o da livre concorrência e o da busca do pleno emprego.

Entretanto, alguns doutrinadores proferem críticas à salvaguarda ambiental inserida no contexto da ordem econômica e financeira nacional, pois enxergam controvérsias quanto à possibilidade de eficaz defesa do meio ambiente juntamente a outras diretrizes relacionadas ao campo empresarial e industrial. Mukai entende que “a redação desse artigo tem o vício típico dos produtos dos grandes colegiados, que, em áreas de transigências recíprocas, acabam por sacrificar até a lógica”.¹³ No entanto, continua ele, os princípios constitucionais permitem ponderação, o que resulta na compatibilidade entre a defesa ao meio ambiente e o impulsionamento da ordem econômica, consoante demonstrado a seguir:

Entendemos que não existe possibilidade jurídica de haver “conflitos” entre os princípios arrolados pelo art. 170 da Constituição de 1988. (...)

A Constituição, ao contemplar no mesmo plano os princípios da livre concorrência e o da defesa do meio ambiente, não admite que este último seja colocado de lado, com privilégio do primeiro.

Há que se compatibilizar, sempre e a todo custo, os dois princípios. E, em caso de conflito real, há que se efetuar uma ponderação de interesses, para que não haja o sacrifício total de um ou do outro.¹⁴

13 MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 30.

14 Loc. cit.

Dessa forma, por meio da correta hermenêutica constitucional, entende-se que é possível uma compatibilização entre os princípios da livre concorrência e o da defesa ao meio ambiente, mediante técnica de ponderação. Finalmente, não restam dúvidas de que a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos pilares da ordem econômica nacional, bem como é dever e direito fundamental de todos a sua manutenção para as presentes e futuras gerações.

3. A Responsabilidade Social/Ambiental Inserida no Contexto Empresarial do Século XXI.

Para tratar acerca da responsabilidade social/ambiental das empresas no século XXI e os seus desafios, é indispensável trazer à tona alguns conceitos básicos pertencentes ao Direito Empresarial, como os de empresário, empresa, função social da empresa e responsabilidade social da empresa. Nessa toada, o atual Código Civil,¹⁵ que foi resultado de um projeto de lei que tramitou por mais de vinte anos no Congresso Nacional, sendo promulgado no ano de 2002, regulou de forma abrangente matérias atinentes ao âmbito do direito privado, englobando o direito empresarial.

Nesse contexto, o referido diploma descreve em seu artigo 966 o conceito de empresário. Ressalta-se que o direito brasileiro adotou a Teoria da Empresa, a qual dispõe, em suma, que empresário é aquele que exerce atividade empresarial tal como orienta o conceito de empresa. Quanto ao conceito jurídico de empresa, Andrade menciona que embora existissem diversas tentativas frustradas de construção própria, este foi criado com base no conceito econômico.¹⁶ Logo, a empresa seria a estrutura fundada na organização dos

15 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

16 ANDRADE, Thiago Pinho de. *Empresa, Responsabilidade e Função Social*. 1ª ed. Curitiba: CVR, 2016.

fatores de produção, quais sejam, natureza, capital e trabalho, para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

Outro instituto em voga é o da função social da empresa o qual, no Brasil, surgiu em meados dos anos 1970. Atualmente, o exercício da atividade empresarial vai muito além de ser apenas a produção de bens e serviços em busca de um mercado consumidor. Isso porque a preocupação não é apenas com o crescimento econômico, mas também com a instalação da empresa de forma digna e harmônica, capaz de atender aos interesses da coletividade de forma responsável. Nesse contexto, é mister observar que os institutos da função social da empresa e da responsabilidade social da empresa estão intimamente relacionados, de forma a se completarem, porém não se confundem.

Comparato persevera que a função social significa um poder de dar ao objeto da propriedade um destino determinado. Já a função social empresarial é reflexo do desenrolar da atividade empresarial ideal, a qual gera reflexos externos positivos, propiciando transformação social a partir da prática corporativa.¹⁷ No mesmo sentido, Andrade dispôs que a função social da empresa é poder-dever do titular do controle, ou seja, o administrador ou controlador deve buscar o interesse da coletividade, a fim de concretizar a justiça social.¹⁸

No entanto, a associação da função social da empresa com o lucro gera discussões na doutrina quanto à compatibilidade. Para Comparato existe divergência na adoção do princípio da função social da empresa em um regime capitalista, visto que o que se espera de uma empresa é eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado comercial. Segundo esse autor, a tese da função so-

17 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

18 ANDRADE, op. cit., p. 103.

cial das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas.¹⁹

Contrapondo-se a tal raciocínio, Perez assevera que não se pode olvidar que o legislador constituinte originário optou pela adoção do regime capitalista, o qual funda-se na livre iniciativa, e não apenas aceita, mas incentiva a persecução do lucro nas atividades econômicas. Porém, essa doutrinadora expõe que o lucro não é ilícito e desempenha, ele mesmo, sua própria função social, promovendo o crescimento econômico e, em última análise, o desenvolvimento que os países do chamado “terceiro mundo”, como o Brasil tanto almejam.²⁰ Em síntese, o lucro não é incompatível com o princípio da função social, visto que não representa uma finalidade em si mesmo, e sim uma consequência da atividade empresária, capaz de realizar o desenvolvimento social e reduzir as desigualdades existentes.

Assim, o empresário não pode aspirar o lucro de maneira isolada, visto que a atividade empresarial deve coexistir de forma equilibrada com a preservação do meio ambiente, além de respeitar os direitos dos consumidores e observar as leis trabalhistas, dentre outras ingerências externas ao direito comercial. Enfim, o empresário deve levar em consideração também os reflexos que suas decisões têm perante a sociedade. Com a realização de tais preceitos, a empresa estará de acordo com o princípio da função social, de modo a ser entendida como uma empresa responsável.

Com o advento da globalização e do crescimento econômico, observa-se maior consumismo e a criação de novas demandas pelo

19 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, n. 732, 1996.

20 PEREZ, Viviane. Função Social da Empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção (Coord.) *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

mercado. Nesse contexto, o meio ambiente vem a sofrer maior exploração e a requerer garantias para que a atividade empresarial se desenvolva sustentavelmente. Segundo Bezerra, o ritmo vertiginoso do progresso capitalista concebeu uma população exageradamente consumista, que busca atingir suas satisfações por meio do consumo desenfreado. O resultado da consumação desmedida e do processo industrial que a sustenta é a devastação do meio ambiente. Não existe preocupação com o método produtivo e o descarte correto dos resíduos decorrentes da cadeia produtiva e do consumo propriamente dito. Ademais, o acúmulo desses resíduos e seus efeitos se espalham sem respeitar fronteiras.²¹

Um dos maiores desafios que as empresas do século XXI enfrentam é desenvolver uma economia sustentável, equilibrando o lucro auferido no desempenho de suas atividades econômicas com a sustentabilidade ambiental e com a realização de benfeitorias à sociedade. Isso porque, conforme é possível observar, em detrimento do regime capitalista e do alto nível de competitividade, grandes empresas tendem a adotar posturas ilícitas, corruptas, fraudulentas, que retiram a sua credibilidade, tudo com o objetivo de auferir lucros. Desse modo, é possível que a busca pela sustentabilidade ambiental possa não ser priorizada, ou até mesmo ignorada.

Nesse ponto, entra o conceito de *compliance* inserido na perspectiva ambiental. Para Colares “o termo *compliance* se origina do verbo em inglês *to comply*, que significa cumprir, satisfazer, realizar. A tradução mais adequada para esse termo provavelmente seria conformidade”.²² No entanto, em decorrência de uma maior aceitação do termo em inglês no meio organizacional, a tradução não prosperou,

21 BEZERRA, Carla Manuella Aragão; LEITAO, Andre Studart. *Obsolescência Programada e o Acúmulo de Resíduos Eletrônicos*. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 2018, Salvador: BA. Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável. Salvador: CONPEDI, 2018, p. 85-101.

22 COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. Monografia em Curso de Pós-Graduação. Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2014, p. 61.

permanecendo a utilização da expressão estrangeira. Ademais, é interessante trazer à tona o conceito que foi desenvolvido por Mendes & Carvalho:

Um programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema.²³

Em suma, com base na lição dos autores ora analisados, *compliance* é estar de acordo com a legislação e com os regulamentos externos e internos. Tais normas serão de extrema utilidade para a atividade empresarial, pois poderão proporcionar às empresas uma maior segurança, além de possibilitar uma melhor, mais correta e adequada execução de suas atividades, com transparência e lealdade, assim como resguardar a empresa contra os riscos de corrupções e fraudes. As organizações, ao gerenciarem questões éticas, sociais e principalmente políticas, possuem um custo, que pode ser refletido em más condutas como a corrupção e a degradação ambiental. Por essa razão, é exigido um melhor entendimento não somente sobre as formas financeira e física do capital, mas também do capital social, humano e natural.

Antigamente, os fatores que evidenciavam uma empresa no mercado econômico em relação às suas concorrentes eram, sobretudo, preço, qualidade do produto, agilidade no serviço, dentre outros. Na atualidade, o atributo de destaque das organizações em relação às

23 MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31.

outras é a sustentabilidade, tanto pela questão ambiental como pela social. Com isso, são desenvolvidos diversos estudos a fim de remeter o esforço das empresas em ascender esta peculiaridade, por meio de ações e divulgações em anúncios, propagandas, logomarcas, etc, a fim de se sobressaírem dentre as demais no mercado.

Nesse sentido, a Teoria dos Três Pilares, ou *Triple Bottom Line*, desenvolvida por John Elkington em 1997, ressaltou-se no contexto empresarial pelo fato de propor um estudo aprofundado acerca da sustentabilidade ambiental sob as óticas social e econômica. Essa teoria tinha por base a afirmação de que o desempenho de uma empresa não deveria ser observado apenas por questões financeiras e retorno de seus investimentos, mas também, em relação as suas repercussões no âmbito social, ou de pessoas, econômico e ambiental.

De acordo com Elkington, “algumas das melhores cabeças do mundo corporativo passaram a década de 1990 trabalhando pelo deslocamento da agenda emergente da sustentabilidade”. Com isso, o autor observou que, com a necessidade do “esverdeamento”, existe um enorme desafio, mas também uma enorme oportunidade, que consiste em desenvolver uma economia global sustentável, embora o planeta como um todo ainda pareça estar em um caminho não sustentável.²⁴

Com essa perspectiva, os elementos essenciais para se alcançar o desenvolvimento sustentável são o crescimento econômico, a proteção ao meio ambiente e a igualdade ou justiça social. A empresa que se preocupa em seguir a direção dos três pilares (o econômico, o ambiental e o social) alcançará benefícios para a sociedade, para o meio ambiente e para a sua própria economia. Ademais, segundo Soares:

A viabilidade econômica, a justiça social e a preservação ambiental constituem o tripé em que se

24 ELKINGTON, John. *Sustentabilidade, canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2012, p. 107-108.

deve apoiar o desenvolvimento sustentável. A supressão, desconsideração ou subvalorização de um desses elementos provoca o desequilíbrio que compromete a sustentabilidade do conjunto.²⁵

Em primeiro lugar, quanto ao pilar econômico, há valorização dos lucros da empresa, que compreende o valor do faturamento obtido na atividade econômica diminuído de seus custos. Contudo, a busca pelo faturamento deve ser realizada de forma sustentável, visto que a companhia, além de se preocupar com seus custos privados, deve considerar também aqueles externos, os quais são suportados por terceiros não envolvidos na atividade empresarial. É possível mencionar como exemplo de custo externo a internalização das externalidades negativas, ou seja, a empresa deve considerar os efeitos colaterais negativos que causem prejuízos para os espectadores, pessoas que estão fora da relação empresarial.

Nas lições de Elkington, o capital econômico, para uma teoria econômica tradicional, era encontrado a partir do capital físico (máquinas, fábrica) e do capital financeiro. Na atualidade, tal visão encontra-se ultrapassada, visto que hoje o capital econômico vai além de questões financeiras, devendo englobar o capital humano (capacidade e experiências das pessoas que fazem as empresas se moverem) e o capital natural (o que se utiliza da natureza para as práticas das atividades econômicas).

Outro importante pilar é a dimensão social ou de pessoas, a qual considera tanto a sociedade em geral quanto os indivíduos que compõem a empresa. Essa dimensão se preocupa com o bem-estar dos cidadãos mediante a elaboração de medidas que contribuam de forma positiva para a comunidade, como a geração de empregos.

25 SOARES, Natanael Dantas. Sustentabilidade Ecológica: Limites e caminhos para o desenvolvimento econômico. In: MELO, Melissa Ely; LEITE, José Rubens de Morato (Coord.). *Delimitação do Direito Ecológico: Estado, justiça território e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 270.

De acordo com Fukuyama, capital social é entendido como uma capacidade que surge da prevalência da confiança em uma sociedade ou em partes dela. É ele quem mede a capacidade de as pessoas trabalharem juntas, em grupos ou organizações, para um objetivo comum. Esse doutrinador defende a capacidade da confiança entre todos que compõem uma organização como causadora de diversos benefícios, sendo o principal deles a diminuição do atrito social. Com isso, assevera que:

Se as pessoas que trabalham juntas em um empreendimento confiam umas nas outras porque elas estão operando de acordo com um conjunto comum de normas éticas, os negócios custarão menos. Tal sociedade será mais capaz de inovar organizacionalmente, já que o alto grau de confiança permitirá o surgimento de uma maior variedade de relacionamento social.²⁶

Ainda, Elkington atribui ao grau de confiança de uma empresa ou indústria e os seus *stakeholders* externos o status de um fator-chave na determinação de sua sustentabilidade em longo prazo. Interessante visão acerca do aspecto social é a trazida por Oliveira Claro e Claro, que dissertam que:

A dimensão social consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, como suas habilidades, sua dedicação e suas experiências. A dimensão social abrange tanto o ambiente interno da empresa quanto o externo. Indicadores para a dimensão social podem variar de uma empresa para outra, mas alguns indicadores são considerados comuns para diferentes setores de atuação. Dentre os indicadores co-

26 FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Tradução: Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 248.

muns, é possível citar a compensação justa, as horas de trabalho razoáveis, o ambiente de trabalho seguro e saudável, a proibição da mão de obra infantil e de trabalho forçado, e o respeito aos direitos humanos.²⁷

Finalmente, a dimensão ambiental pressupõe a exigência de a empresa incluir aspectos ambientais em seu meio de produção, de modo a garantir a proteção do planeta. Como exemplos, é possível citar medidas já conhecidas, porém não efetivadas de modo satisfatório, tais como reciclagem, separação de lixo, reutilização da água utilizada em suas atividades, adoção de métodos que diminuam a poluição, dentre outros.

Um enorme entrave para os ambientalistas em relação às empresas diz respeito ao modo de produção industrial, que não se atenta em gerir os desperdícios e os riscos após o consumo, com a responsabilização pelos produtos que põe em circulação no mercado. Isso é resultado do consumismo desenfreado da população, já especificado anteriormente, por meio do qual muitas empresas se aproveitam de estratégias mercadológicas, tais como a da obsolescência programada dos produtos, com o fim de induzir o consumidor a pensar ter necessidade de realizar novas aquisições.

Por fim, é importante ressaltar a necessidade da implementação efetiva da responsabilidade social/ambiental das empresas, que busca ocorrer de forma desobrigada e economicamente viável, de modo a não obstruir o lucro, a fim de enfrentar os desafios acima expostos. Antes, é válido diferenciar a responsabilidade social empresarial da função social da empresa, apresentada em tópico anterior, visto que, conforme dispõe Bezerra:

27 CLARO, Priscila Borin de Oliveira; CLARO, Danny Pimentel. Sustentabilidade estratégica: existe retorno no longo prazo?. *Revista de Administração*, v. 49, n. 2, p. 291-306, São Paulo, 2014, p. 294.

Enquanto a função social empresarial é impreterivelmente vinculada à lei, ou seja, deve executar sua solidariedade para com a população e meio ambiente, observando o que está previsto na legislação, a responsabilidade social empresarial se apresenta de forma desobrigada, desempenhando atividades sociais que transcendem o disposto na esfera legislativa.²⁸

Tal instituto busca, precipuamente, auxiliar na construção de uma sociedade justa e de um meio ambiente saudável, por meio do exercício de atividades complementares aos dispositivos impostos na legislação. Andrade leciona a respeito da responsabilidade social:

Também chamada de cidadania empresarial, bem como responsabilidade social corporativa, está intrinsecamente ligada aos reflexos e impactos da atividade empresarial na sociedade. Entretanto, tal repercussão social reveste-se de ação voluntariamente desempenhada pela corporação, estando além do âmbito do dever legal.²⁹

No entanto, para que a responsabilidade social seja colocada em prática, é necessário que a empresa planeje estratégias, através de uma análise das necessidades sociais, a fim de afastar qualquer tomada de decisão que venha a prejudicar os seus ganhos. Para Bezerra a empresa que adota a responsabilidade social encontra-se numa via de mão dupla, pois, ao mesmo tempo em que confere benefícios à sociedade e ao meio ambiente, conquista vantagens para seu progresso junto ao mercado. Ainda de acordo com a mencionada autora, uma corporação que pratica a responsabilidade social, passando a

28 BEZERRA, Carla Manuella Aragão. *Sustentabilidade, Empresas e Estado: A Atuação das Empresas e do Estado na Preservação de um Meio Ambiente Sadio*. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Christus, Ceará, 2020, p. 52.

29 ANDRADE, op. cit., p. 87.

empreender junto aos problemas coletivos, passa a ser vista com maior credibilidade junto àqueles com quem elas se relacionam, destacando-se no mercado.³⁰

No contexto atual, questões sociais, ambientais e de redução do consumo são discussões cada vez mais presentes. Portanto, é inegável que o consumidor vem mudando suas exigências, guiado pela pretensão de obter o conforto social e a preservação ecológica. De fato, em contraponto à existência de consumidores irresponsáveis, insurgem-se aqueles que estão cada vez mais conscientes com o equilíbrio socioambiental, que atribuem preferência às corporativas regidas pelos ditames do desenvolvimento sustentável dentro da sua linha de produção.

Diante do exposto, conclui-se que, para acompanhar as atuais exigências mercadológicas, muitas empresas aderem à responsabilidade social corporativa e angariam as vantagens de ser uma empresa socialmente responsável, em respeito a todos os pilares anteriormente estudados. Com o enfoque voltado não somente ao lucro, mas também ao comprometimento com os anseios sociais, o meio ambiente e os seus colaboradores, a empresa que arca com as responsabilidades, embora de forma desobrigada, termina por se destacar tanto entre os consumidores como entre os investidores, demonstrando ser mais competitiva e atuante no mercado.

Conclusão.

Com o presente artigo, foi observada a importância de implementar a responsabilidade social ambiental no contexto empresarial, visto que tal atividade está diretamente relacionada aos crescentes impactos ambientais observados desde a Revolução Industrial até a contemporaneidade. Com isso, efeitos ambientais, sociais e econômi-

30 BEZERRA, op. cit., p. 51 e 52.

cos positivos poderão ser alcançados no cumprimento das responsabilidades sociais, assim como da função social da empresa aliada à busca pela sustentabilidade ambiental, de forma a equilibrar os três pilares do *Triple Bottom Line* no ecodesenvolvimento.

Ainda, esse trabalho estuda um tema bastante atual, visto que tratar dos desafios da empresa no século XXI de forma a conciliar a função social empresarial e a responsabilidade social empresarial com a atividade lucrativa nunca esteve tão em voga, como consequência da alta divulgação midiática acerca dos desastres naturais que vêm acontecendo e dos escândalos de corrupção em virtude do exercício irregular da atividade empresarial.

De fato, foi apresentada a evolução histórias das normas e dos pensamentos relacionados à busca pela preservação ambiental e pelo desenvolvimento sustentável, com especial evidência à Constituição Federal de 1988, que tratou de colacionar um capítulo específico relacionado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual possui o status de direito fundamental, bem como atribuiu ao Poder Público a incumbência de efetivar tal direito.

Outrossim, ainda no que tange ao Direito Constitucional, este trouxe à ordem econômica nacional um importante princípio, que é o da defesa ao meio ambiente, o qual deve ser utilizado por meio da técnica interpretativa de ponderação, a fim de contabilizar tal pilar com o princípio da livre concorrência e os demais relacionados à atividade lucrativa. Desse modo, não é necessário sacrificar nenhum dos preceitos tratados em detrimento de outros, visto que o legislador constituinte ressaltou a total simetria entre eles.

Diante de tudo que foi exposto, foi possível constatar que a prática de atitudes éticas, responsáveis e preocupadas com o futuro da humanidade são fatores que sobressaem a empresa no mercado. Isso porque, enquanto antigamente os principais enfoques dos organismos empresariais deveriam ser sobretudo lucro, preço, qualidade do produto e agilidade no serviço, na atualidade há uma evolução

para o desenvolvimento sustentável como um dos pilares que ressaltam a importância de uma empresa frente às demais.

Portanto, esta pesquisa concluiu que as adoções de ações responsáveis socialmente irão ter resultados positivos na qualidade de vida da sociedade que convive ao redor do ambiente empresarial, bem como da sociedade em geral. Ademais, por meio da participação em projetos sociais que tenham como escopo o desenvolvimento humano, demonstrando aptidão para gerir os recursos sociais envolvidos, além da utilização de produtos e de mecanismos que não degradem o meio ambiente e, se possível, até mesmo diminuindo a sua utilização, será possível promover um desenvolvimento empresarial compatível aos anseios atuais.

De fato, considerando a dinâmica da sociedade contemporânea, com um mercado cada vez mais competitivo, com mão de obra mais qualificada, é necessário que as empresas atualizem seus escopos, não priorizando tão somente o lucro, mas visualizando a promoção da sustentabilidade ambiental como uma prioridade, que alçará, como consequência, um desenvolvimento humano saudável.

Diante disso, nessa pesquisa apresentou-se uma teoria formulada por John Elkington em 1997, conhecida por Triple Bottom Line, por meio da qual o autor propôs um estudo aprofundado acerca da sustentabilidade ambiental sob a ótica social e econômica. Através da perspectiva de Elkington, foram traçados como elementos primordiais para se alcançar o desenvolvimento sustentável o crescimento econômico, a proteção ao meio ambiente e a igualdade ou justiça social. Por fim, a empresa que se preocupa em seguir a direção dos tais pilares (o econômico, o ambiental e o social) poderá beneficiar a sociedade, o meio ambiente e a sua própria economia.

Outrossim, é de conhecimento geral que a atividade empresarial tem forte ingerência na sociedade, tanto é que a ordem econômica também possui especial atenção em nossa Constituição Federal, visto que constitui uma forma de gerar rendas e movimentar o mercado econômico, por meio da oferta de empregos e, com isso, devem

sempre visar um desenvolvimento equilibrado. Isso porque o nível de confiança recebido pelos organismos empresarias, bem como a exteriorização de suas condutas aos investidores e consumidores são essenciais para que uma empresa consiga se manter no mercado econômico por mais tempo.

Por tal razão, a finalidade da responsabilidade social de uma empresa deve ser a estruturação de um mundo melhor para as próximas gerações e não apenas uma estratégia para atrair investidores e clientes. É inegável que a busca pela conscientização das empresas e dos consumidores encontra como obstáculos, no capitalismo, a extrema competitividade e a dificuldade em voltar recursos para a preservação ambiental, mas também é possível observar que a busca pela atuação de grupos empresariais que possuem boa reputação e são responsáveis perante o meio ambiente está entre as atuais preferências do mercado econômico.

Finalmente, com a demonstração de evoluções históricas, de anseios internacionais e de exaustivos estudos, é possível compreender que a atividade empresarial no século XXI enfrenta um grande desafio em virtude de o modelo econômico atual ser pautado em alto nível de competitividade, que faz com que as empresas objetivem apenas o lucro. Porém, o que de fato restou comprovado é que essa perspectiva se encontra ultrapassada, pois desenvolvimento social e ambiental tende a ser colocado entre as prioridades das empresas de destaque, as quais devem cumprir suas responsabilidades e funções sociais empresariais, visto que se não forem adaptadas a tais necessidades estarão fadadas a não prosperar.

**INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 158, *CAPUT*, DA
LEI Nº 6.404/1976 A PARTIR DAS DECISÕES DA
CVM NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
SANCIONADORES Nº RJ/2014/6517 E Nº
RJ2016/7190¹**

**INTERPRETATION OF ARTICLE 158 OF LAW NO. 6,404/1976
BASED ON THE DECISIONS ISSUED BY CVM IN
ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS NO. RJ/2014/6517 AND NO.
RJ2016/7190**

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Resumo: O presente artigo tem como objetivo examinar uma possível nova interpretação do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, a respeito da aferição da culpa do administrador de sociedade anônima, a partir de duas decisões recentes da Comissão de Valores Mobiliários. Para este fim, o trabalho buscará expor, de forma breve, as interpretações tradicionais do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, examinar a possível nova interpretação do dispositivo a partir das decisões recentes da Comissão de Valores Mobiliários e discutir os possíveis impactos da nova interpretação sobre a aferição da culpa do administrador.

Palavras-chave: Sociedade Anônima. Administrador. Responsabilidade Civil. Diligência. Culpa.

Abstract: This paper aims to examine a possible new interpretation of article 158 of Law No. 6,404/1976, with respect to the analysis of the manager's guilt, based on two recent decisions of the Brazilian Securities and Exchange Commission. To that end, the paper will address the traditional interpretations of article 158 of Law No.

1 Artigo recebido em 27.03.2021 e aceito em 30.05.2021.

6,404/1976, examine the possible new interpretation of the provision based on the recent decisions of the Brazilian Securities and Exchange Commission and discuss the possible impacts of the new interpretation with respect to the analysis of the manager's guilt.

Keywords: Corporation. Manager. Civil Liability. Diligence. Guilt.

Sumário: Introdução. 1. As interpretações tradicionais do artigo 158, *caput* da Lei nº 6.404/1976. 2. Os incisos do Artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 como hipóteses em que o ato dos administradores é analisado de formas distintas. 3. Impactos da nova interpretação: possíveis critérios para examinar a diligência (e a culpa) do administrador. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo tem como objetivo examinar uma possível nova interpretação do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, a respeito da aferição da culpa do administrador de sociedade anônima, a partir de duas decisões recentes da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"). Para este fim, o trabalho será dividido em 3 (três) partes. A primeira parte buscará expor, de forma breve, as interpretações tradicionais do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976. A segunda parte examinará a possível nova interpretação do dispositivo a partir das decisões recentes da CVM. Por fim, a terceira parte será dedicada à análise dos possíveis impactos da nova interpretação sobre a aferição da culpa do administrador.

Espera-se demonstrar que: (i) segundo a possível nova interpretação do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, os dois incisos do dispositivo exigem demonstração de culpa do administrador (afastando-se qualquer presunção de culpa) e fazem distinção sobre a forma

de análise da diligência do administrador por atos e decisões tomadas em contexto negocial (inciso I) e em contexto não negocial (inciso II); (ii) esta interpretação parte da premissa de que o dever de diligência é o dever fundamental do administrador, que permeia e conforma os demais deveres fiduciários; e (iii) dentro desta nova perspectiva, (iii.a) a diligência do administrador no contexto negocial deve ser analisada a partir da *business judgment rule*, que afasta o exame do mérito do ato ou decisão do administrador, e (iii.b) a diligência no contexto não negocial deve ser analisada com base nas medidas razoáveis e adequadas que o administrador tenha adotado para garantir o cumprimento da lei, sendo possível, neste caso, a análise do mérito do seu ato ou decisão.

1. As interpretações tradicionais do artigo 158, caput da Lei nº 6.404/1976.

A artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 estabelece uma regra geral do direito societário de que o administrador não é responsável pessoalmente por atos regulares de gestão. O dispositivo “deixa claro que o administrador, em regra, não guarda nenhuma responsabilidade pessoal pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, em virtude de ato regular de gestão”.² Ao agir como órgãos da companhia, estabelecendo relações com terceiros, os diretores vinculam a sociedade à vontade manifestada.³

2 CAMPOS, Luiz Antonio Sampaio. Deveres e Responsabilidades. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Org.). *Direito das Companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 873.

3 “Na medida em que ele age como órgão da companhia, no relacionamento com terceiro, estabelece obrigações para a pessoa jurídica, atuando, portanto como seu representante” (EIZIRIK, Nelson. Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 56, p. 47-62, 1984, p. 51).

Ao passo em que determina a regra, o artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 também define a exceção. A segunda parte do dispositivo elenca as hipóteses em que o administrador pode responder pessoalmente pelos seus atos, a saber: (i) se o administrador, embora agindo dentro de suas atribuições, atuar com culpa ou dolo (entendidos como a culpa civil⁴); e (ii) se o administrador praticar atos com violação da lei ou do estatuto.

A diferença entre as hipóteses dos incisos I e II do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 é objeto de discussão na doutrina. Neste debate, há os que consideram que o inciso I cria uma responsabilidade civil com culpa, enquanto o inciso II estabelece hipótese de responsabilidade civil sem culpa ou com culpa presumida, invertendo-se o ônus da prova.⁵ Segundo esta perspectiva, conforme explica Nelson Eizirik, no caso de violação da lei ou do estatuto social, caberia ao administrador demonstrar que, “embora tenha violado a lei ou o estatuto, agiu sem culpa ou dolo”.⁶

José Luiz Bulhões Pedreira, um dos autores do projeto de lei que resultou na Lei nº 6.404/1976, defende a teoria da presunção de culpa no caso de violação da lei ou do estatuto social pelo administrador. Segundo o jurista, a presunção de culpa seria justificada “porque os administradores são profissionais – comerciantes, empresários ou técnicos – e a estrita observância da lei e do estatuto è fundamental para a proteção de todos os interessados na companhia ou na sua atividade”.⁷ A presunção de culpa no caso de violação da lei ou do

4 Ibidem, p. 53.

5 Neste sentido, Nelson Eizirik: “Parece-nos que na hipótese do n. II do art. 158 ocorre uma inversão do ônus da prova, devendo considerar-se que há, portanto, uma presunção da culpa do administrador quando ele infringe a lei ou o estatuto. Com efeito, ao invés da distinção radical entre responsabilidade objetiva e subjetiva, a evolução do direito, na matéria, inclina-se no sentido da aceitação de situações intermediárias, nas quais avultam os mecanismos das presunções e das provas em contrário. Mais prudente, então, é presumir-se a culpa de sua parte, cabendo-lhe, porém, provar a ausência de responsabilidade” (EIZIRIK, loc. cit.).

6 EIZIRIK, loc. cit.

7 BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Responsabilidade civil do diretor de S.A.: ação social e

estatuto foi também defendida por Trajano de Miranda Valverde na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/1940, que tratava da hipótese em seu artigo 121, § 1º, II.⁸

Ainda que não seja o objetivo deste trabalho realizar uma exaustiva pesquisa bibliográfica e doutrinária sobre as interpretações do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, é possível constatar que há adeptos relevantes, dentre os estudiosos do direito societário, da teoria de que o inciso II do mencionado dispositivo prevê uma hipótese de presunção de culpa do administrador (ao contrário do inciso I, que exige a demonstração de culpa pela parte que pretende imputar responsabilidade pessoal ao administrador). No entanto, esta não é a única posição existente.

Pode-se citar, neste contexto, o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho. Segundo o autor, não há distinção prática entre as hipóteses do inciso I e II do artigo 158 da Lei nº 6.404/1976, já que o ato ilícito culposo do administrador invariavelmente caracterizaria violação do estatuto social ou da lei, de modo que não seria cabível a interpretação de que, no caso de violação do estatuto social ou da lei, haveria presunção de culpa.⁹

Marcelo Von Adamek fornece outras duas explicações para a existência das duas hipóteses de responsabilização do administrador elencadas pelo artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976: (i) embora

individual: cabimento e prescrição. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. 2, p. 405.

8 “Dir-se-á que a lei presume, nesses casos, a culpa do diretor pelo que a ele incumbirá provar que a violação da lei ou dos estatutos resultou de circunstâncias especialíssimas, por ele não provocadas ou relativamente às quais não podia ele ter nenhuma influência, ou, ainda, que os prejuízos verificados ocorreriam em qualquer hipótese. É o princípio da inversão da prova, que a lei alemã de 1937, § 84, nº 2, generalizou, mas que o decreto-lei só consignou no caso de prejuízos derivantes de ações ou omissões infringentes da lei ou dos estatutos” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*: comentários ao Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. v. 2, p. 319).

9 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: Direito de Empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 501-502.

possam ser reduzidas a uma regra apenas, os dois dispositivos descrevem formas distintas de caracterização da culpa do administrador; e (ii) sob a mesma epígrafe de responsabilidade dos administradores, a lei buscou tratar de duas situações distintas, nas quais o ato do administrador pode vincular apenas ele ou também a companhia perante terceiros.¹⁰

O autor alinha-se à segunda explicação descrita acima,¹¹ esclarecendo que o artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 evidenciaria as seguintes regras: (i) o administrador não é pessoalmente responsável pelo ato regular de gestão; (ii) o administrador é pessoalmente responsável pelos prejuízos que causar quando descumprir, culposamente, dever legal ou estatutário; (iii) atos praticados pelos administradores dentro de suas atribuições (ainda que com violação de dever legal ou estatutário) obrigam a companhia perante terceiros, ressalvado eventual direito de regresso da companhia contra o administrador; e (iv) em princípio, atos praticados pelo administrador fora de suas atribuições não vinculam a companhia,¹² exceto se o ato for ratificado posteriormente, se a companhia dele se beneficiar ou se a preservação do ato for necessária para preservar o direito de terceiros.¹³

Conforme explicação de Marcelo Von Adamek, há discussão na doutrina sobre a correta alocação de responsabilidade civil perante terceiros entre a companhia e o administrador no caso dos incisos I e II do artigo 158 da Lei nº 6.404/1976, especialmente quando o administrador age com violação da lei ou do estatuto. Ainda que, nestes casos, o terceiro não possa alegar ignorância quanto à limitação estatutária ou legal do administrador, diante da publicidade dos atos das companhias (vide, neste sentido, artigo 1.154, parágrafo único, do

10 ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 219.

11 Ibidem. 225.

12 Ibidem. p. 219.

13 Ibidem. p. 222-223.

Código Civil), a lei tende a proteger o terceiro de boa-fé, reconhecendo que as limitações aos poderes do administrador contidas no estatuto social somente seriam oponíveis a terceiros que tenham – ou devessem ter, em função de sua profissão ou atividade – conhecimento da limitação estatutária.¹⁴

A partir deste breve apanhado, é possível dividir as visões tradicionais a respeito da interpretação do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 em três:

(i) a diferença entre os dois incisos do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 é que, no caso do inciso I, é preciso demonstrar que o administrador agiu com culpa, enquanto no caso do inciso II (violação da lei ou do estatuto social), a culpa do administrador é presumida;

(ii) não há diferença prática entre os dois incisos do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, sendo que ambos os incisos exigem demonstração de culpa do administrador, não havendo hipótese de presunção; e

(iii) os incisos do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 fazem distinção entre uma hipótese em que apenas o administrador é responsabilizado pelo ato irregular de gestão (inciso I) e outra hipótese em que o ato irregular de gestão pode ser imputado ao administrador e à companhia (inciso II).

Além destas três visões tradicionais, no entanto, é possível vislumbrar uma quarta, que pode ser extraída da conjugação do voto do Diretor Presidente Marcelo Barbosa no processo administrativo san-

14 EIZIRIK, Nelson. *Responsabilidade civil e administrativa...* Op. cit. p. 55.

cionador CVM nº RJ2014/6517 (“PAS CVM nº RJ2014/6517”)¹⁵ e do voto do Diretor Gustavo Gonzalez no processo administrativo sancionador CVM nº RJ2016/7190 (“PAS CVM nº RJ2016/7190”),¹⁶ que será abordada na próxima seção.

2. Os incisos do Artigo 158, caput, da Lei nº 6.404/1976 como hipóteses em que o ato dos administradores é analisado de formas distintas.

Atualmente, aceita-se no direito brasileiro a regra da decisão negocial (“*business judgment rule*”), segundo a qual o mérito do ato do administrador não pode ser objeto de questionamento, ainda que tenha causado prejuízo à companhia, desde que seja resultado de decisão negocial, tomada de boa-fé e sem conflito de interesses, dentro da discricionariedade conferida ao administrador pelo estatuto social.¹⁷

A regra foi bem resumida em voto do Diretor Gustavo Tavares Borba no processo administrativo sancionador CVM nº RJ2013/11703:

Assim, em se tratando de decisão negocial tomada pela Administração no âmbito da esfera de discricionariedade conferida pela legislação societária e pelo estatuto social, a *business judgment rule* pressupõe que, observados certos cuidados durante o processo decisório, não caberá

15 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº RJ2014/6517. Relator: Diretor Henrique Balduino Machado Moreira. Data de julgamento: 25 jun. 2019.

16 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 2016/7190. Relator: Diretor Gustavo Gonzalez. Data de julgamento: 09 jul. 2019.

17 COUTO SILVA, Alexandre. *Responsabilidade dos administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 195; BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de Companhias e a Business Judgment Rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 129.

ao julgador substituir-se aos administradores para avaliar a adequação e o mérito da decisão tomada. [...] Ao se aplicar a *business judgment rule*, restringe-se a esfera de atuação do julgador, a quem caberá analisar tão somente se o comportamento do administrador ao longo do processo decisório demonstra que ele atuou de maneira informada, refletida e desinteressada, ainda que, posteriormente, considerando os resultados obtidos, venha a se verificar que a decisão tomada não foi a mais benéfica para a companhia.¹⁸

Segundo a *business judgment rule*, portanto, o mérito da decisão negocial do administrador não pode ser analisado pelo julgador, que deve se ater à forma pela qual a decisão foi tomada. Se o administrador tomou a decisão sem se informar adequadamente, torna-se possível a sua responsabilização pessoal. Se o administrador procurou se informar adequadamente antes de tomar a decisão, afasta-se a sua responsabilidade pessoal, ainda que a decisão tenha sido ruim. Em ambos os casos, no entanto, não se analisa o mérito da decisão do administrador (isto é, se a decisão foi ruim ou boa para a companhia).

Pode-se afirmar que a essência da *business judgment rule* está associada à ideia de que, em um contexto negocial, a obrigação do administrador é de meio, e não de resultado. Nas obrigações de meio, o devedor compromete-se apenas a empregar os seus melhores esforços para alcançar determinado fim, sem se obrigar a obtê-lo, enquanto nas obrigações de resultado, o devedor compromete-se a alcançar o fim pretendido.¹⁹ Ao tomar decisões negociais, o administrador compromete-se a empregar seus melhores esforços para gerar o

18 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº RJ2013/11703. Relator: Diretor Gustavo Tavares Borba. Data de julgamento: 31 jul. 2018.

19 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil – Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 164.

maior valor possível à companhia e seus acionistas, mas evidentemente sem garantir este resultado, já que a possibilidade de fracasso é inerente ao risco empresarial.

É preciso reconhecer, no entanto, que nem todas as decisões do administrador são tomadas em contexto negocial. Algumas decisões são tomadas em contexto normativo, de cumprimento de deveres legais impostos à companhia ou ao próprio administrador. Por exemplo, ao decidir sobre como cumprir leis ambientais, tributárias, regulatórias etc., o administrador não toma decisão negocial, mas sim normativa. Nestes casos, seria a obrigação do administrador de meio (melhores esforços para cumprir as leis e normas) ou de resultado (efetivo cumprimento das leis e normas)? Além disso, caso se considere que a obrigação do administrador no cumprimento das leis e normas é de resultado, seria possível aplicar a *business judgment rule* para afastar responsabilidade do administrador no caso de sua eventual falha?

Estas foram as questões dirimidas no PAS CVM nº RJ2014/6517 e no PAS CVM nº RJ2016/7190.

O PAS CVM nº RJ2014/6517 nasceu a partir de acusação formulada pela Superintendência de Relações com Empresas (SEP) contra diversos administradores da OGX Petróleo e Gás Participações S.A. em função da divulgação de informações com conteúdo excessivamente otimista. A acusação girava em torno da divulgação de fatos relevantes sobre as perspectivas econômicas e financeiras de companhia do setor de petróleo e gás quando sua administração já tinha conhecimento do baixo potencial econômico de seus principais campos de petróleo.

No caso, a área técnica da autarquia identificou diversos fatos relevantes sobre as perspectivas econômicas de poços de petróleo que eram acompanhados de avaliações alegadamente prematuras e sem fundamento, com a utilização de expressões como “altamente promissoras”, “grande potencial”, “expressiva frente de novas possibilidades”, “importantíssimo potencial petrolífero”, dentre outras se-

melhantes.²⁰ Os fatos relevantes teriam sido divulgados durante o ano de 2009, quando não havia dados suficientes para atestar o potencial comercial dos poços. Ao longo de 2011 e 2012, a companhia teve acesso a dados que demonstravam baixo potencial comercial dos seus ativos e, por meio de estudos conduzidos por um grupo de trabalho, concluiu-se pela inviabilidade econômica da exploração dos campos de petróleo.²¹

Muito embora os administradores já soubessem, em 2012, que os campos de petróleo possuíam baixo potencial comercial, a companhia divulgou, em março de 2013, fato relevante comunicando a entrega de declaração de comercialidade referente a alguns de seus ativos, sem, no entanto, alertar o mercado sobre os problemas que a sua exploração econômica acarretaria.²² Apenas em julho de 2013 a com-

20 Vide o parágrafo 7 do voto do relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517: “Ainda sobre as publicações, a SEP destacou que em 38 dos fatos relevantes Paulo Mendonça fez comentários pessoais a respeito das descobertas, frisando os seguintes trechos (fls. 2.162 a 2.165): a) em 07.10.2009: ‘OGX-1 representa o começo de uma campanha exploratória altamente promissora’; b) em 30.11.2009: ‘a identificação de uma expressiva coluna com hidrocarbonetos em reservatórios de alta qualidade na seção do Albiano superou nossas expectativas’; c) em 05.03.2010: ‘a província recentemente descoberta se estende também até o norte do bloco BM-C-41, ratificando o seu importantíssimo potencial petrolífero’; d) em 12.04.2010: ‘[o poço] vem confirmar o grande potencial desta bacia em diversas idades geológicas, abrindo, portanto, uma expressiva frente de novas possibilidades para estes reservatórios’; e) em 11.08.2010: ‘o que sinaliza para uma coluna potencialmente superior à já encontrada neste bloco. Esse resultado reforça a atratividade desta região mais ao norte da bacia de Campos, que pode representar uma nova província de grande importância para a nossa Companhia”.

21 Vide parágrafos 9 a 13 do voto relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517.

22 Vide parágrafo 17 do voto relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517: “Em 13.03.2013, a OGX divulgou fato relevante no qual informou que submeteu à ANP a declaração de comercialidade das acumulações Pipeline, Fuji e Ilimani, tendo informado uma estimativa de volume in situ total de 521 mmboe (P90), 823 mmboe (P50) e 1339 mmboe (P10). Com relação ao conteúdo desse comunicado, a área técnica concluiu que os administradores teriam induzido a erro os investidores ao publicar fato relevante que informava a entrega à ANP da declaração de viabilidade dos Campos sem alertar que a viabilidade ainda era objeto de grandes incertezas, conduta que violaria os deveres de cuidado e diligência estabelecidos na lei societária”.

panhia informou ao mercado, por meio de fato relevante, que não possuía tecnologia capaz de tornar economicamente viáveis os seus campos.²³

Em sua acusação, a área técnica enquadrou a conduta dos administradores como manipulação de preços, nos termos dos itens I e II, “b”, da Instrução CVM nº 08/1979,²⁴ no caso de determinados administradores que alienaram ações no mercado logo após as divulgações,²⁵ enquanto a divulgação de fato relevante com informações imprecisas sem a demonstração de vantagem específica auferida pelos administradores foi considerada como violação do dever de diligência na divulgação de informações ao mercado, nos termos do artigo 153, da Lei nº 6.404/1976 (dever de diligência), combinado com o artigo 14 da Instrução CVM nº 480/2009.²⁶ Em outras palavras, a área técnica da CVM entendeu que a divulgação imprecisa poderia ser enquadrada em 2 (duas) infrações distintas, a depender da culpa do administrador: (i) no caso de ato doloso, haveria manipulação de preços por meio de divulgações imprecisas ao mercado; e (ii) no caso de ato culposo, haveria violação do dever de diligência pela divulgação de informações imprecisas ao mercado.

23 Vide parágrafos 18 e 19 do voto relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517.

24 Confira-se a redação dos dispositivos: “I - É vedada aos administradores e acionistas de companhias abertas, aos intermediários e aos demais participantes do mercado de valores mobiliários, a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a manipulação de preço, a realização de operações fraudulentas e o uso de práticas não equitativas. II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como: [...] b) manipulação de preços no mercado de valores mobiliários, a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo, terceiros à sua compra e venda”.

25 Conforme parágrafo 56 do voto relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517.

26 Como já abordado no Capítulo 1 acima, o artigo 14 da Instrução CVM nº 480/2009 impõe ao emissor a obrigação de divulgar “informações verdadeiras, completas, consistentes e que não induzam o investidor a erro”.

Com relação à infração do dever de diligência, que mais importa para o presente artigo, a análise da CVM concentrou-se no conteúdo do fato relevante divulgado em março de 2013, quando a companhia informou ao mercado que havia apresentado declaração de comercialidade referente a seus ativos, sem, no entanto, alertar sobre o seu baixo potencial econômico. A esse respeito, a CVM entendeu, nos termos do voto do relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira, que a acusação tinha razão “ao afirmar que a simples leitura desta afirmação contida no aviso de fato relevante induziu o investidor a acreditar que a viabilidade econômica dos Campos estava mais próxima de se concretizar do que o contrário”.²⁷

Enquanto os Diretores Gustavo Machado Gonzalez e Flávia Sant’Anna Perlingeiro concordaram com a configuração de violação do dever de diligência, o Diretor Presidente Marcelo Barbosa proferiu voto dissidente, discordando do enquadramento da conduta como violação do dever diligência, embora tenha reconhecido que a informação divulgada pela companhia havia sido imprecisa em função de incertezas com relação aos fatos que poderiam influenciar a decisão de investidores.²⁸

Em seu voto, o Diretor Presidente Marcelo Barbosa asseverou que o diretor da companhia não possui margem de discricionariedade no cumprimento da lei, “não podendo o administrador alegar que uma decisão informada e refletida tomada com base em permissivo legal genérico o levou a concluir pela violação de comando específico que estava obrigado a cumprir”.²⁹

27 Parágrafo 116 do voto do relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517.

28 Assim, “na data da publicação do Fato Relevante, havia informações que, embora inconclusivas, tinham o potencial de influir de modo ponderável na decisão dos investidores de negociar as ações da Companhia” (parágrafo 3 da manifestação de voto do Diretor Presidente Marcelo Barbosa no Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/6517).

29 Item 11 do voto proferido pelo Diretor Presidente Marcelo Barbosa no PAS CVM nº RJ2014/6517.

Em outras palavras, segundo o Diretor Presidente Marcelo Barbosa, o administrador não poderia usar os pressupostos da *business judgment rule* para afastar sua responsabilidade pelo descumprimento de obrigação de resultado (comando específico) que deveria cumprir. Este entendimento fica ainda mais claro no seguinte trecho do voto:

Tipicamente, a diligência de determinada conduta é examinada sob o aspecto negocial ou fiscalizatório. O primeiro refere-se às decisões tipicamente negociais em face das quais impõe-se o teste da *business judgment rule*. O segundo abarca dimensão voltada à supervisão das mais variadas atividades da companhia, no âmbito da qual a diligência é aferida a partir da verificação da razoabilidade e adequação dos esforços despendidos pelo administrador no desempenho de sua função.³⁰

No caso de decisões não negociais tomadas pelo administrador, a sua diligência (e, por consequência, culpa) não seria associada à forma como a decisão foi tomada, mas sim à verificação da razoabilidade e esforços despendidos pelo administrador para o cumprimento da lei ou do estatuto.

O segundo caso (PAS CVM nº RJ2016/7190) tratou de acusação formulada pela Superintendência de Relações com Empresas contra Ricardo Furquim Werneck Guimarães, diretor de relações com investidores da MMX Mineração e Metálicos S.A. Segundo a acusação, o diretor deixou de divulgar tempestivamente ao mercado o teor de decisão arbitral envolvendo uma controlada da companhia, que seria fato relevante. Com base no entendimento de que a atribuição de relevância a uma informação, para fins de sua divulgação ao mercado,

30 Item 26 do voto proferido pelo Diretor Presidente Marcelo Barbosa no PAS CVM nº RJ2014/6517.

envolve juízo complexo e altamente subjetivo, e reconhecendo que o diretor havia tomado a decisão de não divulgar a informação com base em uma série de fundamentos, a CVM decidiu, por unanimidade, absolver o diretor, embora tenha considerado que ele errou ao não promover a divulgação ao mercado.

Ainda que tenha decidido pela absolvição do acusado, o relator do caso, Diretor Gustavo Gonzalez, esclareceu que “[q]uestões diretamente relacionadas à observância de obrigações fixadas em lei, regulamento ou estatuto não são decisões negociais” e, portanto, não há, nestas hipóteses, qualquer margem de discricionariedade para o diretor decidir pelo cumprimento das obrigações legais. Ao tomar decisões sobre o cumprimento de deveres legais, o diretor não poderia “alegar que uma decisão informada, refletida e desinteressada o levou a concluir pela violação do comando que estava obrigado a cumprir”, sendo que, neste caso, “a análise da CVM não pode se restringir aos aspectos procedimentais”.³¹

Trata-se, em essência, de posicionamento semelhante ao adotado pelo Diretor Presidente Marcelo Barbosa em seu voto no PAS CVM nº RJ2014/6517: no caso de decisões não negociais, não há discricionariedade para o administrador decidir se cumpre ou não a lei. Neste caso, o mérito da decisão do administrador pode ser analisado, não sendo necessário que a CVM se restrinja ao exame da forma como a decisão foi tomada.

Pela conjugação dos entendimentos manifestados pelo Diretor Presidente Marcelo Barbosa no PAS CVM nº RJ2014/6517 e pelo Diretor Gustavo Gonzalez no PAS CVM nº RJ2016/7190, pode-se formular as seguintes regras:

- (i) caso o administrador tenha causado dano a outrem por conduta culposa em um contexto negocial (dentro de suas atribuições), com possível

31 Item 16 do voto proferido pelo Diretor Gustavo Gonzalez no PAS CVM nº RJ2016/7190.

violação do seu dever de diligência, não se deve analisar o mérito do seu ato, mas apenas o procedimento pelo qual ele foi adotado (hipótese do artigo 158, I, da Lei nº 6.404/1976); e

(ii) caso o administrador tenha causado dano a outrem por conduta culposa em um contexto não negocial, tendo deixado de observar obrigação legal que deveria cumprir, é permitido analisar o mérito do seu ato, pois o administrador não possui margem de discricionariedade para decidir sobre o cumprimento da lei (hipótese do artigo 158, II, da Lei nº 6.404/1976).

A diferença entre os dois incisos do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, desse modo, diria respeito apenas ao critério de revisão do ato do administrador e, conseqüentemente, de sua culpa.

No caso de decisão negocial, em que o administrador atue dentro das suas atribuições, somente seria possível analisar o procedimento pelo qual o administrador tomou a sua decisão (isto é, se a tomou de forma informada ou não), não sendo possível analisar o mérito da decisão (isto é, se ela foi certa ou errada, boa ou ruim). A obrigação, neste caso, é de meio, bastando que o administrador demonstre ter adotado os seus melhores esforços (isto é, ter agido de forma racional e informada, sem conflito de interesses) para que afaste a sua responsabilização pessoal.

No caso de decisão não negocial, em que se esteja discutindo o cumprimento da lei ou do estatuto social, a análise da culpa do administrador pode se debruçar sobre o mérito da decisão tomada, já que o administrador não teria margem de discricionariedade para decidir sobre o cumprimento da lei. A obrigação, neste caso, é de resultado, sendo necessário que o administrador demonstre ter adotado todas as medidas razoáveis e adequadas para assegurar o cumprimento da lei, de modo a afastar a sua responsabilização pessoal.

Como nota final, deve-se ressaltar que a visão acima exposta parte do pressuposto de que o dever de diligência constitui o dever fundamental dos administradores, conformando todos os demais deveres fiduciários, como, aliás, demonstrou Flávia Parente em dissertação sobre o tema.³² Ao fim e ao cabo, independentemente do ato de gestão que se analisa, a lente pela qual a conduta do administrador será examinada será a do dever de diligência, seja ela a diligência na tomada da melhor decisão negocial ou a diligência na tomada da melhor decisão sobre a forma mais adequada de se cumprir a lei ou o estatuto social.

3. Impactos da nova interpretação: possíveis critérios para examinar a diligência (e a culpa) do administrador.

A consequência imediata da possível nova interpretação do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976 é a necessidade de um critério para a análise da diligência do administrador por decisões e atos adotados em um contexto não negocial (já que, no contexto negocial, aplica-se a *business judgment rule*).

O critério mais adequado parece ser aquele que associa a diligência do administrador: (i) ao dever de assegurar a existência e efetividade de mecanismos internos de controle na companhia voltados ao cumprimento da lei; e (ii) ao dever de reagir a alertas (“*red flags*”) que eventualmente receber por meio destes mecanismos internos de controle sobre possíveis irregularidades ocorridas nas operações sob sua supervisão (isto é, dentro do escopo de suas atribuições).

A questão dos mecanismos internos das companhias e sua relação com os deveres fiduciários de administradores foi objeto de im-

32 “Verificou-se, ainda, que o dever de diligência pode se considerado o dever fundamental dos administradores, constituindo um princípio geral, na medida em que atua como meio de integração, interpretação, delimitação e fundamentação dos demais deveres que lhes são impostos” (PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 248).

portantes decisões no direito norte-americano. No caso Caremark,³³ o Tribunal de Delaware julgou demanda em que se discutia a responsabilidade de membros do conselho de administração no âmbito da companhia Caremark International, Inc., em função de infrações recorrentes cometidas pela companhia. Tais infrações referiam-se à prática de realizar pagamentos a médicos que recomendassem aos seus pacientes produtos e tratamentos comercializados pela Caremark, visto que estes pagamentos seriam potencialmente ilícitos nos termos da Lei Contra Pagamento de Comissões (“*Anti-Referral Payments Law*”). Embora a companhia possuísse políticas para evitar pagamentos irregulares, comissões foram pagas a médicos por vários anos, até que, em 1994, a companhia e dois de seus diretores foram condenados por violações da Lei Contra Pagamento de Comissões. Como consequência desta condenação, acionistas ajuizaram, em nome da companhia, ação de responsabilidade contra os membros do conselho de administração (“*derivative suit*”). Não obstante o caso tenha terminado em acordo, o Tribunal de Delaware entendeu adequado proferir sentença para fornecer critérios sobre a responsabilidade de membros do conselho de administração na hipótese de infrações recorrentes cometidas no âmbito da companhia.

A decisão sugere que as ações de responsabilização de membros do conselho de administração podem ser divididas em dois grandes grupos. No primeiro grupo estariam as ações referentes a falhas dos administradores na tomada de decisão. Nestes casos, a responsabilidade do membro do conselho de administração poderia decorrer de dois fundamentos: (i) decisões tomadas pelo administrador com base em assessoramento deficiente ou com negligência; e (ii) prejuízos que, caso o administrador tivesse agido com cuidado, poderiam ter sido evitados. Nestas situações, a responsabilidade do membro do conselho de administração seria afastada se fosse demonstrado que agiu de boa-fé e de acordo com um procedimento racional de tomada de decisão. No segundo grupo estariam as ações que impu-

33 In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

tam ao membro do conselho de administração comportamento omisivo na supervisão de operações realizadas no âmbito da companhia. A respeito deste grupo de ações, o Tribunal decidiu que o critério não deveria ser que o membro do conselho de administração somente teria responsabilidade caso não respondesse aos alertas que chegassem ao seu conhecimento. Além de reagir a possíveis sinais de alerta, o administrador teria o dever de buscar assegurar, de boa-fé, a existência de um sistema de informações e reportes dentro da organização empresarial, e que o descumprimento deste dever poderia ensejar a sua responsabilidade.

A decisão do caso criou o que se convencionou chamar de “responsabilidade Caremark” (“*Caremark liability*”), associada ao dever dos administradores (especificamente dos membros do conselho de administração) de garantir que a companhia tenha mecanismos internos para mitigar o risco de atos ilícitos no âmbito da organização empresarial. A responsabilidade Caremark, segundo Stephen Bainbridge, seria fundada, essencialmente, em dois deveres: (i) de assegurar que a companhia tenha sistemas razoáveis de informação e reporte interno; e (ii) de responder a alertas (“*red flags*”) que tais sistemas forneçam.³⁴

Embora a tarefa de revisar todos os casos relevantes da jurisprudência norte-americana em que a “responsabilidade Caremark” tenha sido empregada esteja fora do escopo do presente artigo, Stephen Bainbridge fornece um bom exemplo de demanda em que o critério foi utilizado³⁵ e que convém, para fins ilustrativos, relatar brevemente, especialmente para delimitar o alcance desta responsabilidade. Trata-se do caso “Citigroup”,³⁶ em que acionistas ajuizaram ação de indenização contra membros do conselho de administração, em

34 BRAINBRIDGE, Stephen M. *Caremark and enterprise risk management*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1364500>>. Acesso em: 21 mar. 2021. p. 24.

35 Ibidem. p. 15-20.

36 In Re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).

nome da companhia (por meio de uma ação derivada, ou “*derivative suit*”), pelo fato terem permitido o aumento de exposição financeira a dívidas lastreadas em crédito imobiliário (*collateralized debt obligations*, ou “*CDOs*”), gerando relevante prejuízo durante a crise de 2008. Segundo os acionistas, os membros do conselho de administração teriam violado o seu dever de diligência ao não assegurar que a companhia teria mecanismos para impedir a assunção excessiva de riscos.

Na decisão do caso, o Tribunal de Delaware traçou uma distinção entre o caso Caremark e o caso Citigroup. Enquanto no primeiro discutiu-se a falha dos mecanismos internos da companhia para garantir o cumprimento da lei, no segundo, a alegação seria de que os mecanismos internos não eram adequados para mitigar a assunção excessiva de riscos financeiros. Em função disso, o Tribunal decidiu que não seria adequado aplicar a “responsabilidade Caremark” aos membros do conselho de administração do Citigroup, pois consideraram que a decisão de assumir riscos financeiros excessivos teve caráter negocial, portanto, protegida pela *business judgment rule*.

Assim como nos PAS CVM nº RJ2014/6517 e CVM nº RJ2016/7190, portanto, nos casos Caremark e Citigroup, o Tribunal de Delaware buscou distinguir os casos em que a diligência do administrador seria analisada em um contexto negocial, hipótese na qual seria possível aplicar a *business judgment rule*, e casos em que a diligência do administrador seria analisada em um contexto não negocial, referente ao cumprimento de obrigação legal, caso em que se aplicaria a responsabilidade Caremark.

No Brasil, seguindo a tendência norte-americana, a efetividade dos mecanismos internos da companhia tem sido objeto de discussão em casos relacionados à conduta de administradores. Como noticiam Paulo Vieira e Lucas Hermeto, os recentes escândalos empresariais ocorridos no Brasil (associados a denúncias de corrupção envolvendo empresários, como nos casos do “*Mensalão*” e do “*Petro-lão*”) e também em outros países, inclusive nos Estados Unidos (asso-

ciados a crises do mercado, como a de 2008) geraram, por um lado, a percepção de que era necessária a implementação de sistemas mais robustos de controle no âmbito das sociedades empresárias e, de outro lado, a proliferação de denúncias genéricas contra administradores, sem individualização de sua conduta ou fundamentação adequada para a sua responsabilização solidária.³⁷ Segundo os autores, o modelo de aferição da responsabilidade de administradores deveria incorporar um novo fator, que seria “a existência e a adequação dos sistemas de controle de riscos, cuja manutenção atualmente se entende como um dos deveres da administração”.³⁸ Neste cenário, o administrador deveria ser responsável não só no caso de ter ignorado alertas sobre irregularidades (“*red flags*”), mas também por não ter se certificado sobre a existência de mecanismos internos capazes de detectar irregularidades dentro da sua esfera de atuação.³⁹ Como exemplo da aplicação deste novo modelo, os autores citam⁴⁰ o PAS CVM nº 18/08.⁴¹

No referido caso, a CVM examinou acusação da Superintendência de Relações com Empresas (SEP) contra membros do conselho de administração e diretores da Sadia S.A. por descumprimento de dever de diligência, em função de perdas milionárias sofridas pela companhia como consequência de operações de câmbio (*bedge*) supostamente praticadas em desconformidade com políticas internas. Em suas defesas, os membros do conselho de administração alega-

37 VIEIRA, Paulo; HERMETO, Lucas. Um mapa para responsabilização de administradores de sociedades em casos de falha no monitoramento de riscos: a doutrina do “Red Flag” e o papel dos sistemas de controle. In: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo Rocha; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus Freitas (Coord.). *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas: homenagem a Nelson Eizirik*. São Paulo, Quartier Latin, 2020. v. II, p. 207-212.

38 *Ibidem*, p. 207.

39 *Ibidem*, p. 214-218.

40 VIEIRA; HERMETO, loc. cit.

41 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 18/08. Relator: Diretor Alessandro Broedel Lopes. Data de Julgamento: 14 dez. 2010.

ram que não receberam alertas (“*red flags*”) sobre as operações cambiais e, portanto, não teriam tido condições de impedir a sua realização.

De acordo com a CVM (por maioria de seu Colegiado), no entanto, o desconhecimento de alertas não seria suficiente para afastar a responsabilidade dos membros do conselho de administração se não houvesse demonstração de que os administradores buscaram se certificar de que os mecanismos internos de controle seriam adequados para detectar possíveis irregularidades. Como afirmado pelo relator do caso, “[c]ai por terra, sob essa ótica, a alegada ausência de *red flags*, que permitissem que o CA tivesse ciência do risco que as operações apresentavam à companhia”, pois os membros do conselho de administração “deveriam ter se informado sobre o fluxo dos seus sistemas de controle. Perceberiam, com isso, que os *red flags*, mesmo quando disparados, não chegariam ao seu conhecimento – como, de fato, ocorreu”.⁴² Com base neste argumento, a CVM, por maioria, condenou os membros do conselho de administração ao pagamento de multa pecuniária no valor individual de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Outros julgados da CVM também abordaram a questão dos controles internos, mas não é necessário, para o escopo deste trabalho, analisá-los individualmente, em detalhes. Uma síntese destes casos pode ser encontrada em trabalho de Rachel Sztajn e Andrea F. Andrezo.⁴³ Para os fins deste trabalho, basta a constatação de que já há, na jurisprudência e na doutrina societária nacional, alguns critérios que podem servir de guia para uma nova perspectiva de análise da diligência do administrador por decisões tomadas em um contexto

42 Vide item 47 do voto do Relator Diretor Alessandro Broedel Lopes no processo administrativo sancionador CVM nº 18/08.

43 SZTAJN, Rachel; ANDREZO, Andrea F. Compliance e controles internos: Brasil vs. EUA. In: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo Rocha; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus Freitas (Coord.). *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas: homenagem a Nelson Eizirik*. São Paulo, Quartier Latin, 2020. v. II, p. 236-238.

não negocial, em que se discuta a sua responsabilidade por violação da lei ou do estatuto.

O já citado trabalho de Paulo Vieira e Lucas Hermeto sugere a adoção de um “mapa” para guiar a análise dos administradores, com base no voto proferido pelo Diretor Presidente Marcelo Barbosa no PAS CVM nº RJ2014/6517 (analisado acima), que compreende três etapas: (i) definição das competências legais e estatutárias do administrador, para verificar se ele tinha a obrigação de conduzir diretamente determinado assunto ou praticar certo ato; (ii) aferição do grau de tecnicidade da matéria, de modo a verificar se o administrador poderia (ou deveria) se apoiar na opinião de especialistas (*reliance defense*); e (iii) análise da existência de sinais de alerta (“*red flags*”) que demandasse do administrador uma atenção maior a assuntos ou atos específicos.

Com base em todo o exposto até aqui, propõe-se que a análise da conduta do administrador seja guiada pelos seguintes critérios:

| | Decisão/ato negocial (artigo 158, caput, I, da Lei nº 6.404/176) | Decisão/ato não negocial (artigo 158, caput, II, da Lei nº 6.404/176) |
|---|--|--|
| Conteúdo do dever de diligência: | Obrigação de tomar decisão informada. Obrigação de se especializar para a função. | Obrigação de monitorar as atividades da companhia dirigidas ou fiscalizadas pelo diretor e assegurar a existência e efetividade de mecanismos de controle. Tomar adequado conhecimento dos fatos quando alertado pelas circunstâncias que exijam sua atenção. |
| Possíveis defesas no caso de alegado descumprimento do dever de diligência: | <i>Business judgment rule</i> Administrador se pautou na opinião de especialistas (<i>reliance defense</i>) | Ausência de <i>red flags</i> Existência de mecanismos internos efetivos, ainda que tenham falhado pontualmente. |

Conclusão.

Conforme visto ao longo deste trabalho, decisões recentes da CVM podem fornecer uma nova interpretação do artigo 158, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, que se baseia na seguinte regra: a culpa do administrador deve ser provada, não presumida, mas a forma de sua análise depende do contexto em que o ato foi praticado ou a decisão foi tomada. Se o administrador toma decisão em um contexto negocial (dentro de suas atribuições, conforme artigo 158, *caput*, inciso I, da Lei nº 6.404/1976), a sua culpa deve ser aferida com base no procedimento pelo qual a decisão foi tomada, afastando-se a possibilidade de análise do mérito deste ato, em função da aplicação da *business judgment rule*. Se o administrador toma decisão fora do contexto negocial, isto é, em um contexto de cumprimento da lei ou do estatuto social (artigo 158, *caput*, inciso II, da Lei nº 6.404/1976), afasta-se a *business judgment rule* e permite-se analisar o mérito da decisão tomada, já que o administrador não possui discricionariedade para decidir sobre o cumprimento da norma legal ou estatutária. Nestes casos, a diligência (e, por consequência, a culpa) do administrador deverá ser aferida a partir: (i) dos esforços razoáveis e adequados empregados pelo administrador para o cumprimento da lei ou do estatuto social; (ii) da existência de mecanismos internos na companhia para a detecção de possíveis irregularidades; e (iii) da reação do administrador a possíveis sinais de alerta (“*red flags*”) *que estes mecanismos internos tenham fornecido*.

O CONTRATO DE CONTRAGARANTIA: O DESCOMPASSO ENTRE SUA CONCEITUAÇÃO TEÓRICA E APLICAÇÃO PRÁTICA NAS OPERAÇÕES DE SEGURO GARANTIA¹

COLLATERAL AGREEMENT: MAIN DIFFERENCES BETWEEN THEORETICAL CONCEPT AND PRACTICAL APPLICATION IN SURETY BONDS

Mariana Cavalcanti Jardim

Resumo: O escasso tratamento do contrato de contragarantia pela doutrina nacional e sua larga utilização nas contratações de seguro garantia no país, aliados à falta de conhecimento técnico do ecossistema securitário em geral pelos aplicadores do direito, geraram um descompasso entre a finalidade das partes na escolha de tal instrumento e a sua adequação prática ao alcance de tais fins. Fruto de pesquisa legislativa, bibliográfica e documental, o trabalho objetiva lançar luz sobre o contrato de contragarantia, contextualizando o ambiente operacional e legal/regulatório em que está inserido, suas principais características e cláusulas, aprofundando-se em sua natureza jurídica e nas discussões envolvendo sua exequibilidade, para, então, alcançar conclusão sobre a problemática colocada.

Palavras-chave: Contrato de contragarantia. Seguro. Seguro garantia.

Abstract: The scarce treatment of the collateral agreement by national doctrine and its widespread use in surety bonds in the country, coupled with the lack of technical knowledge of the insurance ecosystem by law enforcers, created a mismatch between the parties' purpose in choosing such instrument and its practical suitability for

¹ Artigo recebido em 29.01.2021 e aceito em 28.06.2021.

achieving such purposes. As a result of legislative, bibliographic, and documentary research, the article aims to shed light on the collateral agreement by contextualizing the operational and legal/regulatory environment, reviewing its main characteristics and clauses, dissecting its legal nature and the discussions involving its feasibility, to then conclude the problem raised.

Keywords: Collateral agreement. Insurance. Surety bonds.

Sumário: Introdução. 1. Breves apontamentos sobre o seguro garantia. 2. O contrato de contragarantia. 2.1. Características. 2.1.1. Atipicidade. 2.1.2. Não obrigatoriedade. 2.1.3 Não acessoriedade. 2.2. Principais Cláusulas. 2.2.1. Sub-rogação. 2.2.2. Prestação de garantia por fiadores. 2.2.3. Colateralização. 2.2.4. Vigência. 2.3. Natureza jurídica. 2.4. Adequação prática. Conclusão.

Introdução.

O instituto do seguro é parte da civilização há muito mais tempo do que talvez se tenha consciência. Pode-se arriscar a afirmar a existência de sua semente desde que o mundo é mundo, ou pelo menos, desde que as pessoas passaram a viver em comunidade e perceberam que, face aos perigos que se apresentam no dia a dia, poderia haver benefícios em sair do seu isolamento (“nenhum homem é uma ilha”)² e buscar uma alternativa de ajuda mútua para evitar se expor sobremaneira aos reveses da existência. Não obstante, o mundo dos seguros ainda causa estranhamento à grande parte dos aplicadores do direito.

Conhecer a cultura securitária, nacional e internacional, e a legislação e regulamentação em que o instituto está embebido não se

2 A conhecida frase é acreditada ao filósofo Thomas Morus.

mostra ocupação frívola. De fato, compreender a influência das condições externas no mercado de seguros é tarefa árdua, face à complexidade na interação entre história, regulação e forças de mercado. É, porém, exercício imprescindível a quem se infiltra na seara do direito securitário, sob pena de a falta de apuro técnico desvirtuar e enfraquecer o instituto, reduzindo-lhe utilidade prática.

O presente estudo busca lançar luz sobre figura pouco estudada na doutrina nacional, mas de grande aplicação nas operações envolvendo o seguro garantia, o contrato de contragarantia, de modo a suscitar discussão sobre o descompasso gerado entre a finalidade da eleição de tal instrumento contratual e a sua adequação prática ao alcance de tais fins. Almeja-se possibilitar o entendimento do contrato de contragarantia à luz das operações securitárias e interferir na realidade estudada, na certeza de este configurar processo permanentemente inacabado que reclama constante expansão e aprimoramento por novas contribuições acadêmicas.³

Para tanto, parte-se da contextualização do ambiente operacional e legal/regulatório em que o contrato de contragarantia está inserido, quais suas principais características e cláusulas para, então, cogitar sua possível natureza jurídica e abordar a repercussão prática das discussões envolvendo sua exequibilidade.

1. Breves apontamentos sobre o seguro garantia.

O primeiro registro escrito do oferecimento de garantia de que se tem conhecimento remete à tabuinha da biblioteca de Sargão I, rei de Acad e Suméria, na Mesopotâmia.⁴ Contudo, foi na Roma

3 FONSECA, João José Saraiva da. Metodologia da pesquisa científica. Ceará: Universidade Estadual do Ceará, 2002. Disponível em: <http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/1SF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

4 Tal registro data de aproximadamente 2750 a.C. e consistia em um acordo entre dois fazendeiros: um convocado para o exército do rei e o outro que se comprometia a cultivar devida-

antiga que se lançaram as bases do seguro-garantia,⁵ calcadas no instituto da fiança, para, apenas no século XIX, em meio à Revolução Industrial, o seguro garantia despontar no exterior de forma independente e dissociada da fiança.

No Brasil, o seguro garantia somente ganhou espaço⁶ durante o “milagre econômico”,⁷ face ao crescimento do volume de obras públicas, que demandava das empresas capital de giro e crédito, recursos estes que não eram tão comprometidos quando eleita essa modalidade de seguro.⁸

O seguro garantia⁹ “tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurador”.¹⁰ Isso significa que a seguradora compromete-se a garantir o se-

mente as terras daquele e lhe devolver o valor referente à metade do cultivo; cuja obrigação era garantida por um comerciante da cidade de Acad (GALLAGHER, Edward Graham. *The law of suretyship*. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2000. p. 4).

5 A lei romana (aprox. 150 a.C.) possuía um sistema de garantias complexo e bem desenvolvido e muitos de seus institutos sobrevivem ainda hoje, com algumas contemporizações, nos códigos modernos.

6 O posicionamento do seguro garantia como ferramenta de importância pode ser traduzido em números: em 1977 havia 966 apólices emitidas, o que levou o IRB a criar uma carteira específica para o “seguro de garantia de obrigações contratuais”. PLASTINA JUNIOR, Antonio Valentim. O seguro garantia. In: TEIXEIRA, Antonio Carlos (Coord.). *Responsabilidade civil, garantia*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2001. (Em Debate, 1).

7 Em 1972 foi emitida a primeira apólice de seguro garantia da qual se tem notícia no país para cobertura do contrato de fornecimento do sistema de controle do metrô de São Paulo, cujo respectivo resseguro foi colocado no exterior.

8 A primeira menção legislativa a tal seguro pode ser encontrada, contudo, em momento anterior, no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que previa, para licitações para compras, obras, serviços e alienações da Administração Pública, a possibilidade de solicitação aos licitantes de apresentação de seguro garantia.

9 O seguro garantia é regido pelas normas legais aplicáveis aos seguros em geral, em especial, pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, pelo Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, e pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”), e pela regulamentação setorial, sendo relevantes para o presente a Circular Susep nº 477, de 30 de setembro de 2013, e a Circular Susep nº 601, de 13 de abril de 2020. No que toca especificamente o ambiente de obras públicas, o seguro garantia também é regido pela lei de licitações.

gurado contra perdas financeiras decorrentes do inadimplemento pelo tomador da apólice de obrigações por este assumidas no bojo de um outro contrato celebrado com o segurado (o contrato principal ou contrato garantido), nos termos da respectiva apólice.

Na prática, o credor de determinada obrigação exige, geralmente quando da celebração do contrato, a apresentação pelo devedor de garantia de cumprimento desta, consubstanciada na apólice de seguro garantia. A apólice, pois, é contratada pelo devedor (tomador) em favor do credor (segurado) e, por meio desta, a seguradora assume uma nova obrigação – original e própria – perante o segurado.

A seguradora tem a obrigação primária de garantir (i.e., assegurar proteção ao segurado contra os riscos definidos na apólice) e, se e quando da ocorrência do evento danoso previsto no contrato de seguro, a obrigação secundária de indenizar, seja mediante pagamento em dinheiro, seja realizando, por terceiros, sob sua responsabilidade, o objeto do contrato principal. A garantia é, assim, a própria prestação e, por si só, já encerra toda a obrigação da seguradora, caso o sinistro não venha a se concretizar.¹¹

Uma das principais particularidades consubstanciadas no seguro garantia recai no fato de que a relação estabelecida é tripartite, ao invés de bipartite, como se dá na maioria dos contratos de seguro. Com a celebração do contrato de seguro, a segurança do cumprimento das obrigações conforme assumidas sai da esfera exclusiva do devedor, deixando de estar circunscritas unicamente a ele, e passa a

10 Art. 2º, Circular SUSEP nº 477/2013.

11 Aqui, a lição de Tzirulnik encaixa-se perfeitamente: “Frequentemente o termo *garantia* tem seu significado dependente de uma prestação principal, por exemplo, a fiança em relação ao aluguel. No contrato de seguro, a garantia é a própria prestação principal. O seguro – e não negócios outros que porventura venham indevidamente debaixo desse título – não é negócio jurídico acessório, é vínculo autônomo” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o código civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Roncarati, 2016. p. 45).

pertencer também ao objeto da garantia prestada pela seguradora ao credor. Assim é que a obrigação nascida para a seguradora a compromete em face do credor do contrato garantido, que não coincide com a pessoa (física ou jurídica) que contratou o seguro.¹²

São três os instrumentos jurídicos que inicialmente materializam essa relação, gerando entre as partes direitos e deveres recíprocos: o contrato principal celebrado entre o credor e devedor, o contrato de seguro garantia celebrado entre a seguradora e o credor do contrato principal e o contrato de contragarantia celebrado entre a seguradora e o devedor do contrato principal.

A existência do contragarantia não é, contudo, novidade. De fato, tal contrato se remete à Roma antiga,¹³ quando era utilizado no contexto da fiança. Como mecanismo para aceitar a posição de fiador e, ao mesmo tempo, resguardar seu patrimônio nos casos em que instado a cumprir a obrigação perante o credor, o fiador passou a solicitar do devedor original uma “garantia da garantia”. Por meio desta, o fiador se tornaria credor do devedor principal na eventualidade do pagamento da dívida em nome deste. Tal mecanismo ainda se mantém na atualidade na sua substância.

Tendo por base esses apontamentos preliminares, demonstraremos nas próximas linhas porque o contrato de contragarantia, ins-

12 Nessa relação, o tomador é o proponente do seguro e é com ele que é negociada a emissão da apólice. Por tal razão, alguns autores o classificam como uma estipulação em favor de terceiro.

13 Valiosa para o tema a pesquisa de Gladimir Poletto: “Também no direito romano, existia o contrato de contragarantia, onde fiador agia como se fosse credor do devedor principal, a fim de evitar um prejuízo para si, ao cumprir a obrigação pela qual estava obrigado perante o credor; pois exigia do devedor principal, para que o mesmo exercesse a função de seu fiador, uma espécie de fiança da fiança, a qual garantisse qualquer reclamação do credor ou, mesmo, qualquer prejuízo que o fiador viesse a sofrer ao indenizar o garantido. Por outro lado, visando proteger os credores, os juristas clássicos encontraram, ainda, uma outra via que permitia ao fiador recuperar o que desembolsara por conta do devedor principal, ou seja, o fiador podia exigir do credor principal, a quem pagara, a cessão das ações que lhe competiam contra o devedor principal *beneficium cedendarum actionum*” (POLETTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003. p. 10).

trumento quase que indissociável do contrato de seguro garantia, é merecedor de estudo mais detido.

2. O contrato de contragarantia.

2.1. Características.

Uma das faces da relação tripartite inaugurada pelo seguro garantia é a possibilidade de surgimento de um negócio jurídico direto e autônomo entre a seguradora (terceiro responsável pelo adimplemento da obrigação constante do contrato principal em virtude de acordo posterior) e o tomador (devedor original da obrigação descrita no contrato principal).

A esparsa doutrina que menciona o contrato de contragarantia enfrenta, *a priori*, a dificuldade de tentar defini-lo sem adentrar em sua função; esforço este que não será encontrado nessas páginas. Ao definir o contrato de contragarantia pela sua específica função – e não pelo seu fim, já que este é eminentemente subjetivo,¹⁴ – delimita-se a sua utilidade e, a partir desse ponto, é possível identificar algumas de suas mais marcantes características.

O contexto de utilização desse instrumento pelo mercado de seguros está circunscrito ao seguro garantia. Quando da celebração do contrato principal, as partes acordam o oferecimento pelo contratado de apólice de seguro garantia de modo a assegurar ao contratante o ressarcimento de eventuais danos sofridos decorrentes da inabi-

14 Para Joaquim Ribeiro, “o fim é eminentemente subjetivo porque as partes contratam com um fim e a função é objetiva, pois se situa no próprio contrato porquanto o contrato é funcionalmente apto para uma utilidade. Assim, o fim e a função do contrato estão ligados na medida em que as partes quando contratam visam um fim e, para obter esse fim recorrem ao contrato [...]” (RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999).

lidade de o contratado honrar com suas obrigações. Como condição à emissão dessa apólice, é demandado do tomador a celebração do contrato de contragarantia.

É este contrato que regula a relação entre a seguradora e o tomador (e seus fiadores) e instrumentaliza o ressarcimento da seguradora em caso de materialização do risco coberto na apólice e do conseqüente adimplemento do dever de indenizar o segurado dali surgido. Por meio deste, disciplina-se a emissão da apólice de seguro, incluindo, por exemplo, informações que deverão ser compartilhadas com a seguradora durante a vigência da apólice, que respeitam tanto a execução do contrato principal, como a condição financeira do tomador; a obrigação de pagamento do prêmio de seguro;¹⁵ o exercício do direito de sub-rogação, para lhe permitir reaver toda e qualquer despesa ou pagamento que venha a efetuar; bem como as garantias a serem apresentadas, mantidas e reforçadas pelo tomador durante a vigência da apólice.¹⁶

Como o seguro garantia tem a peculiaridade de a avaliação do risco não estar baseada em cálculos atuariais, mas sim na análise econômico-financeira, técnica e de exposição moral do devedor da obrigação principal, as disposições do contragarantia objetivam dar conforto à seguradora de que tais condições serão mantidas durante a vigência da apólice e que, caso não sejam, ela tomará ciência de tal

15 “Art. 11, Circular Susep nº 477/13. O tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência da apólice. §1º O seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pagado o prêmio nas datas convencionadas. §2º Não paga pelo tomador, na data fixada, qualquer parcela do prêmio devido, poderá a seguradora recorrer à execução do contrato de contragarantia; [...]”

16 Nas palavras de Poletto, “o contrato designado de ‘condições contratuais gerais’ caracteriza-se por dois objetos distintos: o primeiro é a regulação dos direitos e das obrigações do tomador e da seguradora, quanto à emissão de uma apólice ou várias apólices para uma terceira parte que não tem qualquer ingerência sobre este contrato; e o segundo é a constituição de garantias para preservar a seguradora num eventual inadimplemento” (POLETTI, op. cit., p. 58).

fato e poderá requerer, se necessário, ou o reforço das garantias apresentadas pelo tomador ou a sua execução.¹⁷⁻¹⁸

Há que se lembrar que o contexto da emissão de uma apólice de seguro garantia difere daquele ao qual a generalidade das pessoas está habituada. Se, muitas das vezes, há uma coincidência entre tomador e beneficiário da apólice, esta não é encontrada no seguro sob análise, o que justifica a existência de uma estrutura para a recuperação de valores pela seguradora. No garantia, a seguradora garante o cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no âmbito do contrato principal; sabendo, portanto, de antemão o potencial causador do dano (ao menos direto) ao seu segurado. Decorrencia lógica é a prática de a seguradora demandar, na maioria avassaladora dos casos, a celebração de um contragarantia.

Frise-se que o seguro de dano existe para proteger interesse legítimo do segurado (tanto dos danos que ele possa causar a terceiros quanto dos que esses terceiros possam causar lhe), resguardando o seu patrimônio de eventuais prejuízos advindos da ocorrência de eventos danosos, e não para a proteção de terceiros (como o devedor-tomador da apólice de seguro garantia) dos danos que estes possam vir a causar ao segurado. O risco inerente à atividade empresarial

17 “O mesmo instrumento estabelece que, para a emissão de apólice de Seguro Garantia, o tomador deverá apresentar garantias e mantê-las íntegras e suficientes, permitindo à seguradora subscrever o risco da operação, ou seja, a contragarantir economicamente as obrigações que serão asseguradas pela seguradora, ao segurado. As garantias que deverão ser apresentadas à seguradora variam conforme a qualificação da empresa tomadora, quando da análise de risco; contudo, geralmente são exigidas do tomador: notas promissórias com vencimento à vista; garantia fidejussória; garantia real e ou outras garantias possíveis. Observa-se, ainda, que o referido instrumento atribui valor mínimo às garantias que devem corresponder a, no mínimo, 130% (cento e trinta por cento) da obrigação garantida” (Ibidem, p. 58).

18 “Mesmo assim, haverá casos sempre muito onerosos, em que a falta de cumprimento da obrigação se realizará, em esperada mínima freqüência. Para sanar tais ocorrências, que serão certamente de alto grau de severidade, é que se negociam contragarantias mais do que suficientes para suportar o pagamento da dívida do devedor inadimplente” (PEÓN DE SÁ, José Américo. Seguro-garantia: o PAC e o new deal. *Caderno de Seguros*, ano 29, n.152, jan. 2009. p. 85).

é e segue sendo do tomador, que não está resguardado por meio do seguro garantia dos reverses de sua própria atuação.¹⁹

2.1.1. Atipicidade.

O contrato de contragarantia não encontra disciplina no Código Civil ou legislação especial. No âmbito infralegal, a situação não é muito diferente: a regulamentação é pontual e estabelece apenas que seus termos podem ser livremente pactuados e a desnecessidade de sua submissão à autarquia²⁰ (apesar de ser necessário o registro de algumas de suas informações em sistema de registro homologado pela Susep).²¹ Para se ter uma base de comparação, a regulamentação setorial que dispõe sobre o seguro garantia estabelece diretrizes gerais bem delineadas do produto e apresenta, como orientação, o clausulado padrão do referido seguro e de suas modalidades, mas não o faz com o contragarantia, ficando silente quanto a sua forma e seus termos.

É, portanto, contrato atípico, cuja celebração é expressamente permitida pelo artigo 425 do Código Civil: “(é) lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Por contrato atípico entende-se aquele que não está especifica-

19 Mais além, o direito de a seguradora recobrar do tomador causador do dano o valor por ela indenizado ao segurado prejudicado respeita o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

20 Art. 21, Circular Susep nº 477/2013. “O contrato de contragarantia, que rege as relações entre a sociedade seguradora e o tomador, será livremente pactuado, não podendo interferir no direito do segurado. Parágrafo único - O contrato de contragarantia de que trata o caput não será submetido à análise da SUSEP.”

21 A Circular Susep nº 601, de 13 de abril de 2020, detalha em seu anexo as seguintes informações mínimas referentes ao contrato de contragarantia que deverão estar registradas nas operações de seguro garantia: (i) identificação do contrato de contragarantia (CCG) com o tomador, (ii) datas de início e fim de vigência do CCG, (iii) identificação de colaterais e fiadores do CCG (valores, tipo e local de registro dos recebíveis devem ser informados) e (iv) limite aprovado para o tomador no CCG.

mente regulamentado pelo ordenamento jurídico, independentemente de ter recebido ou não dele um nome.²² Carece, assim, de disciplina particular, apesar de lhe serem aplicáveis as normas gerais do direito contratual (e.g., normas de ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito) porquanto parte do sistema jurídico vigente²³. Repise-se que a atipicidade do contrato de contragarantia em nada é alterada pelo fato de, no âmbito infralegal, ele possuir um ‘*nomen juris*’.²⁴

Como Humberto Theodoro Junior lembra, “o contrato é, antes de tudo, um fenômeno econômico” e não uma criação do Direito.²⁵

22 “Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome, ao passo que os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. Não paginado).

23 “É de se enfatizar, todavia, que os contratos atípicos não representam um universo isolado de regras criadas pelas próprias partes. Todo contrato, típico ou atípico, insere-se dentro do sistema jurídico, devendo observar as normas gerais do direito contratual, como o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, entre outros” *(SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Não paginado).

24 “[...] a atipicidade de um contrato não se traduz pelo fato de ter ele, ou não, um ‘nomen juris’, mas sim pelo fato de não estar devidamente regulamentado em lei. Reconhece-se com frequência cada vez mais acentuada que contratos há que têm nome e nem por isso são nominados-típicos já que, para que assim fossem considerados, estariam a exigir a presença de um regramento legislativo específico. [...] Assim, é contrato típico aquele que a lei regulamenta, estabelecendo regras específicas de tratamento e lhe concedendo um nomen juris. [...] A seu turno, portanto, contrato atípico é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e pelo fato de não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de Direito. Pouco importa se tem ou não um nome, porque este não é a característica da sua essência conceitual; seu traço característico próprio é o fato de não estar sujeito a uma disciplina própria” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 127-138, 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

25 “Il contratto è uno strumento della vita economica che nasce dalla realtà economica. Gli schemi di accordo e di rapporto contrattuale sono inventati dalla realtà, non dal legislatore [...]” (IUDICA, 2002, p. 276-277 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Não paginado).

primeiro, surge a necessidade prática do mercado de instrumentalizar a circulação de capital e minimizar as possíveis contingências relacionadas a negócios jurídicos mais complexos e, depois, são desenvolvidos novos instrumentos contratuais que atendem a essa nova estrutura. E, dessa forma, o contrato que é formalmente atípico, transforma-se em socialmente típico,²⁶ como o que ocorreu com o contrato de contragarantia.²⁷

2.1.2. Não obrigatoriedade.

Não obstante a celebração de contrato de contragarantia ser desdobramento lógico da sistemática do seguro garantia, com base na legislação e regulação em vigor e nos princípios da legalidade e autonomia da vontade das partes delas decorrentes, é possível inferir ser facultado à seguradora exigir ou não do tomador a celebração de tal contrato.

Para elucidar tal entendimento, cabe aqui uma pequena digressão. O princípio constitucional da legalidade, insculpido nos artigos 5º e 37 da Carta Maior, apresenta-se para os particulares e entes públicos como duas facetas de uma mesma moeda: se, por um lado, ao particular é permitido fazer tudo que a lei não limita, por outro, à Administração Pública somente é permitido fazer o que a lei permite, não havendo liberdade ou vontade pessoal. “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o

26 GALGANO, 1993, p. 68 *apud* POLETTI, op. cit. p.39.

27 “Sobre tipicidade, manifesta-se Pontes de Miranda “a tipicidade tem causas históricas, por muito fundada no direito romano, porém não só a vida jurídica nos tempos posteriores e nos dias de hoje, atuou e atua, como também o trato dos negócios, em caracterizações inevitáveis. O tráfico jurídico não só tipiciza ou corrige o tipo. Por vezes, suscita tipos novos (e.g., no direito brasileiro, a duplicata mercantil), ou negócios jurídicos atípicos. A vida muda. Embora os princípios permaneçam, mudam-se estruturas e conteúdos de negócios jurídicos” (MIRANDA, 1962. v. 38. p. 366 *apud* AZEVEDO, op. cit. Não paginado).

particular signi?ca “pode fazer assim”; para o administrador público signi?ca “deve fazer assim”, como já vociferava Hely Lopes Meirelles.²⁸ Por lei há de se entender seu sentido *lato*, englobando não só a lei stricto sensu como também as normas e regulamentações emanadas em virtude da lei por órgão e entidades competentes parte da Administração Pública. Assim é que, tanto Administração Pública quanto administrados estão sujeitos às normas emanadas pelo CNSP e pela Susep em matéria securitária.²⁹⁻³⁰

Pois bem. Então se a regulamentação setorial trata pontualmente do contrato de contragarantia e não estabelece sua forma e termos, deixando a cargo das partes sua pactuação, resta claro que o intuito do regulador foi de conferir às partes autonomia para negociar livremente e o fez face ao caráter de disponibilidade desse direito. E,

28 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 82.

29 Judith Martins-Costa, quando se refere às normas do CNSP e da SUSEP, assevera que "as regras que edita, sendo emanadas por órgão vinculado ao Poder Executivo, têm caráter de atos administrativos, constituem, efetivamente, atos administrativos, devendo ser entendidos, e obrigar, no limite da competência regulatória daqueles órgãos" (MARTINS-COSTA, Judith. O co-seguro no direito brasileiro: entre a fragilidade da prática e a necessidade de reconstrução positiva do instituto. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 161-178, mar. 2002).

30 Corroborar com esse posicionamento a lição do Ministro Eros Grau: "No enunciado do preceito — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei — há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições decorrentes — isto é, fixadas em virtude dela — de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa — mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei — o princípio estará sendo devidamente acatado. [...] Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei — v.g.: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça — das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas-corpus nº 85.060. Relator: Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 23 set. 2008. Data da Publicação: 13 fev. 2009. DJe-030).

enquanto disponível, tem a seguradora a faculdade de, inclusive, abdicar do direito de solicitar tal garantia do tomador (apesar de, na maior parte dos casos, não o fazer).

De fato, não poderia ser alcançada conclusão diferente. É preciso ter a liberdade de conceber os negócios securitários, dentro do que não é proibido pela legislação ou regulamentação aplicáveis, de acordo com a conveniência da própria seguradora, sob pena de essa ingerência excessiva acabar por minar a própria capacidade de angariação de negócios e a estabilidade necessária para a realização do seu objeto social.

Pelo acima, entende-se que a lacuna da regulamentação é proposital e permite que o contragarantia seja concedido por qualquer meio juridicamente aceito para possibilitar o ressarcimento da seguradora em face do tomador e/ou de seus fiadores e o reforço das garantias oferecidas quando cabível, podendo, inclusive, essa garantia ser compartilhada com outros credores ou apenas não solicitada do tomador.

2.1.3. Não acessoriedade.

As peculiaridades que habitam uma relação tripartite podem ser, de maneira equivocada, confundidas com o surgimento de dependência entre elas. Mas o fato é que, assim como o contrato de contragarantia não tem o condão de interferir na relação contratual original estabelecida entre credor e devedor, ele também não tem o condão de interferir na relação securitária estabelecida com o segurado. De fato, a própria regulamentação reforça esse entendimento e veda que tal instrumento interfira no direito do segurado, conforme dispõe o artigo 21 da Circular SUSEP nº 477/2013.

Configura-se, de tal modo, negócio jurídico independente que mantém conexão com a obrigação assumida pelo devedor no contrato garantido e com a relação materializada na apólice, mas que delas

se aparta e adquire autonomia. Não é, portanto, contrato acessório. Cada uma dessas relações tem sua causa própria de ser.³¹ Ainda que orientadas a finalidades econômicas que encontram ponto de interseção, são negócios distintos que guardam similitudes entre si.

Não é necessário buscar em outras relações jurídicas as bases para o exercício pleno do direito consubstanciado no contrato de contragarantia. Apesar de seu surgimento estar relacionado ao contrato principal e à contratação de um seguro garantia, ele configura obrigação independente. É obrigação própria e original do tomador face à seguradora que não guarda relação direta, mas tão somente indireta, com a obrigação pela seguradora assumida com o contratante no contrato garantido. É, assim, obrigação autônoma.

2.2. Principais Cláusulas.

Como abordado anteriormente, o contragarantia é contrato atípico e, como tal, é contrato não solene, com forma livre, não cabendo ao intérprete impor forma específica se a legislação não o fez. Mesmo sem ter conteúdo mínimo mandatário, o mercado tem por hábito incluir na redação desse instrumento algumas cláusulas, que são reproduzidas por cada seguradora com uma ou outra alterações. Merecem destaque nesse estudo, as cláusulas de sub-rogação, de prestação de garantia por fiadores, de colateralização (também conhecida por *place in funds*) e de vigência.

2.2.1. Sub-rogação.

A inclusão da cláusula de sub-rogação no contrato de contra-

31 “Frequentemente o termo *garantia* tem seu significado dependente de uma prestação principal, por exemplo, a fiança em relação ao aluguel. No contrato de seguro, a garantia é a própria prestação principal. O seguro [...] não é negócio jurídico acessório, é vínculo autônomo” (TZIRULNIK, op. cit., p. 45).

garantia não inova na relação entre tomador e seguradora. Isso porque a própria legislação em vigor estabelece que, uma vez paga a indenização, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competiriam ao segurado contra o autor do dano, limitado ao valor pago.³² Serve, assim, como um reforço da obrigação legal.³³

O direito de a seguradora poder recuperar do tomador da apólice de seguro (devedor no contrato principal) as despesas ou indenizações que venha a pagar no âmbito da respectiva apólice,³⁴ torna-se exigível com o efetivo pagamento da indenização securitária ao segurado.

A via, contudo, para a efetivação desse direito é controversa, já que há relutância dos tribunais em reconhecer o contrato de contragarantia e a cláusula de sub-rogação como títulos executivos extrajudiciais, como revisitaremos na sequência.³⁵

32 Art. 786, Código Civil. “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. § 1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins. § 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo”.

33 O entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça reforça o conteúdo dessa cláusula. Confira-se: “Ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que dispendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.121.435/SP. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 13 mar. 2012. Data de Publicação: 29 mar. 2012.)

34 A redação praticada pelo mercado securitário há tempos assemelha-se à transcrita a seguir: “A SEGURADORA ficará automaticamente sub-rogada nos direitos dos SEGURADOS para haver, do TOMADOR, toda e qualquer despesas ou pagamento que venha a efetuar em decorrência das apólices e dos endossos emitidos”. Cláusula contratual retirada do seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.123.542-SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. Data de Publicação: 08 ago. 2017.

35 Vale destacar trecho de decisão em que se discutia, dentre outros, a adequação da via procedimental eleita pela seguradora para efetivar seu direito de sub-rogação e recuperar valores dispendidos em sede de seguro garantia: “Os apelantes sustentam que a ação monitória é via inadequada, e que era o caso de indeferimento da peça inicial. [...] De acordo com a

2.2.2. Prestação de garantia por fiadores.

Repise-se que a principal função do contrato de contragarantia é assegurar à seguradora a exequibilidade de seu direito de reaver qualquer valor por ela incorrido referente à emissão e ao pagamento de indenização em relação com a apólice, o que inclui, por exemplo, gastos com a regulação e liquidação do sinistro. Para alcançar esse objetivo, o contrato pode ser firmado também por fiadores; posição, muitas das vezes, ocupada pelos próprios administradores das sociedades tomadoras do seguro garantia, atuando em nome próprio.³⁶⁻³⁷

Pode acontecer de, no curso do contrato principal, o fiador ter sua credibilidade ou condição econômico-financeira alterada de forma que a sua capacidade de satisfazer as obrigações assumidas como

cláusula 1ª do referido contrato: “A SEGURADORA garantirá as obrigações contratualmente assumidas pelo TOMADOR perante o SEGURADO, mediante emissão de APÓLICE na qual serão estabelecidas finalidades, valores, prazos e demais condições da cobertura de seguro, de acordo com o contrato garantido” (fls.69). Ou seja, não consta do instrumento contratual qualquer quantia certa e determinada à qual a seguradora tenha se obrigado a pagar, de modo que o contrato de contragarantias é desprovido de liquidez, característica imprescindível aos títulos executivos, conforme inteligência do artigo 586 do Código de Processo Civil [...]. Assim, a seguradora não poderia se valer do processo de execução para obter a tutela pretendida [...]” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1.101.887-4. Relator: Des. Jurandyr Reis Junior. Data de Julgamento: 20 fev. 2014).

36 Deve-se avaliar a existência de cônjuges e a necessidade de sua inclusão também no contrato por força do artigo 1.647 do Código Civil que estabelece, como forma de proteger o patrimônio do casal de atos unilaterais, a necessidade de outorga uxória em determinadas situações, como a prestação de fiança. A ausência de tal anuência pode tornar a garantia nula.

37 Ilustra o praticado no mercado a seguinte cláusula: “CLÁUSULA 11ª - Intervém neste ato e assinam este CONTRATO, como FIADORES, as pessoas assim designadas e qualificadas ao final deste instrumento, as quais se declaram principais pagadores, responsabilizando-se, solidariamente, com o TOMADOR, pelo cumprimento de todas as obrigações por ele assumidas neste CONTRATO, bem como nas APÓLICES e ENDOSSOS referidos na Cláusula 1ª, sejam principais ou acessórias, compreendendo juros, correção monetária, penas convencionais, comissões, tributos, honorários advocatícios e quaisquer outras despesas ou encargos de responsabilidade do TOMADOR, nos termos do art. 821 e 822 da Lei 10.406/2002, com a expressa renúncia aos benefícios de ordem e à faculdade contida nos Artigos 835 a 838 da referida Lei”. Cláusula contratual retirada do seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.123.542-SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. Data de Publicação: 08 ago. 2017.

tal seja prejudicada. Para essa situação, a lei possibilita à seguradora solicitar a substituição do respectivo fiador, por outro capaz ou solvente, conforme o caso,³⁸ desde que reste demonstrada a sua incapacidade ou insolvência.³⁹ Isso porque, funcionando a fiança como garantia do pagamento da obrigação principal, o fiador há de ter capacidade e idoneidade financeira para adimplir a dívida caso o devedor principal não o faça.

Para fins de substituição, a insolvência relevante é aquela caracterizada quando a fiança tenha perdido a aptidão de ser garantia efetiva do débito.⁴⁰ Em outras palavras, pode-se afirmar que a “insolvência, que autoriza a substituição do fiador, deve ser tomada em sentido amplo, como a situação de superação das dívidas do fiador, se confrontadas com seu ativo [...]. Não importa a causa da insolvência, desde que seja posterior à contratação da fiança”,⁴¹ como assevera Claudio Luiz Bueno de Godoy.⁴²

38 TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA; Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 643.

39 Art. 826, Código Civil. “Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído”.

40 O tema é muito discutido pela jurisprudência no âmbito da locação: “APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO RENOVATÓRIA. Preenchimento dos requisitos legais fiança é uma parte acessória e não substancial do contrato de locação, razão pela qual, se a fiadora tornar-se insolvente no cumprimento do contrato renovando, os locadores poderão exigir a sua substituição (CC/2002, art. 826) estimativa do valor locativo utilizando o método comparativo, que é admitido pela jurisprudência. RECURSO DOS CORRÉUS CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0002645-52.2013.8.26.0451. Relator: Des.Berenice Marcondes Cesar. Data de Julgamento: 10 maio 2016). Destaco outro trecho relevante da decisão: “A fiadora indicada aceitou a fiança (fls. 486), e o fato de a fiadora possuir sede em outro Estado e ter um título protestado não lhe retira a idoneidade financeira”.

41 PELUSO, CEZAR (Coord.). *Código civil comentado*. 4. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2009. p. 842-843.

42 O autor continua: “Pense-se no fiador que não cai em insolvência mas, mesmo assim, tem seu patrimônio sensivelmente reduzido. Nessa hipótese, poderá ser exigido pelo credor, de novo quando ao devedor incumba fazê-lo, o reforço da garantia, persistindo, todavia, o fiador originário” (Ibidem, p. 842-843).

2.2.3. Colaterização.

Adicionalmente, o contragarantia introduz para o tomador (e seus fiadores) uma obrigação de prestar/garantir e de manter a garantia incólume, independentemente da ocorrência de sinistro. Essa garantia traz, juntamente com as outras disposições do contrato, conforto para a seguradora de que ela terá meios para reaver valores eventualmente gastos para o cumprimento de suas obrigações oriundas da apólice.

A cláusula *place in funds* é conhecida na legislação,⁴³ literatur⁴⁴ e tribunais⁴⁵ estrangeiros, mas ainda tem sua efetividade pouco

43 A Ley Federal de Instituciones de Fianzas mexicana trata da colaterização: “ARTÍCULO 97.- Las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de haber ellas pagado, para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución, con motivo de su fianzas en los siguientes casos: a).- Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada; b).- Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior; c).- Cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente; d).- Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o a su domicilio; e).- Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de terceros de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación; y f).- En los demás casos previstos en la legislación mercantil” (Disponível em: «[http://www.cnsf.gob.mx/Normativa/Leyes%20y%20Reglamentos/LFIF%20\(Ver-si%C3%B3n%20Compilada%20al%2010-Ene-14\).pdf](http://www.cnsf.gob.mx/Normativa/Leyes%20y%20Reglamentos/LFIF%20(Ver-si%C3%B3n%20Compilada%20al%2010-Ene-14).pdf)». Acesso em: 11 jul. 2020).

44 “The remedy of specific performance is similar to exoneration and *quia timet* in that it has allowed sureties to enforce the right to require the principal and, under the Indemnity Agreement, third party indemnitors, to deposit collateral security well before the surety actually pays a claim or sustains a loss. In surety underwriting parlance, underwriters often refer to this provision as the “place in funds” provision. [...] by virtue of the language of the collateral security provision in the Indemnity Agreement, the surety chooses the triggering event or events for compelling a deposit of collateral. [...] One commentator noted that the Indemnity Agreement ‘ancillary to surety bonds for construction contracts are by no means standard’. In that regard, while some collateral security provisions use the creation of a reserve as a triggering event, others require that the principal and indemnitors shall make payment as soon as liability exists or claimants assert liability against the surety. Others simply require collateral security deposits upon any demand made against the surety and still others reassess its principal’s financial profile and then have a right to demand collateral” (KLINGER, Marilyn; BACHRACH,

reconhecida pelo nosso judiciário. Isso porque não só não há dispositivo legal assegurando diretamente esse direito à seguradora, como também a redação da cláusula é, em geral, aberta, não tratando com precisão das hipóteses em que a prestação de garantia adicional se tornará exigível, usualmente relacionadas à sinais de deterioração financeira, patrimonial ou técnica do devedor-tomador e condicionadas à notificação deste.

A ausência de assertividade e objetividade nas disposições contratuais pode levar a que tal cláusula passe a ser vista com maus olhos e perca legitimidade. Isso porque se pode levantar que ela deixaria o tomador (e seus fiadores) à mercê de condição puramente potestativa, o que esbarraria no quanto disposto no artigo 122 do Código Civil que prevê que "entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes". Assim, há que se ter muito cuidado na redação da cláusula de colateralização para que não se reduza a sua aceitação se questionada judicialmente.⁴⁶⁻⁴⁷ O assunto será retomado mais adiante quando discutida a efetividade do contragarantia.

George; HALEY, Tracey (Org.). *The surety's indemnity agreement: law and practice*. 2. ed. Chicago: Aba Book Publishing, 2008. p. 285-288).

45 Em decisão da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (Decisão nº 169158, de agosto de 2008), o dispositivo da legislação mexicana (artigo 97 da *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*) foi testado: "*El ejercicio de la citada acción para constituir la garantía a cargo de los obligados tiene como presupuesto que se actualice alguna de las hipótesis citada y se trata de una medida precautoria que tende a asegurar a favor de la afianzadora el derecho de cobro que puede establecer contra el fiado, obligado solidário, contrafiador o solicitante, y la realización efetiva de um derecho en el futuro mientras no prescriba la acción de repetir correspondiente, sin que exija que exista la intención de pago por la afianzadora frente a um reclamo determinado sino la necesidad de resguardar su patrimonio para respaldar sus obligaciones presentes o futuras, que deriven de una póliza*" (ROCHA, Dinir Salvador Rios da; JUNQUEIRA NETO, Paulo Octaviano Diniz. O contrato de contra garantia como título executivo extrajudicial. *Revista Opinião.Seg.* n. 11, p. 24-30, out. 2015).

46 Tais cláusulas de colateralização podem adquirir as mais variadas formas. Abaixo, destacamos algumas delas: "Cláusula 4ª. O Tomador obriga-se a: [...] 2 – manter íntegras e suficientes as garantias oferecidas ao seguro; 3 – enviar à SEGURADORA, sempre que solicitado, informações de caráter econômico - financeira, cadastral, fiscal e trabalhista, que habilitem a correta e con-

2.2.4. Vigência.

No mais, o contragarantia deve vigor por prazo que acompanhe o cumprimento de todas as obrigações do tomador garantidas pela apólice de seguro garantia. É importante, assim, que o tomador obtenha do contratante do contrato principal a efetiva liberação de suas obrigações contratuais, quando finalizadas, de modo a que as contragarantias possam ser levantadas.

Cabe lembrar que as garantias oferecidas não podem ser indevidamente retidas. O STJ, inclusive, já decidiu⁴⁸ pela manutenção de lucros cessantes fixados por juiz de primeira instância à tomador de

tínua avaliação do risco; [...] Cláusula 8ª. A SEGURADORA poderá, independentemente de aviso, interpelação ou notificação, judicial ou extrajudicial, considerar antecipadamente vencido este CONTRATO para exigir do TOMADOR e/ou FIADORES, o pagamento imediato de valor equivalente às obrigações assumidas. Neste caso, a SEGURADORA liquidará, junto ao(s) SEGURADO(S), as obrigações do TOMADOR, liberando-se do seguro(s) prestado(s), nos seguintes casos: [...] (b) quando a SEGURADORA avaliar que a conduta ou solvência do TOMADOR evidencie incapacidade para cumprir as obrigações contraídas com o(s) SEGURADO(S); (c) quando o TOMADOR ou a empresa a ele coligada ou por ele controlada requerer a recuperação extrajudicial ou judicial, ou ainda tiver requerido sua falência; [...] Cláusula 10ª. Para assegurar o fiel e cabal cumprimento de todas as obrigações, bem como a cobertura de quaisquer importâncias decorrentes deste CONTRATO, a SEGURADORA poderá, a seu favor, exigir do TOMADOR e/ou de seus FIADORES: (a) nota promissória em caráter 'pró-solvendo' com vencimento à vista; (b) garantia fidejussória; (c) garantia real; e (d) outras garantias. Parágrafo único. As Garantias antes referidas deverão corresponder, no mínimo, a 130% (cento e trinta por cento) da obrigação garantida" (MODELO de contrato de contragarantia. Disponível em: «http://dumas.com.br/wp-content/uploads/2014/11/contrato_contra_garantia.pdf». Acesso em: 13 jul. 2020).

47 Outras obrigações que podem constar do contragarantia são (i) de o tomador entregar à SEGURADORA, em caso de aviso formal de sinistro, garantias adicionais líquidas ou antecipar o equivalente ao valor da indenização securitária diretamente ao segurado assim que solicitado, e (ii) que obriga tomador e fiador a apresentar garantias líquidas colaterais em prazo pré-determinado (muitas das vezes de até 72 horas) quando recebida comunicação da seguradora, independentemente de qualquer outra formalidade, judicial ou extrajudicial. A determinação de prazo pode ser relevante para o reconhecimento da exigibilidade da cláusula quando analisada sob o prisma da existência de características de título executivo.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.411.409-ES. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Publicação: 06 out. 2017.

apólice que não teve a liberação de contragarantia, mesmo após a execução das obras para as quais foi contratado.⁴⁹

2.3. Natureza jurídica.

Esse estudo não seria completo se não fosse feito o exercício de definição da natureza jurídica⁵⁰ do contrato de contragarantia.

De todas as funções exercidas pelo Direito, uma das mais importantes é a de trazer fim a disputas que naturalmente surgem da vida em sociedade, tendo o poder de assegurar os valores mais caros à coletividade e aos cidadãos individualmente considerados, em uma busca incessante pela concretização da tão perseguida justiça. Nessa perspectiva, as normas oferecem os contornos para a atuação das partes e para a eventual regime de responsabilização em caso de litígio.

A importância de se definir a natureza jurídica de determinado instituto jurídico é que, dessa forma, se pode “estabelecer um tipo de relação entre o conjunto de normas em que este conceito consiste, e outro conceito (conjunto de normas) considerado ‘superior’ ou ‘genérico’”, como assevera Le Pera,⁵¹ e buscar auxílio para a atribuição de

49 À época vigorava outro sistema para a comercialização de seguro garantia, que tinha o IRB como centro e em que as empresas possuíam um limite junto ao Instituto que ficaria reduzido enquanto vigente um contrato de contragarantia. Em decorrência disso e face à não liberação da contragarantia, o tomador teria perdido uma oportunidade de negócio, razão pela qual se concluiu pela impossibilidade da adoção da exceção do contrato não cumprido e ele foi indenizado por lucros cessantes.

50 “Natureza das coisas não é mais do que o seu nascimento em determinados tempos e conforme certos modos de ser. Eis que quais se constituíram, tais hão de manter-se e não de outra forma” (VICO, Giambattista. *Princípios de uma ciência nova: acerca da natureza comum das nações*. Tradução de Antônio Lázaro de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 35).

51 LE PERA, 1971 *apud* VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. Natureza jurídica: ela está no meio de nós? *Revista Res Severa Verum Gaundium*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, mar. 2017. p. 40.

consequência jurídica nas disputas que lhe dizem respeito.⁵² Em suma, por meio dela, se define o regime jurídico aplicável em concreto para o agir, o preenchimento de eventuais vazios normativos e a resolução de litígios que circundam certo fato de interesse ao Direito.

Pois bem. Para poder tentar definir a natureza jurídica do contragarantia, foi necessário primeiro buscar o contexto em que está inserido, sua função, suas principais características, sua redação usual para, apenas agora, mergulhar nas fontes do direito.

Ocorre que, como tratado anteriormente, a legislação e regulamentação aplicáveis são praticamente silentes quanto ao instituto e a doutrina extremamente escassa. Há de se recorrer, então, ao ramo maior, de direito civil geral, fonte na qual podemos buscar solução para a dúvida que se coloca.

Mais especificamente, cabe socorrer-se à classificação das obrigações segundo seu conteúdo proposto por Fabio Comparato que coloca a obrigação de garantia lado a lado com a de meio e resultado. O autor propõe que se divida as obrigações do seguinte modo: aquelas em que o credor tem o direito de exigir a produção de um resultado, sem o qual não há de se falar em adimplemento; aquelas em que o resultado, embora desejável e causa do contrato, não pode ser objeto, que consiste apenas na atividade diligente do devedor em

52 Aqui cabe parêntesis para reconhecer que há interessantes críticas em sua utilização com objetivo de se determinar a consequência jurídica em certa disputa com base em sua natureza, ainda mais em se considerando o Direito em uma sociedade democrática, como a feita por Gerson Tadeu Astolfi Filho. Citando-o: “Ora, é dever constitucional do poder judiciário fundamentar todas suas decisões (art. 93, IX, CF). [...] É certo que o dever do responsável pela decisão não é sempre fundamentá-la a cada vez; desse modo esvairia inclusive a função prática da natureza jurídica, e, levando ao extremo, resultaria num regresso ao infinito. [...] nos casos em que a natureza de um instituto tenha se feito definida por uma fonte vinculativa ou pela quase totalidade das opiniões dogmáticas, pode-se apenas remeter a essa pré-fundamentação construída, por assim dizer, tradicionalmente. Neste caso a remissão corresponde rigorosamente a uma fundamentação. Agora, nos casos controvertidos, em que são diversos os entendimentos possíveis, a mera enunciação de uma natureza é pura tautologia. É necessária a construção da solução por meio de analogia, que para justificar esta solução, precisa deixar o terreno da argumentação dogmática, e ingressar no plano da argumentação finalista” (Ibidem).

prol do credor; e aquelas, que seriam parte de um *tertium genus*, em que se busca a eliminação de um risco que pesa sobre o credor, sendo a mera assunção do risco pelo devedor considerado adimplemento de sua obrigação.⁵³ É esse terceiro gênero que interessa à presente temática.

Parêntesis para esclarecer que toda obrigação, seja ela de meio, de resultado ou de garantia, visa um resultado específico relacionado a sua utilidade econômico-social para o credor⁵⁴ – a diferença é que este não necessariamente será elemento essencial da relação obrigacional (seria causa no sentido teleológico apenas).⁵⁵

Na esteira de tal classificação, a obrigação consubstanciada no contrato de contragarantia seria de garantia, já que ela não se resume na atuação leal e diligente do tomador enquanto devedor, nem na consecução de um resultado específico, mas na obrigação primária de garantir, de eliminar de antemão as consequências da realização de um risco. O fato de tal risco não vir a se concretizar, não o exime da sua obrigação de garantir. A obrigação de efetivamente pagar ou colateralizar são secundárias e estão condicionadas à ocorrência do fato disposto contratualmente.⁵⁶

53 “A razão disto está em que a eliminação de um risco que pesa sobre o credor representa por si mesma um bem da vida, traduzível muita vez em preciso valor econômico, como os prêmios de seguro, objeto de cálculos atuariais, ou as garantias bancárias obtidas através do desconto antecipado de juros ou ágios” (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: _____. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Forense: Rio de Janeiro, 1978. p. 538).

54 Contra a dicotomia obrigações de meio e de resultado, objetou-se que toda prestação comporta, de certa forma, um resultado mais ou menos determinado e que a chamada obrigação de meio pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, dependendo da previsão contratual que a estipule [...] Não se pode perder de vista que toda obrigação comporta, evidentemente, um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *Obrigações alternativas e com faculdade alternativa*. *Obrigações de meio e de resultado*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170-174).

55 Fim ao qual determinado fato ou ato destina-se.

56 Ainda que a garantia oferecida jamais venha a ser utilizada, o que acontece em grande parte

Mas a classificação das obrigações consubstanciadas no contragarantia segundo seu conteúdo não é suficiente para determinar sua natureza jurídica. A exemplo do que passa com o seguro garantia,⁵⁷ um instituto pode consubstanciar obrigação de garantia e, ainda, assim, ter natureza jurídica diversa, como a securitária. Na verdade, como a natureza jurídica desse instituto não deriva naturalmente de uma fonte vinculativa ou da esmagadora maioria das opiniões dogmáticas, não cabe sua mera enunciação sem a construção da solução por meio de analogia.⁵⁸ E, com esse intuito, há que olhar não só para sua função de assegurar o patrimônio credor, mas também para a essência do instituto.

Como visto anteriormente, o instituto surgiu na Roma antiga, quando sua utilização estava atrelada à fiança. Mesmo após a alteração do contexto histórico e evolução das relações contratuais, o contrato de contragarantia preserva na atualidade a mesma essência daquele momento: a de servir como garantia da garantia. Quando estabelece para o tomador a obrigação de pagamento do prêmio de seguro, quando reforça o dever legal de sub-rogação, quando inaugura a obrigação de colateralização, nada mais faz do que reforçar o futuro exercício pela seguradora-credora do direito ao crédito relacionado à emissão da apólice de seguro.

É efetivo instrumento de segurança na acepção dada por Pontes de Miranda:

dos casos, a sua mera existência já cumpre papel de desestimular o inadimplemento pelo devedor (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito bancário*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 781).

57 Muito já se discutiu se o seguro garantia seria, de fato, um contrato de seguro, uma espécie de fiança ou um híbrido, mas, apesar de deter certas particularidades que se refletem em uma operacionalização um pouco diferente de outras modalidades de seguro, entende-se que não há alteração de sua natureza securitária. v. HADDAD, Marcelo Mansur. A arbitragem e os terceiros nas relações securitárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, abr./jun. 2014.

58 VIVAN FILHO, op.cit., p. 50-51.

segurança ou garantia é o reforçamento de algum direito, ordinariamente crédito. Alguém, por outro, ou o próprio sujeito passivo da relação jurídica, com a sua promessa ou com a dação da posse, ou o domínio, ou direito real limitado, torna mais facilmente executável a dívida ou mais facilmente exercível seu direito. [...] as seguranças ou são pessoais: fiança, entrega de título de crédito abstrato emitido por terceiro, aval (que pode ser prometido); ou reais: penhor, caução, hipoteca, anticrese, warrant, transmissão em garantia.⁵⁹

Se o contrato de contragarantia, na sua gênese, se ligou à fiança e, com o tempo, dela se afastou tanto a ponto de ser instituto apropriado pela práxis do direito securitário; na sua essência ele permanece sendo a garantia de uma garantia, um “esquema destinado à obtenção seja do cumprimento de uma obrigação, seja do equivalente, quanto possível, a esse mesmo cumprimento”.⁶⁰ Assim é que é possível defender sua natureza jurídica de garantia de maneira bem tranquila.

Arrisca-se, contudo, ir mais além e posicioná-la como uma garantia *sui generis*, cuja atipicidade decorre diretamente dos princípios da legalidade quando aplicada aos particulares, da autonomia da vontade das partes e do *pacta sunt servanda*. Nesse contexto, pode-se levantar, inclusive, se o contrato de contragarantia poderia ser entendido como uma garantia autônoma.

De pouco reconhecimento no país,⁶¹ mas de larga utilização⁶²

59 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies de obrigações*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958 (Tratado de Direito Privado, 22). p. 299-300.

60 CORDEIRO, op. cit., p. 780.

61 “Não há, no Brasil, legislação sobre tal modalidade nem a jurisprudência avançou tanto quanto nos países ocidentais, existindo poucas decisões judiciais sobre o tema. No entanto, já é possível encontrar, mesmo timidamente e sem o uso da nomenclatura garantia autônoma,

na prática comercial internacional,⁶³ a garantia autônoma, cujo objetivo seria oferecer maior segurança e agilidade a relações comerciais, estaria desvinculada do contrato principal de tal maneira que o garante, em geral uma instituição financeira,⁶⁴ ficaria obrigado a efetuar o pagamento de uma quantia ao credor sem que pudesse opor eventuais vícios da obrigação principal e sem a necessidade de prestação jurisdicional para tanto quando acompanhada de cláusula à primeira ordem, que confere automaticidade à garantia.

Na esteira do defendido por Menezes Cordeiro sobre a função da garantia autônoma, esta “não é, tanto, a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato. Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro”⁶⁵ e nisso encontramos bastante similitude com o contrato de contragarantia. O contragaran-

alguns julgados reconhecendo a autonomia dessa figura contratual e a sua distinção da fiança, que é a modalidade de garantia da qual mais se aproxima” (MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz(Coord.) et al. *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 107).

62 “O princípio segundo o qual uma garantia pode ser independente do contrato cujos riscos visa cobrir não foi admitido com a mesma facilidade pelo conjunto dos sistemas jurídicos [...]; essa questão só foi superada por meio do reforço da teoria da autonomia da vontade. O valor atribuído à vontade das partes na criação de um pagamento autônomo, destacado de qualquer operação que pudesse lhe dar causa foi construindo a ideia da validade e originalidade da garantia autônoma” (GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. Garantias bancárias autônomas e as regras uniformes para garantias autônomas da Câmara de Comércio Internacional. In: BASSO, Maristela; PRADO, Maurício Almeida; ZAITZ, Daniela (Coord.). *Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao professor Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2005).

63 “Muito embora a garantia autônoma não esteja prevista na legislação da maior parte dos países estrangeiros que a utilizam, há jurisprudência maciça, principalmente na Europa, reconhecendo a legalidade dessa figura contratual. A solução dos casos, quando necessário, dá-se por meio das regras elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) e da ONU” (MENDES, op. cit., p. 107).

64 Não haveria óbice, contudo, a que uma garantia autônoma fosse prestada por outras pessoas físicas ou jurídicas.

65 CORDEIRO, op. cit., p. 835

tia também não garante o cumprimento da obrigação do contrato principal, como ocorre com o seguro garantia, reforça, por suas disposições, o direito de crédito da seguradora. Ele dá credibilidade ao tomador do seguro (devedor na seara do contrato principal) e conforto à seguradora para emissão da apólice de seguro garantia.

Outra aproximação entre as duas figuras relaciona-se à autonomia. Ela é elemento central nessa modalidade de garantia em que o garantidor oferece o patrimônio como salvaguarda de obrigação assumida por terceiro, com quem não mantém relação comercial. A desvinculação da garantia autônoma com relação ao contrato-base,⁶⁶ traduzida em contrato não-acessório,⁶⁷ impossibilita o garantidor de recusar o cumprimento de suas obrigações por circunstâncias externas à própria garantia, ainda que digam respeito ao contrato-base.⁶⁸ *Mutatis mutandi*, referida característica também é encontrada na figura do contragarantia. Como visto anteriormente, no contragarantia a relação estabelecida é triangular, de modo que a relação nele consubstanciada é entre seguradora e garantidor (devedor no contrato principal), e na obrigação que este garante (o seguro garantia) a relação comercial coloca-se entre seguradora e segurado (credor no con-

66 “[...] a obrigação do garante não se molda sobre a obrigação principal, quer quanto ao seu objeto, quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade, instituindo antes uma obrigação própria e autônoma, em tudo distinta da do devedor” (LEITÃO, p. 332 *apud* MENDES, op. cit., p.109).

67 Eduardo Mendes (MENDES, op. cit., p. 109-111) posiciona-se no sentido de que a garantia autônoma seria acessória ao contrato principal, já que sua constituição só ocorreria em razão da celebração de um contrato-base (e, ainda, assim reconhece que eventuais vícios da obrigação principal não geram efeito sobre a garantia autônoma). Com a devida vênia, discordamos desse posicionamento. O fato de haver relação de seu surgimento com outro contrato não significa que seja necessário buscar em outras relações jurídicas as bases para o exercício pleno do direito consubstanciado nessa garantia. Em outras palavras, nos alinhamos com a doutrina que entende ser a garantia autônoma não acessória ao contrato-base.

68 “Exigida a garantia – os textos das garantias invariavelmente requerem que o seja por escrito –, o garante só poderá opor ao beneficiário as exceções literais que constem do próprio texto da garantia: nunca as derivadas da relação principal. Tão-pouco se pode reagir a ela com pretensões de enriquecimento” (Ibidem. p. 843).

trato principal), situação esta não alterada pelo fato de o tomador ser responsável financeiro pelo pagamento do prêmio de seguro. Não há, portanto, unidade de obrigação com a original garantida e sim independência - a obrigação do garantidor é própria.

Por outro lado, além de a configuração das relações na garantia autônoma mais usual, qual seja, a garantia bancária autônoma, e o contrato de contragarantia ser diversa (bipartite vs. tripartite), parte da doutrina aponta que naquela haveria uma obrigação de o garantidor “pagar certa quantia em dinheiro”,⁶⁹ o que não encontra coincidência perfeita no contragarantia. Neste, são disciplinadas obrigações não só de pagar quantia (e.g., pagar o prêmio do seguro e de ressarcir a seguradora com despesas de regulação e pagamento de indenização), mas também de apresentar garantias adicionais (reais e/ou fidejussórias). Considerando que o tratamento conferido pela doutrina toma a garantia bancária autônoma como parâmetro para estudo, situação em que as instituições financeiras ocupam a posição de garantidor e sua obrigação traduz-se no pagamento de valores ao garantido, haveria espaço para questionar se o pagamento em dinheiro seria mesmo da substância de uma garantia autônoma ou apenas uma característica partilhada pelas garantias bancárias.

Face à atipicidade inerente ao contragarantia, partilhada também pela garantia autônoma, e pela ausência de redação predefinida, esse instrumento guardará maior ou menor relação com as garantias autônomas a depender da sua redação. Assim é que, de antemão, não parece possível posicionar o contrato de contragarantia indubitavelmente como uma garantia autônoma, mas as grandes similitudes guardadas entre as duas figuras também não é algo a se descartar.

69 Além de Menezes Cordeiro, conforme citado na nota de rodapé 65, acima, Inocêncio Galvão Telles também tem discurso nesse sentido: “a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse contrato” (TELLES, p. 283 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 111).

2.4. Adequação prática.

A subjetividade inerente aos fins pretendidos pelas partes presente na escolha de determinado instrumento contratual, não é desprezível. De nada vale existir determinado instituto jurídico se a comunidade não lhe reconhece aplicação prática. De fato, este só passa a ter utilidade e, conseqüentemente, importância para o Direito, a partir do momento em que nasce a urgência por ele e ele encontra adesão. Assim é que a questão que se coloca ao jurista é a real adequação do contrato de contragarantia ao alcance dos fins pretendidos pelas partes na sua eleição para as operações securitárias envolvendo o seguro garantia.

Se para o garantidor (tomador do seguro garantia e devedor do contrato principal) interessa a emissão da apólice de seguro garantia exigida pelo credor no contexto do contrato principal, sem o que a realização do seu objeto empresarial é, em muito, prejudicada (quando não é impossibilitada; para a seguradora o que importa é realizar sua atividade empresária, comercializando apólice de seguro garantia, e, ao mesmo tempo, assegurando futuro direito de crédito face ao tomador, que surgirá na eventualidade de inadimplemento do contrato principal por este e se cabível o acionamento da respectiva apólice de seguro.⁷⁰ Mais uma vez, a sua natureza jurídica de garantia resta clara.

Se analisado sob o viés da práxis, pode-se observar que os direitos da seguradora de sub-rogação e de recebimento do prêmio

70 Frise-se que, na eventualidade de materialização do risco previsto na apólice, qual seja, inadimplemento do contrato principal, a prestação secundária da seguradora não se torna exigível de plano. Como decorrência direta do princípio indenitário, que previne que o seguro se transforme em fonte de lucro ao segurado, é imprescindível a verificação de prejuízo decorrente do não-cumprimento de pactos assumidos pelo devedor junto ao credor para a indenização. A apuração do valor que sirva à recomposição patrimonial se dá em sede de procedimento de regulação, quando é confirmada ou não a existência de cobertura nos termos da apólice e liquidado o prejuízo indenizável (o valor ao qual o segurado fará jus corresponderá à perda efetiva, e não necessariamente ao limite máximo de garantia previsto na respectiva apólice).

de seguro, geralmente disciplinados na redação desse tipo de instrumento, já têm proteção na legislação e regulamentação aplicáveis, como visto no detalhe mais acima. Assim, a exequibilidade dessas cláusulas não suscita maiores discussões doutrinárias e judiciais capazes de retirar a eficácia do instrumento.

O mesmo podemos dizer quando o contragarantia é firmado por fiadores que assumem, ao lado do tomador, as obrigações ali consubstanciadas. Apesar de a necessidade de substituição de fiador no curso de um contrato por força de incapacidade ou insolvência não ser rara, o instituto da fiança é consolidado no Direito pátrio e a doutrina e jurisprudência correlatas já alcançaram certo grau de maturidade, como brevemente tratado nesse trabalho.

O cerne da questão circunda, na realidade, a exequibilidade da cláusula de colateralização, que inaugura para o garantidor obrigação de prestação de garantia adicional. Como adiantado, pela ausência de disposição legal e em virtude de redações amplas praticadas pelo mercado, esta cláusula tem sua efetividade pouco reconhecida pelo judiciário, a exemplo do quanto julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Naquela ocasião, quando da análise do Agravo de Instrumento nº 0058754-76.2013.8.19.0000, foi negado o pedido da seguradora de substituição de garantia prestada por força de alteração nos requisitos que respaldaram a emissão da apólice, quais sejam, as capacidades “financeira, técnica e moral” dos tomadores. Para os autores da ação, os impactos da crise já poderiam ser notados pelo atraso no cronograma de entrega da embarcação (o serviço contratado foi de construção de navio lançador de dutos). Ainda assim, o juízo entendeu pela inexistência dos requisitos para concessão da tutela antecipada, já que a crise econômica enfrentada pelo grupo não seria “suficiente para tornar inequívoco o direito alegado nem convencer de eventual perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. No mais, pela repercussão da questão de caráter nacional, entendeu-se melhor

ter “cautela na adoção de medidas relacionadas à execução dos tantos contratos possivelmente comprometidos”.⁷¹

Não obstante, em observância ao princípio da autonomia da vontade das partes e ao princípio da legalidade e face ao risco de o não reconhecimento dessa cláusula pelo judiciário retirar-lhe efetividade e extrapolar a margem de atuação do Poder Público, afetando negativamente o interesse social⁷² ao inviabilizar o próprio instituto, esse entendimento não deveria prosperar nem ser replicado. O Poder Judiciário não deve apenas controlar os excessos contratuais que desfiguram os interesses normais dos contratantes, como assevera Álvaro Azevedo,⁷³ mas principalmente garantir efetividade àquelas disposições contratuais que traduzem a essência do instrumento celebrado, como é a situação em tela.

Adicionalmente, pode-se defender que, para fins de exequibilidade, a cláusula de colateralização⁷⁴ de um contrato de contragarantia

71 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0058754-76.2013.8.19.0000. Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Data de Julgamento: 05 nov. 2013. Data de Publicação: 07 nov. 2013: “1) Agravo de instrumento contra decisão que nega a concessão de tutela antecipada, objetivando a substituição de garantia em contrato de seguro. - 2) Ausência de prova clara e suficiente dos requisitos do art. 273, do CPC. - 3) A tutela antecipada sem oitiva da parte contrária é providência excepcional, que não se justifica no caso dos autos, mormente diante da situação por que passa o grupo ao qual pertencem as empresas rés. - 4) Enfim, incide a Súmula 59, desta Corte. - 5) Recurso ao qual se nega liminar seguimento. Art. 557, CPC”.

72 Buranello discorre: “[...] a sociedade em que vivemos caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco. A ciência, a tecnologia, a economia, contribuíram para a redução do perigo. Os riscos, agora, estão estreitamente relacionados ao desenvolvimento da própria sociedade. [...] Tornou-se inafastável a concepção do seguro como uma técnica a serviço do interesse geral. Não mais é possível entender a atividade securitária como de natureza estritamente privada, e sim vinculada ao interesse social” (BURANELLO, Renato Macedo. O seguro garantia de obrigações contratuais. Quartier Latin: São Paulo, 2006. p. 22).

73 AZEVEDO, op. cit. Não paginado.

74 Nesse ponto tratamos apenas da cláusula *place in funds* e não do contrato de contragarantia como um todo - que não é entendido pela jurisprudência majoritária como título executivo extrajudicial.

é capaz de preencher os requisitos de um título executivo extrajudicial,⁷⁵ quais sejam, consubstanciar obrigação certa, líquida e exigível.⁷⁶ A importância do assunto é que, como nenhuma execução pode ser admitida sem a prévia declaração de certeza a respeito do direito do credor, com o reconhecimento de força de título executivo, seria possível sua execução específica.⁷⁷ Em outras palavras, não seria necessário provar primeiro em juízo a existência do direito da seguradora para, apenas então, ingressar com ação para a efetivação deste.

Para tanto, a cláusula deve ser clara quanto à obrigatoriedade de serem apresentadas à seguradora garantias adicionais em determinadas situações em que reste evidente perda de capacidade financeira, patrimonial ou técnica do tomador (e/ou dos fiadores), o que atenderia ao requisito da certeza. Referido requisito é tido como prévio aos demais atributos – isto é, a obrigação deve existir (existência tal depreendida da simples leitura do título) antes que se possa passar à análise das demais condições. Para Cândido Dinamarco, a certeza da obrigação deve resultar do próprio título, “ou seja, dos escritos que seu documento contém, sem a necessidade de buscar aliunde elementos para a identificação do direito”.⁷⁸

75 Art. 784, Código de Processo Civil. “São títulos executivos extrajudiciais: [...] III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; [...]”.

76 Art. 786, Código de Processo Civil. “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo. Parágrafo único. A necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título”.

77 É valiosa a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Ao criar um documento a que a lei reconhece a força de título executivo, o devedor, além de reconhecer sua obrigação, aceita, no mesmo ato, o consectário lógico-jurídico de que poderá vir a sofrer a agressão patrimonial que corresponde à sanção de seu eventual inadimplemento” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 3. p. 176).

78 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 205.

Além de representar uma “obrigação perfeitamente identificada em seus elementos”,⁷⁹ deve a cláusula de colateralização delimitar o objeto da obrigação, estabelecendo a sua liquidez. Segundo Humberto Theodoro Junior, “(a) liquidez consiste no *plus* que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se não somente se sabe que ‘se deve’, mas também ‘quanto se deve’”.⁸⁰ Assim é que o valor das garantias a serem prestadas deve ser determinado ou determinável por simples operações aritméticas. Como muitos dos contratos utilizados pelo mercado estabelecem obrigação de tais garantias adicionais corresponderem a 130% da obrigação garantida, esse valor seria facilmente determinável.

Se o núcleo central de um título executivo é formado pela conjunção da certeza e da liquidez, seu elemento externo e final será a sua exigibilidade, i.e., a atualidade do dever de cumprir a obrigação nele consubstanciada. Portanto, o dever de apresentação de garantias adicionais torna-se exigível quando, notificado pela seguradora a prestá-la, o tomador (e/ou fiadores) permaneça inerte. Destarte, presentes os três requisitos ora citados, poderia a cláusula *place in funds* ser entendida como título executivo para fins de sua exequibilidade.

Isso, contudo, ainda parece longe de ocorrer, face (i) ao desconhecimento da operação e dos produtos securitários, em especial do contragarantia e sua lógica peculiar, colocando-o como acessório ao seguro garantia e desprovido de certeza, liquidez e exigibilidade; (ii) ao *mindset* de que sempre há hipossuficiência nas relações com seguradoras, do que decorre uma proteção excessiva dos segurados e tomadores; e (iii) à relutância do judiciário em reconhecer o próprio contrato de contragarantia como título executivo extrajudicial, ainda que mediante análise de cada situação particular e sua subsunção aos requerimentos legais.

79 Ibidem, p.208.

80 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: LEUD, 1999. p. 174.

De fato, mesmo quando ausente cláusula de colaterização, a posição majoritária atual da jurisprudência nacional é no sentido de que o contragarantia seria contrato acessório ao seguro garantia - com o que, como explicado anteriormente, não se pode concordar - e, por isso, o exercício pleno dos direitos que encerra só seria possível por meio de recurso ao seguro garantia, faltando-lhe, assim, certeza, liquidez e exigibilidade. Esse posicionamento está sintetizado no seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO - "SEGURO GARANTIA" - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - EXEGESE DO ART. 618, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - DECISÃO CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO

A r. decisão do nobre Juízo monocrático não merece qualquer reforma, eis que a execução por título extrajudicial vem embasada em contrato para emissão de apólice de seguro garantia, em que não restou configurada obrigação de pagar importância certa e determinada, mesmo acompanhada de demonstrativo de cálculo às fls. 16/17, autos nº 861/97, os quais emitidos de forma unilateral pelo credor, não podem ser admitidos como válidos a ensejar a execução na forma de título extrajudicial. [...]

Infere-se do contrato objeto da execução, (fls. 18/20, autos nº 861/97), que este não traz qualquer valor, limitando-se a permitir à Seguradora, ora Apelante, a emissão de Apólices de Seguro.

O MM. Juiz singular, em sua fundamentação, caracterizou a iliquidez do título no seguinte trecho: "Ora, no caso em apreço, o valor pretendido pela embargada deriva de inadimplência contra-

tual entre a embargante perante terceira pessoa, determinando-se o montante do débito mediante informação desta e sem qualquer anuência do pretense devedor."

Assim, mesmo se tratando de documento particular assinado por duas testemunhas, nos precisos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, não comprova, desde logo, o adimplemento da contraprestação, portanto não constitui, de plano, título executivo, porque ausente os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, necessitando, pois, de ação própria para o fim colimado. [...] ⁸¹

Conclusão.

Nas linhas que antecederam, restou claro que as nuances que povoam as operações securitárias no país, em especial aquelas referentes ao seguro garantia, demandam esforço do aplicador do direito para serem desvendadas.

O presente estudo tentou responder os anseios do mercado sobre figura pouco estudada na doutrina, mas que habita a maioria esmagadora dos contextos de contratação de seguro garantia no país, o contrato de contragarantia. Mais especificamente, tratou-se da indagação se estaria nosso ordenamento jurídico assegurando a plena

81 "APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO - 'SEGURO GARANTIA' - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - EXEGESE DO ART. 618, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - DECISÃO CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO. O contrato para emissão de apólice de Seguro Garantia, embora formalmente perfeito, não traz em seu bojo os requisitos essenciais para o reconhecimento de título executivo extrajudicial, carecendo a Execução de condições para prosseguir" (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Oitava Câmara Cível (extinto TAPR). Apelação Cível nº 137170-6. Relator: Des. Manassés de Albuquerque. Data de Julgamento: 23 ago. 1999).

efetividade do fim pretendido pelas partes quando da celebração desse instrumento e respeitando sua função, em observância aos princípios que norteiam (ou deveriam nortear) nosso Direito. Após análise detida, pode-se concluir que não.

Enquanto parte de uma relação tripartite, — da qual também é parte um contrato principal celebrado entre o credor e devedor e um contrato de seguro garantia celebrado entre a seguradora e o credor do contrato principal — o contrato de contragarantia é celebrado entre a seguradora e o devedor do contrato principal e tem por função instrumentalizar o futuro exercício pela seguradora do direito ao crédito relacionado ao contrato de seguro.

É contrato que não encontra disciplina na legislação e regulamentação vigentes (apenas breve menção), a que se denomina formalmente de atípico, mas que, em decorrência de sua larga utilização nas operações de seguro garantia, é socialmente típico. Seus termos podem ser livremente pactuados, tanto em decorrência dos princípios da legalidade para os particulares, da autonomia da vontade e liberdade contratual, quanto de dispositivo específico da regulamentação securitária. Aliás, nessas mesmas bases, conclui-se pela sua não obrigatoriedade, sendo facultado à seguradora exigir ou não do tomador a sua celebração.

Talvez uma de suas características mais controversas seja seu caráter não acessório. As peculiaridades que circundam as relações jurídicas havidas no contexto do seguro garantia podem ser, erroneamente, confundidas com a existência de dependência entre elas. Mas o fato é que o contragarantia encerra obrigação própria e original do tomador face à seguradora, que não tem o condão de interferir nas relações estabelecidas no âmbito do contrato principal ou do contrato de seguro. É, assim, obrigação autônoma.

Ainda que não haja previsão de conteúdo mínimo mandatório, o mercado usualmente reproduz, com uma ou outra alteração, cláusulas que disciplinam a emissão da apólice de seguro, o exercício do direito de sub-rogação, a inclusão de fiadores e a prestação de garantias adicionais (cláusula de colaterização ou *place in funds*).

Esse estudo lançou luz também sobre a natureza jurídica desse instrumento, importante para se estabelecer o regime jurídico a guiar o instituto e a oferecer os contornos para a atuação e eventual responsabilização das partes. Como esta não decorre diretamente de uma fonte vinculativa ou da doutrina majoritária, foi necessário recorrer à analogia e se voltar não só à função, como também à essência do instituto, mantida praticamente intacta desde a Roma antiga.

Feitas as devidas reflexões, concluiu-se que o contragarantia é instrumento de segurança que objetiva resguardar o patrimônio da seguradora quando do cumprimento de uma das facetas da obrigação por ela assumida quando da comercialização do seguro.⁸² Serve, efetivamente, como garantia de uma garantia.

Cogitou-se posicioná-la como uma garantia *sui generis* e, inclusive, de ser ela, presentes certas características, uma garantia autônoma. As similitudes são grandes: ambas não asseguram o cumprimento de outro contrato, mas sim que o beneficiário terá seus direitos resguardados nos termos da própria garantia; ambas têm relação desvinculada do contrato-base/contrato principal (independência); e ambas não permitem a oposição de eventuais vícios da obrigação principal. Por outro lado, uma consiste em relação bipartite e a outra tripartite; e enquanto uma consubstancia, segundo doutrina desenvolvida no âmbito de garantias bancárias, obrigação de pagar, a outra consubstancia não só obrigação de pagar, mas também de prestar/garantir. De toda forma, apenas no caso em concreto é possível definir se o contragarantia assume forma de garantia autônoma ou não.

Por fim, avaliou-se a real adequação do contrato de contragarantia ao alcance dos fins pretendidos pelas partes na sua eleição para as operações securitárias envolvendo o seguro garantia, em particular no que toca a cláusula de colateralização e a possibilidade de ela e o contrato de contragarantia serem reconhecidos como títulos executivos extrajudiciais.

82 A obrigação assumida pela seguradora é, primeiro, de garantir e, depois, se e quando da concretização do risco e nos termos e limites da respectiva apólice, de indenizar.

Ocorre que, face à ausência de previsão legal sobre o tema, às redações pouco precisas praticadas pelo mercado e ao desconhecimento do ecossistema securitário, a cláusula tem sua plena aplicabilidade pouco reconhecida pelo judiciário. Na mesma esteira, de acordo com a jurisprudência atual, o próprio contrato de contragarantia não seria capaz de preencher os requisitos de um título executivo extrajudicial.

É cediço que, em observância aos princípios da autonomia da vontade das partes e da legalidade, as partes são livres para, dentro dos limites da lei, celebrar o contrato que lhes aprouver, fixando-lhe o conteúdo e as consequências de seu eventual inadimplemento de acordo com seus interesses, como o faz o contrato de contragarantia. O não reconhecimento desse direito judicialmente ameaça a efetividade da cláusula e do contragarantia como um todo e pode afetar sobremaneira a viabilidade do próprio seguro garantia.

A sobrevivência e desenvolvimento do ecossistema securitário dependem da disseminação de conhecimento técnico em matéria de seguros tanto na esfera judicial e legislativa, como na executiva. A garantia de efetividade à pactuação entre particulares, em especial àquelas que traduzem a essência de determinado instituto, ainda que “apenas” socialmente típico, é tão relevante quanto a imposição de limites a excessos contratuais capazes de desfigurar a vontade das partes contratantes. É esse, e não outro, o objetivo do judiciário quando da análise de litígios entre particulares: assegurar a justiça.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.DOC” para os e-mails: conselho.executivo@rsde.com.br.
3. Os artigos deverão ser entregues na seguinte formatação:
 - (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
 - (b) Orientação: retrato;
 - (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
 - (d) Alinhamento: justificado;
 - (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. Em caso de haver alíneas, estas iniciam a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (f) Espaçamento: antes e depois: 0 pt.; entrelinhas: espaço de 1,5 linha no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
 - (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto, corpo 10 para notas de rodapé; cor: preta;
 - (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, salvo em caso de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída ao final do texto transcrito a expressão “grifos do autor”); Espaçamento entrelinhas: simples;
 - (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverá observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.
4. Os artigos deverão possuir:
 - (a) sumário;
 - (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto;
 - (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo o seguinte padrão: SOBRENOME DO AUTOR, Nome do Autor. *Título da Obra*. Cidade: Editora, Ano, p. [página]; e
 - (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.
5. As regras de padronização não especificadas neste roteiro deverão observar o “Roteiro para apresentação das teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro”, divulgado em 2007, disponível no endereço eletrônico http://www.cepeduerj.org.br/roteiro_uerj_web.pdf.
6. Os Conselhos Editorial e Executivo da Revista reservam-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos aos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, aos quais cabe a decisão final sobre a publicação.