



ANO 5 - NÚMERO 1 - ABRIL 2020
I CONGRESSO DA LIBERDADE ECONÔMICA

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 5 - NÚMERO 1 - ABRIL 2020
I CONGRESSO DA LIBERDADE ECONÔMICA

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021

Cássio Lisandro Telles (Presidente)

Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)

Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)

Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)

Henrique Gaede (Tesoureiro)

Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

Escola Superior de Advocacia

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Marília Pedrosa Xavier (Coordenadora de Direito Privado da ESA-PR)

Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Adriana D'Avila Oliveira

William Soares Pugliese

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann e William Soares Pugliese

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia
Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú
80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Versão eletrônica disponível para download

<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Ávila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.5, n.1 (abr. 2020) -- Curitiba: OABPR, 2020. 258 p.

Quadrimestral
Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>
ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)
ISSN: 2525-5770 - (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Ávila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340
2. Direito – periódicos 340.05

Índice

| | |
|---|------------|
| PALAVRA DO PRESIDENTE..... | 9 |
| APRESENTAÇÃO..... | 11 |
| DOCTRINA | 13 |
| LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA, ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO..... | 15 |
| Ana Paula de Barcellos | |
| A INEXISTÊNCIA DE REFLEXOS DIRETOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR.... | 47 |
| Antônio Carlos Efig | |
| A CONTRATUALIDADE NO EPICENTRO DO NOVO DIREITO DO TRABALHO | 75 |
| Hélio Gomes Coelho Júnior | |
| IMPACTOS DA PROPOSTA DE LIBERDADE ECONÔMICA NO ORDENAMENTO DO USO DO SOLO DE CURITIBA | 101 |
| Alberto Maia da Rocha Paranhos | |
| ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA (13.874/2019) | 125 |
| Vanessa de Mello Brito Arns | |
| OS FUNDOS DE INVESTIMENTO E A ‘LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA’ - NOVOS PROBLEMAS PARA UM ANTIGO E CONTROVERSO INSTITUTO? | 145 |
| Luciana Pedroso Xavier & Rafael dos Santos-Pinto | |

**ASPECTOS LEGAIS DO COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE
GESTÃO EMPRESARIAL ESTRATÉGICA..... 177**

Rodolfo Fernandes de Souza Salema

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE..... 211

**UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966/SP -
ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE 213**

Loriane Kavalkeviski

PALAVRA DO PRESIDENTE

O vírus do aprendizado

Este primeiro número de 2020 da Revista da ESA está sendo finalizado em meio à pandemia do coronavírus, com todos os setores da sociedade voltados à preservação da saúde e aos dilemas que surgem sobre o futuro. A advocacia também foi surpreendida e atingida em cheio, com muitos profissionais passando por dificuldades para sobreviver com dignidade enquanto veem as decisões judiciais se alongarem e os clientes rarearem.

É uma época dramática, embora seja igualmente um momento para nos aprimorarmos no exercício da profissão. Partindo da premissa que ao advogado se exige o aperfeiçoamento constante, a Revista da ESA traz uma série de artigos voltados para facilitar a vida de quem milita na advocacia.

Como de praxe aqui na Revista, trazemos autores de alta qualificação no cenário do universo jurídico. Como exemplo, faço questão de destacar o artigo “Contratualidade no epicentro do novo Direito do Trabalho”, do advogado, professor, ex-presidente do Instituto dos Advogados do Paraná, ex-conselheiro federal da OAB e presidente do

Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, Hélio Gomes Coelho Júnior, ícone da advocacia paranaense e brasileira. Ele demonstra o preparo dos autores selecionados pelo nosso Conselho Editorial, verdadeira seleção de mestres.

Tal é a vocação da Revista da ESA Paraná. Trazer a cada quadrimestre uma edição que cumpra papel didático, informativo, juridicamente sólido e de agradável leitura. Um compêndio para servir de apoio às demandas profissionais e, ainda, brilhar na estante do advogado. Já que somos obrigados a conviver com um vírus, que seja o vírus do aprendizado.

Este é o conteúdo que agora você recebe, de forma gratuita, com os cumprimentos de todo o staff da ESA, tendo à frente a Dra. Adriana D'Ávila Oliveira, e da diretoria da OAB Paraná.

Boa leitura! Saúde a todos!

Cássio Lisandro Telles
Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Com muita honra apresentamos o presente número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Atenta às maiores novidades do cenário jurídico brasileiro, esta edição tem como foco a Lei da Liberdade Econômica e apresenta artigos de alguns dos maiores especialistas sobre o tema.

Com este número temático, mantemos aceso o compromisso da OAB-PR e da ESA em proporcionar, com livre acesso, a atualização dos advogados para o melhor exercício profissional.

Agradecemos aos autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR o apoio necessário para a concretização de mais esta edição.

Boa leitura a todos.

Dra. Adriana D'Avila Oliveira

Dr. William Soares Pugliese

Coordenadores Científicos

DOCTRINA

LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA, ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO

Ana Paula de Barcellos

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Pós-Doutora - Harvard. Mestre e Doutora - UERJ. Advogada, consultora e parecerista

Resumo: O artigo sustenta que a análise de impacto regulatório (AIR), de que trata a Lei 13.874/19, tem na verdade fundamentos constitucionais que devem, portanto, ser considerados na regulamentação e implementação da AIR.

Palavras chave: análise de impacto regulatório; liberdade econômica; direito à justificativa

1. Lei 13.874/19, a AIR e sua regulamentação

A chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) trouxe uma série de inovações cujo sentido e impacto ainda estão sendo compreendidos e cuja regulamentação e prática

estão dando seus primeiros passos. Uma dessas inovações é a ampliação da exigência, até então imposta às agências reguladoras, de realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) de que trata o art. 5º da nova lei.

De forma simples, a AIR envolve o dever imposto à Administração Pública federal de, antes de decidir acerca da expedição de atos normativos, avaliar quais os objetivos pretendidos pela norma e seus possíveis efeitos e impactos e tornar pública essa análise, bem como receber e processar eventuais comentários e contribuições por parte da sociedade sobre a proposta normativa e sobre a análise de impacto divulgadas. A Lei 13.874/19 não disciplina a fase de divulgação, recebimento de contribuições e processamento dessas contribuições, mas aplicam-se aqui as normas gerais sobre o assunto previstas na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, e, em relação às agências reguladoras, as previsões específicas da Lei 13.848/19.

O parágrafo único do art. 5º da Lei 13.874/19 prevê que norma infralegal (regulamento) deverá dispor sobre o conteúdo, a metodologia e os quesitos mínimos a serem objeto de exame na AIR, bem como sobre o início da exigência da AIR propriamente e as hipóteses em que ela será obrigatória e em que hipóteses ela poderá ser dispensada. Ou seja: qual deverá ser o conteúdo mínimo dessa análise, como essa análise será feita, que impactos – dos muitos possíveis – serão considerados, como eles serão examinados, como os eventuais interessados e destinatários poderão se manifestar sobre o material divulgado no âmbito da AIR, como a au-

toridade irá processar essas contribuições recebidas, dentre outros temas: tudo isso será definido por regulamento.

Embora a lei mencione regulamento no singular é natural que as diferentes entidades da Administração Pública federal tenham seus próprios regulamentos, e poderá fazer sentido que órgãos, para além das normas gerais contidas em um regulamento básico, tenham previsões internas específicas considerando a realidade das questões que disciplinam.

A imposição, por lei, da exigência da AIR é uma providência importante e que poderá ter resultados muito positivos para as relações entre a Administração Pública e os cidadãos – simultaneamente usuários dos seus serviços e titulares do poder exercido pelo Estado – e para a qualidade da atuação administrativa propriamente dita. Nada obstante, é preciso destacar que a obrigação de justificar proposições normativas é um dever que decorre da própria Constituição de 1988, e não apenas da lei¹.

Nesse sentido, a regulamentação da AIR e sua prática pela Administração deverão ser coerentes não apenas com a literalidade da lei, mas também com as previsões constitucionais que lhe são subjacentes. Neste pequeno estudo se quer discutir apenas dois fundamentos constitucionais que impõem à Administração o dever de justificar previamente eventuais normas que planeje editar. Esses fundamentos

1 BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa, 2016.

constitucionais, portanto, deverão ser considerados quando da regulamentação da AIR pela Administração Pública e na utilização dessa ferramenta.

2. Fundamentos constitucionais da AIR

2.1. A Constituição de 1988 organiza uma república e exige dos agentes públicos o dever de prestar contas. A AIR é um meio de prestação de contas.

Nos termos da Constituição de 1988, o Brasil é uma República e se organiza sob a forma de um Estado Democrático de Direito. Isso significa que todos são iguais e os agentes públicos não são titulares de qualquer poder próprio, mas exercem um poder delegado. A consequência imediata dessa premissa é que os agentes públicos têm o dever de prestar contas à sociedade acerca dos atos que pretendam praticar. A sociedade, afinal, é quem delega poderes a tais indivíduos e quem será afetada pelos atos, caso venham a ser adotados. A aplicação é imediata: normas são editadas por agentes que exercem um poder político delegado e visam a interferir na esfera jurídica das pessoas, de modo que devem ser justificadas. O poder normativo estatal não é um bem de uso pessoal das autoridades.

Não há necessidade de discorrer sobre a distinção entre monarquias e repúblicas como formas de governo distintas a partir dos três critérios que já se tornaram tradicionais: eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade po-

lítica. A distinção, como se sabe, tornou-se menos relevante com o tempo já que muitas monarquias, paralelamente ao núcleo histórico e tradicional da família real, adotam amplas estruturas políticas e práticas republicanas².

De toda sorte, esses três critérios que organizam do ponto de vista operacional as repúblicas – eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade política – decorrem de um pressuposto básico: a igualdade e a dignidade de todos os indivíduos. Porque todos são iguais e igualmente dignos, sua opinião terá o mesmo valor e peso para decidir sobre o que afeta a sociedade política³. Assim, respeitadas condições e procedimentos que garantam de forma permanente essa igualdade e essa dignidade, a tomada de decisões nesse ambiente seguirá a lógica majoritária. Reflexo disso é que os agentes públicos eventualmente encarregados de tomar decisões devem ser escolhidos pela

2 BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição Brasileira de 1988 e as Formas de Governo. *Revista Forense*, v. 356, p. 3-20, 2001.

3 É certo que há outros espaços, diversos daquele próprio à sociedade política, nos quais as opiniões de determinadas pessoas valem mais que a de outras: é o caso da opinião dos pais acerca da criação de seus filhos, das pessoas acerca de suas próprias escolhas existenciais, dos técnicos e professores sobre suas áreas de conhecimento, etc.. Esse é um ponto delicado pois envolve, na realidade, os limites temáticos do Direito oriundo do Estado. Mesmo no âmbito dos debates políticos, o conhecimento técnico pode ser especialmente relevante e não é igualmente compartilhado por todos: o ponto será discutido no texto adiante. Para um exame da questão sob a ótica da *expertise* acadêmica, v. POST, Robert. *Democracy, expertise, and academic freedom: a first amendment jurisprudence for the modern state*. New Haven: Yale University Press, 2012.

maioria ou por critérios por ela definidos, devem poder ser substituídos e terão sempre responsabilidade política perante a população: nesse ponto, como é fácil perceber, a república se comunica com a democracia⁴.

Não há nenhuma novidade no que se afirmou acima e é certo que a relação dos agentes públicos com a população envolve, de um lado, a delegação do exercício do poder político e, de outro, um permanente dever de prestar contas dos atos praticados ou que se pretende praticar, bem como das decisões tomadas⁵. Essa lógica se aplica de forma imediata aos agentes públicos em geral e, por evidente, àqueles que pretendam propor normas a serem expedidas pelo Po-

4 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-a; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 112 e ss.; CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997; e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

5 V. STF, MS 24.725-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.12.2003: “Assiste, aos cidadãos e aos meios de comunicação social (‘mass media’), a prerrogativa de fiscalizar e de controlar a destinação, a utilização e a prestação de contas relativas a verbas públicas. (...) Não custa rememorar que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, eis que a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, impregnada de necessário substrato ético, somente é compatível com um regime do poder visível, definido, na lição de BOBBIO, como ‘um modelo ideal do governo público em público’. Ao dessacralizar o segredo, a nova Constituição do Brasil restaurou o velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, cuja incidência – sobre repudiar qualquer compromisso com o mistério – atua como fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais”.

der Público. As normas são atos do Poder Público da maior relevância que tem grande repercussão sobre a esfera de direitos e liberdades das pessoas. Sua elaboração e expedição veiculam claro exercício de poder político delegado por parte do povo e, por isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada.

A igualdade que conduz à república conduz igualmente à democracia⁶, na medida em que a Constituição explicita essa dupla opção ao afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. A democracia exige, em primeiro lugar, o voto. Para além disso, muitas concepções agregam ao voto outros elementos, sendo dois especialmente importantes.

Em primeiro lugar, a democracia demandaria uma expansão permanente, tanto quanto possível, dos participantes nos debates que antecedem a tomada de decisões públicas, ou mesmo, em alguns casos, na tomada de decisão em si. Em segundo lugar, a democracia exigiria igualmente, para além da ampliação dos participantes, a apresentação de razões e contrarrazões por eles, no contexto de um esforço dos vários envolvidos no sentido de convencer os demais ou ao menos de esclarecer as várias posições existentes. A decisão final, portanto, já não resultaria apenas da agregação de posições previamente definidas, mas de uma reflexão coletiva e, sobretudo,

6 KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

do, justificada⁷, ainda que a regra majoritária continue fundamental, já que o consenso dificilmente é viável em uma sociedade que realmente respeita o pluralismo. Essas concepções são identificadas comumente como democracia participativa e deliberativa (a segunda expressão por vezes englobando a primeira).

É fácil perceber que essas concepções mais participativas e deliberativas da democracia são alimentadas sobretudo pela influência dos direitos fundamentais sobre a dinâmica de funcionamento do Estado. Assim, as pessoas, como titulares de uma dignidade que exige que elas sejam tratadas com respeito pelos demais, têm o direito de receber justificativas acerca dos atos que eventualmente as afetem, e devem igualmente poder influenciar a formação desse ato.

Vale o registro de que mesmo antes de a democracia estar tão intimamente ligada à ideia de igualdade e, *a fortiori*, de soberania popular, bem como ao axioma da dignidade, já se identificava uma ligação lógica e operacional entre a representação política e o debate de ideias. Com efeito, uma das justificativas da democracia representativa era justamente a necessidade de viabilizar uma discussão adequada e, ao fim, a deliberação acerca das questões públicas, debate esse que o povo, coletivamente considerado, não teria condições de levar a cabo. Interessantemente,

7 V. TREMBLAY, Luc B. Deliberative democracy and liberal rights. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 424-454, 2001.

portanto, mesmo a democracia representativa clássica, em suas várias vertentes, acaba por trazer em si a ideia de que seu ofício não se esgota no voto, que é o momento final de deliberação, mas envolve o debate anterior no âmbito dos colegiados⁸.

Do ponto de vista da Constituição de 1988, é certo que um dos conteúdos essenciais da democracia é o exercício do voto secreto, universal e periódico com igual valor para todos por parte dos cidadãos⁹. Em um segundo momento, a rotina democrática se estrutura em torno das deliberações majoritárias dos corpos legislativos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios¹⁰, para além das competências atribuídas aos demais órgãos e entidades estatais. Entretanto, as opções constitucionais no que diz respeito à democracia não se esgotam no voto e uma série de previsões incluídas no texto refletem o ponto.

A opção constitucional no sentido de financiar, ao menos em parte, a propaganda eleitoral concedendo aos partidos acesso gratuito ao rádio e à televisão reflete a

8 HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993; e JELLINECK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1921, p. 536-537.

9 Constituição de 1988: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:” e “Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;”.

10 Constituição de 1988: “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

importância que a Constituição conferiu à exposição de ideias no contexto eleitoral (independentemente, é claro, do uso concreto que seja feito desse recurso público pelos partidos). A extensão da imunidade material conferida aos parlamentares – que não inclui apenas seus votos, mas opiniões e palavras – vai no mesmo sentido, assim como a previsão constitucional das comissões no âmbito das casas legislativas, cujo objetivo é justamente promover um debate específico sobre os projetos em discussão.

Paralelamente, a Constituição pretende de forma específica que ações estatais de caráter permanente se desenvolvam de forma democrática. Para isso, a Constituição indica a necessidade de serem criados espaços permanentes de debate e discussão – ou seja: de apresentação de razões e contrarrazões, críticas e argumentos – e garante a participação da sociedade ou de grupos específicos nesses espaços. É o que acontece, por exemplo, em relação às políticas relacionadas com a seguridade social¹¹, a assistência social¹², a

11 Constituição de 1988: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”.

12 Constituição de 1988: “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II - participação da população, por meio

educação¹³, a saúde¹⁴ e a cultura¹⁵, bem como com a política agrícola¹⁶.

A Constituição assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos nos quais seus interesses sejam objeto de deliberação e decisão¹⁷

de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

13 Constituição de 1988: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;”

14 Constituição de 1988: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade.

15 Constituição de 1988: “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012) § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012 (...) X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012”

16 Constituição de 1988: “Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:”

17 Constituição de 1988: “Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”

e prevê que a lei deve regular formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta¹⁸. Tanto o Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, quanto os Fundos de Combate à Pobreza previam, no plano constitucional, participação de representantes da sociedade civil em seus conselhos e órgãos de gestão¹⁹.

Independentemente do debate teórico, como se vê, parece tranquilo concluir que a opção constitucional em matéria de democracia agrega ao seu conteúdo essencial, para além do voto, tanto a ampliação dos participantes, quanto, sobretudo, a apresentação de razões por parte deles²⁰. E,

18 Constituição de 1988: “Art. 37. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:”

19 Constituição de 1988: “Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010). Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)” e “Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)”

20 FORST, Rainer. *The right to justification*. New York: Columbia University Press, 2007, p. 186: “What is, finally, the “ultimate ground” of

se é assim, e se a apresentação de razões por parte dos agentes públicos é inerente à democracia, as instituições e as práticas públicas em um Estado democrático devem ser concebidas e desenhadas de forma a contribuir para esse resultado²¹. Tal exigência é ainda mais intensa quando a elaboração normativa ocorre não no âmbito do Legislativo – eleito diretamente pelo povo – mas de órgãos da Administração Pública.

Em síntese, em uma república, os agentes públicos exercem um poder delegado e devem prestar contas dos atos praticados ou que pretendem praticar e que tenham repercussão sobre a vida das pessoas. A elaboração e a expedição de normas – cujo impacto sobre a esfera jurídica dos indivíduos é da sua própria natureza – veiculam claro exercício de poder político delegado por parte do povo e, por isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada.

deliberative democracy? As opposed to liberal and communitarian answers, which imply an instrumental understanding of democracy as either one possible or the only means to realize liberal principles or communal values, the ground of deliberative democracy is the basic moral right to justification which – when applied to a political context – calls for an institutionalization of forms of reciprocal and general justification. Thereby, it justifies and models as well as transcends and limits democratic institutions. Democracy is the only appropriate, though never fully appropriate, political expression of the basic right to justification and of mutual respect between persons.”

21 FORST, Rainer. *The right to justification*. New York: Columbia University Press, 2007, p. 181: “Political institutions in a narrower sense, most importantly parliamentary decision-making bodies, also have to be “designed” so that the “force” of the better argument can become a real political force.”

Nesse contexto, a exigência de que aquele que propõe normas apresente a justificativa correspondente, trazendo razões e informações que fundamentem a proposta tendo em conta o problema que se pretende enfrentar, os resultados ao final esperados, e os custos e impactos antecipados, é uma aplicação direta dessa premissa. A regulamentação da AIR deverá permitir que essa exigência seja atendida.

2.2. A Constituição de 1988 exige que a ação estatal, inclusive normativa, observe o dever de proporcionalidade.

Em um Estado Democrático de Direito, não se admite que o Estado, por qualquer de seus órgãos ou entidades, se comporte de forma irracional, caprichosa, irrazoável ou desproporcional. O dever de justificar e de prestar contas, portanto, não é apenas uma formalidade protocolar. Quem propõe uma norma deve demonstrar minimamente como sua proposta faz sentido no mundo, qual o problema que ela pretende resolver, como a solução sugerida é capaz de resolvê-lo, quais seus custos e impactos, e como ela se relaciona de forma mais ampla com os fatos que pretende disciplinar. Explica-se melhor.

O Estado recriado pela Constituição de 1988 é um Estado Democrático de Direito, nos termos do seu art. 1º. Mas o que significa isso? O aspecto democrático do Estado de Direito já foi mencionado acima e se ocupa de como o Direito será criado. Não se admite, portanto, que uma

autoridade ou qualquer outra estrutura, que não possa ser descrita como democrática, simplesmente crie o Direito. Já se viu que esse *como* abarca vários desenvolvimentos possíveis, desde o voto majoritário, passando por mecanismos de ampliação da participação e pelo debate de razões. Seja como for, não é qualquer Direito que atende ao Estado de Direito, mas apenas aquele criado de forma democrática. Superado esse aspecto da expressão, o que significa afinal o Estado de Direito?

Existe amplo debate no âmbito da filosofia e da teoria jurídicas sobre o que exatamente significa e exige o Estado de Direito ou o *rule of law*, conceitos que podem ser aproximados²². De forma simplificada, é possível identificar duas grandes visões sobre o tema: uma que postula uma visão mais restrita e predominante formal e procedimental para o Estado de Direito e outra que, sem prejuízo de acolher esses elementos formais e procedimentais, agrega ainda considerações substantivas. Essas visões divergem quanto ao conteúdo – mais abrangente ou mais limitado – e, de certo modo, essa divergência decorre da função que os autores atribuem ao princípio²³.

22 Para os fins deste estudo Estado de Direito e *rule of law* estão sendo equiparados, embora os dois conceitos apresentem nuances próprias. Sobre o ponto, v. ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, 2001, p. 1309-1310; e VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado x Sociedade: a questão dos direitos humanos. *Revista USP*, p. 87-94, mar./ maio 1991.

23 V. RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, p. 210-232, 2009; FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press,

Para alguns autores, uma vez que se incluem conteúdos materiais no Estado de Direito – como, por exemplo, a proteção dos direitos fundamentais, a redução das desigualdades, etc. –, o conceito perderia especificidade e funcionalidade, pois passaria a significar basicamente tudo o que se pretende que os Estados democráticos contemporâneos venham a proporcionar como resultado de sua ação. Seu conteúdo essencial restaria perdido ou significativamente diluído. De outra parte, outros autores sustentam que uma visão formal e limitada do Estado de Direito reforçaria a percepção equivocada, e por vezes manipulativa, de uma suposta neutralidade do aparato estatal e jurídico, reforçando injustiças, discriminações e violações a direitos. Assim, seria indispensável conectar aos elementos formais do Estado de Direito também pressupostos materiais essenciais²⁴.

Mas quais seriam esses elementos formais do Estado de Direito? As listas apresentadas pelos autores oscilam um pouco, mas há certo consenso em torno de alguns elementos: (i) as pessoas como um todo e também o Poder

1969; e HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

24 V. VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 4, p. 28-51, 2007; O'DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 32-46, 2004; ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1307-1352, 2001; e FALLON JR., Richard H. "The rule of law" as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, p. 1-56, 1997.

Público devem se submeter à lei e obedecê-la; (ii) a lei deve ser efetivamente capaz de guiar a conduta das pessoas; (iii) como decorrência de (ii), a lei deve ser prospectiva, razoavelmente estável, geral, clara e compreensível; e (iv) um Judiciário independente, e ao qual o acesso deve ser facilitado, deve assegurar o cumprimento da lei.

Mesmo os autores que sustentam uma concepção formal do Estado de Direito reconhecem a importância dos qualificadores da lei referidos acima, como as ideias de clareza, generalidade (que se conecta de certo modo com a de igualdade) e compreensibilidade. É relevante observar que embora tais elementos possam ser descritos sob uma perspectiva formal, eles carregam considerável conteúdo substantivo.

Na realidade, haveria uma certa tautologia vazia em afirmar que o Estado deve se submeter à lei – a principal e provavelmente a mais central das garantias decorrentes do Estado de Direito – se qualquer ato estatal pudesse ser qualificado como lei, sem maiores considerações, já que, por definição, o Estado age por meio da lei e do Direito. Sem essas qualificações, qualquer ato estatal – obscuro, abusivo, discriminatório, ilógico, incompreensível – poderia ser qualificado como lei e atender assim à exigência do Estado de Direito do ponto de vista formal. Ou seja: alguma exigência substantiva para a noção de lei é indispensável sob pena de o princípio não ter sentido ou função.

Não se vai aqui ingressar no debate sobre as diferentes concepções acerca do Estado de Direito ou sobre suas funcionalidades. Basta então o registro de que, mesmo conceitos estritos vão qualificar minimamente o que se vai admitir como “lei” ou “Direito”, não operando com um conceito puramente formalista. Assim, exigências como generalidade, igualdade, não discriminação, estabilidade e compreensibilidade por parte dos destinatários são consideradas essenciais para que se possa caracterizar algo como Direito e, portanto, decorrem do Estado de Direito.

Ora, se é assim, é certo que quem elabora as normas está igualmente vinculado a esses mesmos elementos: não poderá elaborar normas incompreensíveis, ilógicas, sem sentido, para além dos outros aspectos referidos, como a generalidade, a irretroatividade e a estabilidade. A justificativa a ser apresentada por quem propõe a criação de normas é um meio de garantir essa clareza e compreensibilidade exigidas pelo Estado de Direito. Nesse ponto é possível fazer uma conexão lógica do que se vem de expor com a garantia do devido processo legal.

A Constituição de 1988 assegura de forma expressa a garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (art. 5, LIV). Historicamente, sobretudo a partir da experiência anglo-saxã, a garantia do devido processo legal se desenvolveu inicialmente à vista da atuação do Estado-Juiz, o chamado devido processo legal processual. Assim, embora o Estado, por meio do Judiciário, pudesse impor restrições sérias à

liberdade e ao patrimônio das pessoas, essas restrições não poderiam ser aplicadas de forma livre ou aleatória. Regras e limites deveriam ser observados nessa atuação estatal, que se desenvolveram ao longo do tempo, tendo em seu núcleo a imparcialidade do juízo e as garantias de defesa.

Com a ampliação dos papéis do Estado ao longo dos últimos 100 anos, a mesma lógica subjacente ao devido processo legal processual – de que a atuação estatal não poderá ser irracional, abusiva, ou ilógica – expandiu-se para ser aplicada também à atuação do Estado-Administração Pública, que passou a ter cada vez mais competências, e chegou igualmente a atividade normativa estatal, que cresceu sem precedentes. O devido processo legal, portanto, sem prejuízo de sua faceta processual, desenvolveu também uma faceta substantiva, como um mecanismo de controle da razoabilidade dos atos do Poder Público em geral, aí compreendidos atos normativos. De forma simples, a ideia é que qualquer ação estatal destina-se a afetar em alguma medida (positiva ou negativamente) a liberdade e os direitos das pessoas, de modo que deve ser no mínimo razoável.

Como se sabe, e a doutrina brasileira destaca com frequência, da tradição alemã, uma ideia aproximada²⁵ que se desenvolveu a partir justamente da garantia do Estado de

25 Embora boa parte da doutrina e da jurisprudência equipare razoabilidade e proporcionalidade, se está de acordo com a parte da doutrina que distingue esses dois conceitos. Sobre o tema, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. O ponto porém não tem especial consequência para o objeto deste estudo de modo que fica apenas o registro teórico

Direito em conexão com o sistema dos direitos fundamentais²⁶: trata-se da exigência de proporcionalidade que se dirige à ação estatal como um todo, e aos atos normativos em particular. Nesse sentido, aqueles qualificadores da lei inerentes ao Estado de Direito referidos acima proscreveriam a ação normativa estatal abusiva, ilógica ou desproporcional, servindo, portanto, como limites às leis e aos atos do Poder Público de forma mais ampla.

Antes da Constituição atual, na realidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já utilizava a ideia de proporcionalidade ou, de forma mais genérica, de razoabilidade, com maior ou menor elaboração, e muitas vezes associada à noção de abuso ou desvio de poder. O primeiro caso apontado pela historiografia do Supremo Tribunal Federal como antecedente da utilização da razoabilidade no século XX foi decidido em 1951, no Recurso Extraordinário 18.331, Relator o Ministro Orozimbo Nonato²⁷. Na hipótese, o Município de Santos havia aumentado em 1.000% o imposto de licença sobre cabines de banho, e determinada empresa afetada alegava que o aumento inviabilizava sua atividade econômica, o que foi acolhido ao fim pelo STF. A Corte invocou a noção, oriunda da experiência norte-americana, de que o poder de tributar é o poder de manter vivo, e concluiu que há limites ao poder de tributar, que

26 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217 e ss..

27 COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX*. Brasília: Thesaurus, 2008.

não pode ser utilizado de forma abusiva de tal modo que inviabilize as atividades econômicas.

A proporcionalidade ganhou muitos desenvolvimentos analíticos na Alemanha, no Brasil e em outras partes do mundo, que procuram operacionalizar sua utilização²⁸. Reproduzindo o modelo mais comumente adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, entende-se que atenderá à proporcionalidade a norma ou ato que seja capaz de atender a três testes sucessivos: o da adequação lógica entre os meios empregados e os fins a que eles se destinam; o da vedação do excesso ou da necessidade, que envolve uma comparação entre os meios adotados pela norma ou ato e outros eventualmente menos gravosos para os direitos envolvidos e igualmente capazes de produzir os resultados pretendidos; e, por fim, o teste identificado como da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida de um confronto da norma ou ato com o sistema constitucional como

28 A doutrina nacional tem elaborado de forma muito consistente o princípio da razoabilidade. Veja-se, por muitos, BÉZE, Patrícia Mothé Gliöche. Devido Processo Legal (Princípio do-). In: TORRES, Ricardo Lobo et al. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-a, p. 198 e ss.; BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1996; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989; DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. In: *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

um todo, de modo a aferir se, ao pretender realizar determinado fim, ela ou ele respeita minimamente as demais normas constitucionais.

Como se pode perceber, a adequação lógica e a necessidade constituem exames internos, tendo em conta a norma ou o ato em si mesmo: seus motivos, meios (efetivamente adotados ou alternativos) e fins. Já a proporcionalidade em sentido estrito descreve um confronto da norma com o sistema externo a ela, a saber, com o sistema constitucional como um todo. O confronto externo é próprio da possibilidade de controle de constitucionalidade que decorre da superioridade hierárquica da Constituição.

Na tradição brasileira, sobretudo a partir da Constituição de 1988, as exigências da razoabilidade e da proporcionalidade dirigidas aos atos estatais em geral, e aos atos normativos em particular, têm sido extraídas pela doutrina e pela jurisprudência tanto da garantia do devido processo legal substantivo quanto da cláusula do Estado de Direito, como de forma mais ampla do sistema dos direitos fundamentais²⁹. Tornou-se inclusive frequente a declaração

29 Gilmar Mendes observa, citando doutrina alemã, que a extração da proporcionalidade de apenas um ou outro dos elementos constitucionais referidos não produziria necessariamente os mesmos resultados, já que a vinculação aos direitos fundamentais e ao devido processo legal diz respeito às relações entre o Estado e os particulares, ao passo que o Estado de Direito abarcaria todas as relações do Estado. Na prática, também na Alemanha, essa distinção não se verifica extendendo-se a compreensão de que a ação do Estado comum tudo demanda o respeito à proporcionalidade. V. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218-219.

de inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público com fundamento nas exigências da razoabilidade e/ou da proporcionalidade³⁰, a tal ponto que parte da doutrina tem inclusive observado a necessidade de maior cuidado na utilização desses parâmetros.

O que a doutrina tem destacado nesse ponto, com razão, é que, no mundo real, as avaliações acerca das relações de adequação lógica entre os meios e os fins, bem como acerca dos meios alternativos capazes de produzir os mesmos resultados de forma menos gravosa são complexas e multifacetadas, e não singelas e lineares como nos exemplos acadêmicos. Além disso, os agentes públicos não dispõem de todo o tempo do mundo para fazer suas avaliações: pressões de tempo estão sempre presentes.

Por fim, a Administração e o Legislativo atuam de forma prospectiva – cabe a elas avaliar e prever da melhor forma possível os resultados futuros de seus atos, mas não há garantias. O Judiciário, portanto, ao avaliar a eventual invalidade de uma norma ou ato sob a perspectiva da razoabilidade ou da proporcionalidade não pode ignorar essas circunstâncias reais nas quais eles foram editados. O julgador não pode perder de vista que se encontra em uma posição totalmente diversa para fazer suas avaliações: o Judiciário examina o que já aconteceu, tem informações

30 COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX*. Brasília: Thesaurus, 2008; e SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

efetivas sobre os resultados produzidos (e não apenas avaliações prospectivas), e não sofre pressões de tempo da mesma natureza³¹.

O que se expôs até aqui corresponde ao conhecimento consolidado no Brasil acerca do Estado de Direito e da razoabilidade e da proporcionalidade como parâmetros de controle da atuação estatal e, em particular, da atuação normativa do Poder Público brasileiro. Há amplo consenso no sentido de que é possível ao Judiciário declarar a invalidade de atos de Poder Público por desrespeito a tais exigências. Mas qual a conexão entre o que se acaba de expor e a justificativa exigida de quem pretende editar uma norma?

O ponto que se quer destacar aqui é o de que os atos do Poder Público não se limitam ao produto final expedido, mas incluem também a sua fase de elaboração. Assim, em um nível menos rigoroso e procedimental, as exigências do Estado de Direito – de clareza e compreensibilidade da norma – e da proporcionalidade devem igualmente ter repercussão também na fase de elaboração das normas.

Boa parte dos problemas de falta de proporcionalidade de uma norma tem origem no momento de sua elaboração, não sendo possível dissociar esses dois fenômenos: a norma e o processo que lhe dá origem. Se não se

31 ÁVILA, Limites e Intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis, *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 369-384, 2004.

identificou de forma minimamente clara no processo de elaboração normativa qual o problema que se pretende enfrentar e quais os resultados que se espera com a providência proposta, as chances de que não haja adequação lógica entre meios e fins será considerável. No mesmo sentido, se não se fez qualquer reflexão sobre os custos e impactos da medida proposta, problemas em torno da necessidade da norma, e da viabilidade de medidas menos gravosas, bem como de infração a outras normas constitucionais, também poderão se apresentar³².

Mas não se trata apenas de prevenir futuras invalidades de normas por desrespeito às exigências básicas do Estado de Direito e do devido processo legal, embora esse seja certamente um fim relevante. Trata-se de incluir o pro-

32 WINTGENS, Luc J. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence. Switzerland: Springer, 2013, posição 438: “I propose to call legislation in the passive and in the active sense. Legislation in the passive sense is a product. It is used in expressions like “environmental legislation” or “tax legislation”. Legislation in the active sense on the contrary refers to the process of legislation. While problems with the rationality of legislation in the passive sense only appear when it comes to interpretation and application, problems of the rationality of legislation in the active sense appear at an earlier state, that is, throughout the process of legislative law making. A legisprudential theory of law that no longer takes for granted the central position of the judge, but also considers the legislator as a legal agent (although he is also a political agent) focuses on the process of legislation or legislation in the active sense. From this perspective, the process of legislation seems to be the appropriate context for the exploration of the rationality of the legislator.”

cesso de elaboração normativa na categoria de atos do Poder Público de forma mais ampla que recebem igualmente a incidência dessas cláusulas constitucionais. Assim como o Estado-Juiz e o Estado-Administrador, também o Estado-Elaborador de Normas está submetido ao Estado de Direito e ao devido processo legal.

É certo que essas incidências serão diferentes, em intensidade e conteúdo, mas ainda assim deverão existir. Nesse contexto, do mesmo modo como o processo judicial e administrativo estão submetidos a normas procedimentais, e também suas decisões finais estarão submetidas a determinadas exigências de forma e conteúdo, assim também o processo de elaboração de normas deve submeter-se a algum tipo de norma procedimental, do mesmo modo que as normas – produto final desse processo – estarão submetidas aos parâmetros constitucionais próprios que limitam seu conteúdo.

Como referido inicialmente, quem propõe uma norma, assim como os demais agentes públicos, deve demonstrar minimamente como sua proposta faz sentido no mundo, quais são suas pretensões, e como elas se relacionam com os fatos que pretendem disciplinar³³. Independentemente

33 OLIVER-LALANA, Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). *Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*. Switzerland: Springer, 2013, posição 3517: “rational lawmaking is impossible without arguments –, this presupposes that lawmakers publicly state and exchange reasons for what they decide.”.

do grau de discricionariedade conferido à autoridade com competência normativa, ela não está livre para ser absurda, ilógica, abusiva, aleatória ou inconsequente³⁴. A disciplina e utilização da AIR devem estar alinhadas com essas premissas constitucionais.

3. Conclusão

Existem diferentes visões políticas acerca do tamanho do Estado e dos papéis que ele deve ou não desempenhar: o dever constitucional imposto ao Poder Público de justificar suas intervenções normativas aplica-se a qualquer dessas visões, em qualquer de seus desenvolvimentos. Trata-se de uma exigência elementar que decorre das opções fundamentais da Constituição de 1988 acerca das relações entre Estado e sociedade – uma república e um Estado democrático de Direito – e da seriedade com que o Estado, por seus órgãos, entidades e agentes, encara sua própria atividade.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

34 FLUECKIGER, Alexandre. La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique? In: *Légistique formelle et matérielle = Formal and material logistic*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 117: “Le législateur dispose d’un vaste espace d’autonomie créatrice dans le cadre des règles constitutionnelles et légales. Il n’est cependant pas libre d’échapper à l’exigence de rationalité.”

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto. Limites e Intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis, *Revista de Direito Administrativo* 236, p. 369-384, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição Brasileira de 1988 e as Formas de Governo. *Revista Forense*, v. 356, p. 3-20, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*, 2016.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-a.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido Processo Legal (Princípio do-). In: TORRES, Ricardo Lobo et al. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Alexandre Araújo. O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX, Brasília: Thesaurus, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. In: *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

FALLON JR., Richard H. “The rule of law” as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, p. 1-56, 1997.

FLUECKIGER, Alexandre. La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique? In: *Légistique formelle et matérielle = Formal and material legistic*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, p. 117-138, 1999.

FORST, Rainer. *The right to justification*. New York: Columbia University Press, 2007.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JELLINECK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1921.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 32-46, 2004.

OLIVER-LALANA, Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). *Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*. Switzerland: Springer, posição 3340 a 4650, 2013.

POST, Robert. *Democracy, expertise, and academic freedom: a first amendment jurisprudence for the modern state*. New Haven: Yale University Press, 2012.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: *The*

authority of law: essays on law and morality. Oxford: Clarendon Press, p. 210-232, 2009.

ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1307-1352, 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TREMBLAY, Luc B. Deliberative democracy and liberal rights. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 424-454, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado x Sociedade: a questão dos direitos humanos. *Revista USP*, p. 87-94, mar./maio 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 4, p. 28-51, 2007.

WINTGENS, Luc J. 2013. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). *Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence.* Switzerland: Springer, posição 186 a 906.

A INEXISTÊNCIA DE REFLEXOS DIRETOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Antônio Carlos Efig

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba/PR. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. E-mail: ace@eradv.com.br

Resumo: O presente artigo trata da Lei nº 13.874 de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e do microsistema de proteção ao consumidor, analisando os possíveis impactos da referida Lei no Código de Defesa do Consumidor. Para isso, é realizada uma abordagem acerca da necessidade de harmonização das novas legislações com o sistema jurídico posto, a fim de que não haja dissidências e antagonismos, sempre res-

peitando os mandamentos constitucionais. Ao final, verificou-se que a Lei da Liberdade Econômica não objetiva realizar alterações no Direito do Consumidor, e mesmo que o fizesse, não teria poder para tanto, uma vez que as normas consumeristas são de ordem pública e possuem natureza cogente. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica por meio do método lógico-dedutivo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Lei da Liberdade Econômica. Livre Iniciativa. Compatibilidade entre Direito do Consumidor e Lei da Liberdade Econômica.

1. Introdução

O Brasil tem enfrentado nos últimos anos um alto índice de desemprego e desestímulo constante na econômica. Muitos justificam que tal cenário econômico é devido, em grande parcela, à demasiada burocratização existente no país e à possibilidade e à facilitação de revisão de cláusulas contratuais.

Frente à essa situação, o governo federal edita em 20 de abril de 2019 a Medida Provisória nº 881 para instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com o propósito de diminuir o desemprego e facilitar a abertura de empresas que exercem atividades de baixo risco. Após muita discussão no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, a MP foi convertida na Lei nº 13.874/2019, com vetos e alterações no texto original.

A nova Lei Federal chamou atenção no que concerne à proteção dos consumidores, uma vez que se poderia imaginar que tal lei interferisse em alguns dos dispositivos consumeristas.

Desse modo, o presente artigo analisa a Lei da Liberdade econômica e os seus possíveis reflexos no Direito do Consumidor. Para isso, é demonstrada a necessidade de harmonização das novas legislações com o sistema jurídico já posto, a fim de que não haja violação de mandamentos constitucionais. Também são expostas as principais alterações realizadas no Código Civil.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica por meio do método lógico-dedutivo.

2. A necessária harmonização das novas legislações com os mandamentos constitucionais

A Constituição Federal brasileira trata da ordem econômica ao dispor sobre os princípios gerais da atividade econômica, prevendo no seu artigo 170 que 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.

Ao tratar da “livre iniciativa”, percebe-se que é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, *caput*, da CF/88 tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a livre iniciativa se esgota na liberdade econômica ou de iniciativa econômica.

Ocorre que, a partir de uma interpretação limitada, pode-se incidir em erros e inconstitucionalidades. O exercício da livre iniciativa que fundamenta a ordem econômica, considerando seus demais princípios, como a proteção do consumidor, torna-se essencial à adequada interpretação do texto constitucional, sem perder de vista os princípios fundamentais constitucionais do art. 1º da Carta Constitucional, quais sejam: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e pluralismo político.

Ainda, deve-se ter em vista os objetivos¹ fundamentais da República Federativa do Brasil devem nortear todas as políticas públicas e atos de estado e governo, previstos no art. 3º da CF/88.

A Constituição Brasileira não adota modelo econômico pronto e acabado, estático. Nessa perspectiva, de ausência de dirigismo econômico total, é que os princípios econômicos constitucionais contidos no artigo 170 e seguintes devem ser entendidos. É o que se espera da ordem econômica informada pela livre iniciativa.²

1 Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2 Como por exemplo em seu art. 173, a CF/88 restringe a atividade econômica pelo Estado a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, a significar que, salvo nesses casos, o Estado não pode funcionar como agente econômico direto, ao mesmo tempo que as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam atividade econômica têm total liberdade para escolher como e em que atuar economicamente.

Nesse sentido, indiscutível a relevância que as empresas possuem como forma de manutenção da produção e circulação de riquezas, como constatam Ribeiro e Vianna³, para quem a empresa é:

[...] fruto de uma sociedade pós-moderna, na qual se verifica uma relação multidisciplinar entre os micros e os macros sistemas que orbitam ao redor da Constituição da República, a qual preceitua no art. 170 que a atividade econômica deve ser incentivada e estimulada pelo Poder Público, estruturando-se sobre alguns princípios fundamentais (v.g., a livre-iniciativa, a valorização do trabalho humano, o pleno uso da propriedade privada, a livre concorrência, dentre outros preceitos gerais) que regem a produção e circulação de bens e serviços no país. A empresa no terceiro milênio incorporou as novidades tecnológicas e tem facetas econômicas e sociais indiscutíveis (WALD, 2005), incorporadas pelo Código Civil de 2002.

Ainda, sobre a necessidade de proteção da atividade empresarial, destaca-se a lição de Comparato⁴ sobre a importância da empresa para a sociedade e a sua capacidade transformadora da realidade social: “[...] se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e

3 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade da pessoa humana: primeiras anotações. **Scientia Iuris (UEL)**, v. 12, p. 79.

4 COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 03.

definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.”

O desenvolvimento da atividade empresarial depende, invariavelmente, da celebração de diversos contratos, os quais pressupõem o atendimento de uma série de requisitos jurídicos para que sejam válidos e possam produzir seus efeitos de modo eficaz.

Contudo, governar um país e conduzir uma nação não é tarefa simples. Por essa razão, questões importantes da economia, como a regulação de mercado, crescimento econômico, liberdade de contratação, entre outras que afetem as relações entre particulares, devem ser muito bem sopesadas e analisadas, a fim de se evitar mais danos do que benefícios à sociedade.

3. As mudanças jurídicas com a lei nº 13.874/2019

Diante da recessão econômica e do alto índice de desemprego no Brasil nos últimos anos, assim como a ideia de que o país é demasiadamente burocrático quando se trata de abertura de empresas, o governo federal, que já vinha dando passos nesta direção, promulgou, em 20 de setembro de 2019, a Lei nº 13.874/2019 que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

A legislação surgiu para estabelecer garantias de livre mercado e alterar a parcialmente a redação de outras legislações, como Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei

nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, Lei nº 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho. Além disso, revogou a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; dando também outras providências.

Com a nova legislação, o governo espera uma maior facilitação e mais segurança jurídica aos negócios, estimulando, igualmente, a criação de empregos. “Pelas contas da equipe econômica, a medida pode gerar, no prazo de dez anos, 3,7 milhões de empregos e mais de 7% de crescimento da economia.”⁵

A chamada Lei da Liberdade Econômica é resultado (com vetos) da Medida Provisória nº 881/2019, editada em 30 de abril do mesmo ano, que, à época, causou grande polêmica, uma vez que dispositivos de diversas legislações, já consolidados há tempos, seriam alterados repentinamente. As Medidas Provisórias (MPs), nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, devem ser utilizadas quando houver relevância e urgência acerca do tema tratado, sendo que esta medida, tomada pelo Presidente da

5 KRÜGER, Ana; RODRIGES, Mateus. Entenda o que muda com a lei da liberdade econômica. 20 set. 2019. In: **G1 Economia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/20/entenda-o-que-muda-com-a-lei-da-liberdade-economica.ghtml>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

República, terá força de lei, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional para que no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, seja convertida em lei.

Assim, muito se questionou quando à constitucionalidade da edição da MP sobre a necessidade de todas essas mudanças terem sido apresentadas em forma de medida provisória e em caráter de urgência. Posto isso, a MP seguiu seu rito e posteriormente foi convertida na Lei nº 13.874/2019.

No artigo 2º da referida lei são expostos os princípios que a norteiam: a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Após a exposição dos direitos, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos, de toda pessoa, natural ou jurídica, são elencadas as garantias de livre iniciativa, dentre eles: criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; redigir enunciados que impeçam ou

retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei.

Em síntese, a referida novel lei traz mudanças quanto à liberação de atividade econômica, à carteira de trabalho eletrônica, ao registro de ponto, ao alvará para atividades de baixo risco, ao sistema e-Social, ao abuso regulatório, à desconsideração da personalidade jurídica (teoria maior do Código Civil), aos negócios jurídicos, aos documentos públicos digitais e aos registros públicos em meio eletrônico. Também prevê a criação de um comitê para súmulas tributárias e novas regras para os fundos de investimento, além de extinguir o “Fundo Soberano”.

As mudanças no Código Civil são as mais significativas ao presente estudo. Em primeiro lugar, a Lei nº 13.874/2019 reforça a ideia, a partir da inserção do artigo 49-A, aos especificar a utilização da teoria maior da des-

consideração da personalidade jurídica, de que o patrimônio das pessoas jurídicas não se confunde com o de seus sócios, uma vez que possui autonomia patrimonial, cujo objetivo é a alocação e segregação de riscos à empresa. Ainda, complementa o artigo seguinte, art. 50, ao detalhar o que é desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Desvio de finalidade é, portanto, nos termos do artigo 50, §1º, a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza; sendo a confusão patrimonial, elucidada no parágrafo seguinte, a ausência de separação de fato entre os patrimônios, como o cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; a transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Ainda, importante ressaltar que o §5º do mesmo artigo traz que não se caracteriza desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Sobre os negócios jurídicos, a Lei da Liberdade Econômica traz que as partes envolvidas no negócio poderão pactuar regras de interpretação acerca do contrato firmado entre elas, mesmo que diferentes das previstas em lei, como dispõe o §2º do artigo 113, do Código Civil. Ademais, este mesmo dispositivo do Codex, em seu novo

§1º, passa a dispor que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; corresponder à boa-fé; for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

A referida lei também inseriu o artigo 421-A no Código Civil, dispondo que os contratos civis e empresariais se presumem paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (como ocorre nas relações de consumos regidas pela lei especial: CDC).

Nesse ponto, deve-se ter claro que flexibilizar as relações de fornecedores com o Estado, não significa dizer que há flexibilização da relação dos fornecedores com os consumidores. Portanto, afirmar que houve, ou que possa haver alguma redução de direitos e garantias dos consumidores, por conta de uma medida que flexibiliza e facilita a execução de atividades econômicas consideradas de baixo risco, pode configurar erro de avaliação.

Segundo Paulo Lôbo⁶, a função social determina que o contrato deve observar os interesses sociais, pois todo contrato repercute no ambiente social, sendo a função exclusivamente individual do contrato, atendendo apenas o interesse dos contratantes, incompatível com a tutela específica econômica e social. O autor ainda destaca que os contratos não protegidos pelo CDC, devem ser balizados pelo interesse social, tutelando a parte vulnerável do contrato.

No artigo 3º, inciso VIII, da Lei da Liberdade Econômica, tem-se que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação entre as partes, aplicando-se as regras do direito empresarial apenas de forma subsidiária. Além disso, assim como o artigo 2º, III, da referida lei, o parágrafo único da nova redação do artigo 421 do CC/02, indica que prevalece o princípio da intervenção mínima do Estado, limitando inclusive a revisão contratual *extra partes*.

Isto é, se há limitação da intervenção estatal, bem como afastamento das normas de direito empresarial, claro está que a vontade das partes tem o poder de sobrepujar o interesse social em prol do interesse entre particulares. No entanto, afastar o interesse social, é afastar a própria função social do contrato, de forma que o dispositivo se torna contraditório em seus próprios termos, o que abre brecha para diversas interpretações destoantes entre si.

6 LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 64.

É necessário ter cautela ao aplicar o texto da norma, em especial por dispositivos que exigem a intervenção estatal, como é o caso da proposta de redação do artigo 423 do CC, que fora revogada quando da conversão da MP em Lei, que ditava claramente que nos casos em que houver dúvida na interpretação das cláusulas dos contratos de adesão, será adotada a mais favorável ao aderente.

Por óbvio que neste caso não haverá respeito à intervenção mínima do Estado, pois se nunca houve discussão acerca dos termos do contrato, quem dirá que ao aderente será concedido qualquer benefício baseado em ambiguidade de cláusulas, em especial quando estas foram redigidas, revisadas e mantidas da forma como estavam pelo próprio proponente.

Sempre válido rememorar que no direito brasileiro, conta-se com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; portanto, inegável é que independentemente da criação de um princípio de intervenção mínima estatal, este princípio sempre estará à mercê do artigo 5º, logo, ainda que em sede de contrato entre particulares, qualquer das partes sempre poderá buscar o Poder Judiciário, conforme o texto constitucional, visto que a novel Lei da Liberdade Econômica não pode se sobrepor ao próprio texto constitucional.

Portanto, há necessidade de uma avaliação minuciosa acerca da redação dos dispositivos da Lei da Li-

berdade Econômica, a fim de evitar-se a criação de interpretações dúbias, com vistas a respeitar o princípio da segurança jurídica, assim como o da previsibilidade das decisões judiciais.

4. O direito do consumidor e a lei da liberdade econômica

A multicitada Lei nº 13.874 de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, visa a facilitação das atividades econômicas, incentivando a livre iniciativa, estimulando a economia e colocando a intervenção estatal como subsidiária e excepcional, ante a presunção de boa-fé dos particulares frente ao Poder Público.⁷ Ou seja, busca-se por meio da nova lei a garantia de segurança nos negócios jurídicos empresariais (civis) e o desenvolvimento econômico (ou sua recuperação) no Brasil.

Segundo o seu art. 1º, § 1º, a Lei nº 13.874/2019 deverá ser observada na aplicação e interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

⁷ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 4. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2019, p. 213.

Destaque-se que não há menção ao direito do consumidor no dispositivo supracitado, motivo pelo qual o melhor entendimento é o de que a Lei nº 13.874/2019, não possui em seus objetivos a alteração ou diminuição de qualquer dos dispositivos de proteção e defesa do consumidor, visto que no rol do o art. 1º, § 1º deste diploma, não há menção às relações jurídicas de consumo ou à Lei nº 8.078/1990 (CDC).

A Lei da Declaração de Liberdade Econômica não quer trazer e não trás qualquer influência ao direito do consumidor, tanto que em seu art. 3º, § 3º, inciso II, admite que não se aplica à legislação de defesa da concorrência, aos direitos dos consumidores e às demais disposições protegidas por lei federal.

Ou seja, o art. 3º, § 3º, inciso II da Lei nº 13.874/2019, por sua vez, é contundente em afirmar que o direito de toda pessoa natural ou jurídica de definir livremente o preço de produtos e de serviços, em mercados não regulados, por ocasião de alterações da oferta e demanda, não se aplica aos direitos do consumidor.

Não só a Lei nº 13.874/2019 exclui o direito do consumidor do rol de diplomas que devem observá-la em sua interpretação e aplicação, mas também contém dispositivo expresso que impede o direito do consumidor de ser sobrepujado por essa norma, o que leva a crer que houve a clara intenção de que a norma consumerista não fosse atingida ou afastada pelo diploma em comento, visto que nem mesmo

houveram alterações ou revogações às legislações consumeristas, notadamente qualquer revogação expressa do CDC.⁸

Isto não poderia ser de outra maneira, pois como é sabido a defesa do consumidor constitui manto constitucional, estando presente no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, além de estar presente no art. 170 também da Constituição, neste caso, indicada como um dos princípios da ordem econômica nacional, logo, não pode ser suprimida por norma que tenha como fim a afetação do cenário econômico nacional por meio de alterações do mercado.

Em sentido oposto ao de afastar a norma consumerista, o diploma das liberdades econômicas deve ser compreendido como norma especial com a finalidade de regular especificamente as relações entre particulares e Administração Pública na inserção de novos fornecedores no mercado de consumo. Logo, é uma norma que não afeta os direitos dos consumidores frente aos fornecedores quando em sede de relação de consumo, mas se restringe a afetar os direitos dos fornecedores frente ao Estado em virtude dos atos autorizativos da inserção de novas atividades econômicas no mercado e as regras para a sua execução.

Ademais, o *caput* e inciso III do artigo 4º da Lei nº 8.078/1990 destacam que a Política Nacional das Relações

8 EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 4. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2019, p. 213.

de Consumo tem como objetivos o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde, segurança, proteção dos interesses econômicos, melhoria da qualidade de vida, transparência e harmonia das relações de consumo, tendo como um de seus princípios, a compatibilização da necessidade de desenvolvimento econômico como forma de viabilizar os princípios em que se fundam a ordem econômica, respeitando-se a boa-fé e o equilíbrio das relações entre fornecedores e consumidores.

A inteligência do CDC segue a via da harmonização e da integração entre os diplomas naquilo que for interessante à defesa e à proteção do consumidor. Por isso, o chamado microsistema normativo das relações de consumo admite o diálogo entre as fontes, a fim de estabelecer parâmetros para a correta atuação dos fornecedores, promovendo a defesa dos interesses dos consumidores, sendo, desta forma, impensável afastar ou diminuir o alcance da norma consumerista frente à liberdade econômica.

Segundo o artigo 3º, *caput* e inciso I, da Lei nº 13.874/2019, todas as pessoas, naturais ou jurídicas, podem desenvolver atividade econômica de baixo risco sem a necessidade de atos públicos de liberação, quais sejam, licença, autorização, concessão, inscrição, permissão, alvará, cadastro, credenciamento, estudo, plano, registro e demais atos exigidos por órgão ou entidade da administração pública como condição para o exercício de atividade econômica, sejam de prestação de serviços ou comercialização de produtos.

As atividades de baixo risco não possuem definição na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, por isso, conforme o art. 3º, § 1º, inciso I, pode-se utilizar para a interpretação da norma que a classificação de atividade de baixo risco será dada por ato do Poder Executivo federal e, na ausência deste ato, aplicar-se-á resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM.

Segundo a Resolução 22/2010 do CGSIM, grau de risco representa o nível de perigo potencial de ocorrência de danos à integridade física e à saúde humana, ao meio ambiente ou ao patrimônio em decorrência de exercício de atividade econômica. Sendo o risco considerado baixo (ou “baixo risco A”, conforme Resolução 51/2019 do CGSIM), a atividade dispensará quaisquer atos públicos de liberação.⁹

O artigo 3º, inciso VI da Lei 13.874/2019, indica que, exercendo seus direitos de liberdade econômica, as pessoas, naturais ou jurídicas, podem *desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente*. A segunda parte deste mesmo dispositivo indica haver a necessidade de regulamentação daquilo que será definido como norma infralegal desatualizada.

9 EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 4. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2019, p. 214.

Isto abre um leque amplo de possibilidades, visto que, em não havendo a referida regulamentação ou sendo ela tardia, ficará a critério das pessoas naturais e jurídicas, exercendo o seu direito, definirem de *per si* o que vem a ser a norma desatualizada, ante o silêncio legislativo. É de se notar que, em comparação com o desenvolvimento tecnológico, especialmente o internacional, a legislação estará sempre desatualizada, de forma que o legislador deverá criar uma regulamentação bastante abrangente e inclusiva de novas tecnologias, ou atualizar a regulamentação constantemente, a fim de integrar as novas tecnologias e manter o regulamento sempre jovem.

De qualquer forma, permanecendo hígida a aplicação do CDC às relações de consumo no Brasil, as denominadas atividades de baixo risco ainda assim deverão atuar, quando inseridas no mercado de consumo, atendendo os princípios da qualidade, adequação, segurança e prestabilidade, sob pena de violação dos direitos dos seus consumidores e da respectiva responsabilização legal.

O artigo 4º da Lei nº 13.847/2019, traz questão que se mostra potencialmente controversa, pois trata do abuso do poder regulatório. Segundo este dispositivo, a administração pública não pode, conforme o inciso VIII, restringir o uso da publicidade e da propaganda, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal. Este dispositivo mostra-se desnecessário, visto que, em realidade, não altera a condição atual em que se encontra a atividade publicitária, afinal, a publicidade enganosa ou abusiva continuará

sendo contrária à lei e, portanto, proibida, ao passo que qualquer publicidade que não viole os dispositivos legais, continuará sendo permitida.

O que este dispositivo causa é uma falsa percepção de alteração legislativa, fazendo crer que houve alguma alteração na forma como a publicidade e a propaganda são tratadas pela lei. Desta maneira, tal dispositivo pode ter como efeito a geração de ações judiciais, visando justamente a discussão da regulação da atividade publicitária, incluindo-se nas razões a possibilidade de abuso regulatório praticado pela administração pública, gerando demandas desnecessárias e sem motivação lógica ou base firme, o que torna tal dispositivo como um verdadeiro desserviço à sociedade.

No que se refere à desconsideração da personalidade jurídica, o diploma das liberdades econômicas mesmo tratando somente da Teoria Maior do Código Civil, peca em vincular a desconsideração ao propósito de lesar, além de indicar a necessidade de requerimento da parte (alteração do art. 50 do CCB). Evidentemente que a alteração legislativa proposta dificulta a desconsideração da personalidade jurídica pelo Código Civil e deve gerar mais segurança do empreendedor em relação ao seu risco de insucesso. Contudo, tal norma não trás qualquer alteração em relação ao artigo 28 do CDC, que indica expressamente que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica quando houver abuso de direito em detrimento do consumidor, sem a necessidade de requerimento da parte.

A Lei nº 13.874/2019, indica que a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. O CDC, por sua vez, indica que as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis; as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis e as sociedades coligadas só responderão por culpa, sendo também desconsiderada a pessoa jurídica sempre que representar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 28 e §§).

Dessa feita, com base no princípio da especialidade e no fato de o CDC ser norma de ordem pública e interesse social, independentemente de haver propósito lesivo dos fornecedores, poderá ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica quando o consumidor sofrer prejuízos, sempre que esta personalidade jurídica dificultar o ressarcimento, ademais, poderá o juiz decretar a desconsideração de ofício, ainda que não requerido pelas partes, ante o disposto na norma consumerista.

Com base nesses mesmos argumentos, o artigo 421, parágrafo único do Código Civil, não poderá alcançar as relações de consumo reguladas pelo CDC, pois não há como prevalecer a mínima intervenção estatal e a excepcionalidade da revisão contratual.¹⁰

10 EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 4. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2019, p. 215.

A inafastabilidade da ação estatal em relações de consumo se conclui do disposto pelo art. 4º, inciso II do CDC, que indica justamente a ação governamental como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, além da alínea “d” deste mesmo dispositivo, a qual indica que a ação governamental de defesa do consumidor se expressa, entre outras formas, pela presença do Estado no mercado de consumo.

No que se refere à excepcionalidade da revisão contratual prevista na Lei nº 13.847/2019 seria impossível de ser aplicada nas relações de consumo, visto que, em direito do consumidor, a revisão das cláusulas abusivas e a modificação de contratos onerosos aos consumidor são as regras consumeristas, ante a vulnerabilidade do consumidor, sendo que a abusividade pode inclusive ser reconhecida de ofício pelo julgador. Destaca-se, inclusive, que a Lei admite como um dos seus princípios, o reconhecimento da *vulnerabilidade* do particular perante o Estado (inciso IV, do art. 2º), podendo ser estendida esta interpretação do particular diante do Estado fornecedor, sem que para tanto seja aceitável a aplicação da lei às relações de consumo.

Conclui-se, portanto, que as alterações realizadas nos dispositivos civilistas não possuem condições de alcançar o direito do consumidor (nem o CDC nem as suas legislações complementares), pois os princípios trazidos no parágrafo único do artigo 421 do Código Civil, assim como as questões atinentes à desconsideração da personalidade jurídica, são diametralmente opostas ao pretendido pelo diploma

consumerista, de forma que em nada somam à defesa e proteção do consumidor, sendo afastadas tais dispositivos ante o princípio da especialidade da norma consumerista.

Portanto, observa-se que do texto da Medida Provisória (nº 881/2019) que antecedeu às discussões legislativas para a concepção do texto final da Lei da Declaração da Liberdade Econômica sancionada pela Presidência da República, houve sensível progresso na sua redação, notadamente pelo fato do texto final objetivar a harmonização dos princípios da ordem constitucional econômica (art. 170 da CF/88) e não de classificar tais princípios por alguma ordenação ou estabelecimento de privilégio dum sobre os outros.

Todavia, não se pode tirar os méritos da nova legislação no campo do direito civil e do direito empresarial, esperando que dentre os seus efeitos, a otimização da atividade econômica, geração de empregos e renda (ao povo e ao Estado pela arrecadação de tributos) consiga harmonizar os princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170 da CF/88), protegendo a concorrência, o meio ambiente e respeitando os direitos dos consumidores.

Diante de todos estes aspectos, ainda cabe reforçar que jamais se poderá admitir retrocessos das garantias conquistadas historicamente e consolidadas na nossa Constituição Federal, especialmente colocando em causa a segurança das pessoas, do meio ambiente, pois a preservação dos valores humanos, sociais e socioambientais é que fixam a identidade cultural como nação e que poderão

gerar um movimento positivo em direção ao desenvolvimento socioeconômico sustentável (como, aliás, também orienta o art. 3º, II e 225, 21 1º, incisos IV e V da CF/88).

5. Considerações finais

A partir das reflexões tratadas e abordadas neste estudo, espera-se que os parlamentares, magistrados e juristas, assim como a toda a sociedade, apliquem a interpretação mais adequada ao artigo 3º da Lei nº 13.874/2019, compatibilizando-o com o direito e a defesa do consumidor, devendo assim ser aplicado em observância às disposições consumeristas, pois a vulnerabilidade do consumidor não pode ser ignorada, independentemente das questões de liberdade econômica que permeiam as iniciativas dos fornecedores no território brasileiro.

Reforça-se a inequívoca compatibilidade do direito consumerista com a liberdade econômica, é citada no próprio texto da Lei da Liberdade Econômica. O inciso III do art. 3º dita que são direitos das pessoas físicas ou jurídicas definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda.

Evidentemente que a vulnerabilidade do consumidor deve ser utilizada na interpretação das normas. Por esta razão, o entendimento mais acertado é o de que o direito consumerista, por ser norma de ordem pública, ainda conta com a aplicação da desconsideração da personalidade

jurídica sempre que houver lesão ao direito do consumidor (teoria menor do CDC).

Quando do estudo do direito do consumidor, é necessário ter-se em mente que, por se tratar de pessoa vulnerável, os danos causados ao consumidor por ato ilícito, devem ser reparados, independente de dolo ou culpa do fornecedor, motivo pelo qual não há que se discutir se a lesão foi causada na forma dolosa, as únicas discussões plausíveis quando houver comprovada violação do direito do consumidor, é se a responsabilidade do fornecedor é solidária ou não diante da obrigação de reparar o dano, dolo e culpa devem ser discutidos em eventual ação regressiva.

Cite-se o artigo 187 do CC/02, que é claro ao dispor que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nesse dispositivo, é possível compreender que este não é o momento adequado para a discussão acerca de dolo ou culpa, uma vez violado o direito, ato ilícito estará consumado.

Ademais, o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil¹¹, orienta “art. 187 - A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Com base

11 **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

nesse enunciado, o melhor entendimento é que a inclusão do termo “dolo” em dispositivo que trate de responsabilidade civil em realidade é uma regressão, visto que retoma a discussão sobre questão já pacificada pela doutrina e pela jurisprudência.

No que se refere ao inciso X do artigo 3º, há um avanço que beneficia a sustentabilidade. O referido dispositivo dita que os documentos podem ser arquivados em microfilme ou por meios digitais, o que contribui para a diminuição do uso de papel e equipara documentos digitais a documentos físicos, tornando a Lei mais adequada ao processo eletrônico.

Novas regras a respeito da atuação de fundos de investimentos de fato poderão trazer resultados positivos para impulsionar os negócios no Brasil que estão estagnados, mais uma vez, não por falta de legislação, mas por falta de confiança da população e consumidores de que as decisões estratégicas governamentais miram ao aprimoramento do nosso ordenamento jurídico e não somente acomodar interesses econômicos transitórios e oportunistas.

Referências bibliográficas

BRASIL, Ministério da Economia. **Apresentação – MP Liberdade Econômica**. 30 abr. 2019. Disponível em: < <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf/view>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 03.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 4. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 238-240.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

KRÜGER, Ana; RODRIGES, Mateus. Entenda o que muda com a lei da liberdade econômica. 20 set. 2019. *In*: **G1 Economia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/20/entenda-o-que-muda-com-a-lei-da-liberdade-economica.ghtml>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 64.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade da pessoa humana: primeiras anotações. **Scientia Iuris (UEL)**, v. 12, p. 79.

A CONTRATUALIDADE NO EPICENTRO DO NOVO DIREITO DO TRABALHO

Hélio Gomes Coelho Júnior

Advogado (UFPR), Professor Direito do Trabalho (PUC-PR), Especialista (PUC-SP e FDC) e Mestre em Direito (Unicuritiba). Coordenador do Livro *As Novas Matrizes do Direito do Trabalho*, editora LTr, 2019, com Luiz Eduardo Gunther. Articulista no Livro *Reforma Trabalhista Ponto a Ponto*, editora LTr 2018,

1. Ambientação

É velha a discussão sobre o lugar enciclopédico do Direito do Trabalho, que regula o liame que ata empregado e empregador, na ciência (ou arte) do Direito. Público, privado, social, misto ou unitário. Controvérsia à parte, é privado.

É antiga a polêmica sobre a natureza do contrato individual de trabalho¹, mais ainda quando ele corresponde à relação que propicia surgir. Foi a opção de contentar o

¹ CLT. Art. 442: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

contratualismo – aludindo a um acordo tácito ou expresso – sem desagradar ao institucionalismo – mencionando a relação de emprego. Debates ao largo, é contratual.

Deixando à academia a gênese do nosso Direito e a genética do predito contrato, bom dizer que ambos, atualmente, conduzem a vida de mais de 33,4 milhões de trabalhadores e de milhões de empresas que os empregam aqui no Brasil. Em tempos de economia saudável, sim, já albergaram mais de 40 milhões.

Sempre bom lembrar que, no nosso torrão, são as micro e pequenas empresas as que mais contratam, sendo que as médias e grandes corporações não impressionam, no fundamento, ainda que sejam as que mais pressionem por revisões legislativas e judiciais do predito Direito.

Prudente dizer também que o emprego industrial, que foi a cunha do Direito do Trabalho e inspiração da CLT, está em franco declínio na geração de postos de trabalho, dada a constatação de que as empresas adotam às largas a automação, a robótica e afins, afora a terceirização, alforriada pelo STF do jugo da jurisprudência do TST, por quase três décadas.

Quem mais empregou em 2019 foram os setores de serviços, comércio e utilidade pública. Para além do universo urbano, o setor agrícola mantém boa estabilidade, além de cumprir com a importante regulação do processo migratório campo-cidade.

Tais indicadores, que foram sendo sedimentados por anos e décadas, eram convite explícito para um repensar para além da regulação posta, via uma consolidação de leis feita no curso da segunda guerra mundial.

2. A CLT

A vetusta CLT (1943) nasceu na Ditadura Vargas (Getúlio), adolesceu na República Liberal Populista (Gaspar Dutra, Getúlio Vargas – trazido pelo voto popular), Café Filho, JK, Jânio e Jango), amadureceu na Ditadura Militar (Castello, Costa e Silva, Médici, Geisel e Figueiredo) e na Nova República (Sarney, Collor, Itamar e FHC), alcançando a terceira idade nos governos petistas (Lula e Dilma) e tampão (Temer).

No interregno de sete décadas, com certa recorrência – entendida como reaparecimento frequente de um fato ou fenômeno – , pensou-se em alterá-la: Mozart Victor Russomano (1963), Evaristo de Moraes Filho (1965), Comissões Interministeriais (1974 e 1975), Anteprojeto (1979), PL 5.483 (2001-FHC) e, por fim, o Fórum Nacional do Trabalho (2003-Lula). Pensou-se e não se fez, senão por pontuais enxertos e uma penca de leis extravagantes.

Para surpresa de todos, no país recém-saído de processo de impedição (Dilma), com Executivo (Temer) e Legislativo (Inocêncio e Maia) desacreditados e acuados e Judiciário (Supremo Tribunal Federa - STF e

Tribunal Superior do Trabalho - TST) ativíssimo, acabou vindo a lume a mais inesperada, extensa e funda reforma trabalhista.

A partir de uma anêmica proposta do Executivo², o Congresso Nacional, em não mais do que meio semestre, a toque de caixa e sem a necessária audição das entidades sindicais representativas dos trabalhadores e empresas, reescreveu a CLT no ano de seu 74º aniversário.

Adversários do escrito não foram poucos³, sendo emblemática a atuação da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) que, de modo apriorístico, ou seja, sem experimentação, editaram mais de cento e vinte e cinco (sim, 125) enunciados maldizendo as novas regras.

Passados dois anos, sopesados discursos e prática, o STF tem um pequeno, senão irrelevante, estoque de questionamentos das tantas ditas e alardeadas inconstitucionalidades⁴. Em um só julgamento, que declarou a constitucio-

2 PL nº 6787, de 22.12.2016, que tratava de multas, trabalho em tempo parcial, representação de trabalhadores, negociado e legislado (para 13 eventos), ação anulatória e efeitos, contagem dos prazos judiciais em dias úteis e trabalho temporário.

3 Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Ordem dos Advogados do Brasil, Associações de Advogados Trabalhistas, Centrais Sindicais, Confederações, Federações, Sindicato e Academias.

4 Contribuição Sindical (18 ADIs e 1 ADC), Grávida e Ambiente Insalubre (1 ADI), Justiça Gratuita (1 ADI), Depósito Recursal (01 ADI), Tarifa do dano

nalidade da regra que tornou facultativa a contribuição em favor dos sindicatos, foram julgadas dezenove ações.

O Brasil foi convidado a pensar a “nova CLT”.

3. As novas matrizes

As novas regras, absorvidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, mercê de Leis Federais⁵ surgidas em 2017 e por significativas decisões plenárias do STF⁶ em 2018, determinaram profundas e extensas alterações no direito material, sindical e processual e, de través, impuseram também à magistratura, ao “parquet” e à advocacia especializados, uma ressignificação de comportamentos e conceitos.

Do todo inovado, as presentes notas cuidarão de pequeno recorte, algumas observações sobre a capacidade negocial atribuída diretamente aos sujeitos da relação jurídica de emprego e também aos seus representantes coletivos.

No direito individual há um largo campo para ajustes diretos entre empresa e empregado, que vão da modelagem dos contratos (*intermitente, hipersuficiente, tempo parcial*

extrapatrimonial (04 ADIs), Índice à Atualização dos Débitos (01 ADI e 02 ADCs), Trabalho Intermitente (04 ADIs), Jornada 12x36 (01 ADI), Petição inicial e pedido líquido (01 ADI), Dispensas Coletivas (01 ADI) e rito à edição de Súmulas pelos Tribunais (01 ADC).

5 Leis Federais nº 13.429, de 31.03.2017, e 13.467, de 14.07.2017.

6 STF: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 (relator ministro Luís Roberto Barroso) e Recurso Extraordinário (RE) 958282 (relator ministro Luiz Fux): *a terceirização é lícita em todas as atividades empresariais* (7 votos a favor e 4 votos contra).

e *teletrabalho*), perpassam pelos elementos mais significativos, com reconceituação do salário (*desidratação das verbas que o compõem*) e jornada (*compensações de horas, mensal e semestral*), culminando com a possibilidade da declinação da Justiça do Trabalho como caminho à resolução de conflitos (*arbitragem*) ou sua utilização sem litígio (*acordo extrajudicial com homologação*).

As contratações e concertos estão ao alcance direto de empregados e empregadores, sob os auspícios de lei federal.

No direito coletivo, do mesmo modo, colou-se a facultatividade da contribuição sindical à liberdade de filiação⁷, constitucionalmente afirmada, rompendo o duto da receita garantida às entidades de classe – obreiras e patronais –, e atribuiu-se inédita importância aos acordos e convenções coletivos de trabalho que prevalecerão sobre a lei, na forma da regra 611-A da CLT, que não é esgotante, observadas as catalogadas restrições, que são taxativas, apontadas na regra seguinte, 611-B.

A propósito, todos os casos judiciais que envolvam a discussão sobre a validade de norma coletiva, que limite ou restrinja direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, estão nacionalmente suspensos, desde julho último, por decisão proferida pelo STF⁸, até que seja julgada a maté-

7 STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794 (relator ministro Edson Fachin): fim da contribuição sindical compulsória (6 votos a favor e 3 contra. Não participaram do julgamento os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski)

8 STF: Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633 (relator minis-

ria pelo Plenário físico à vista da repercussão geral decidida no Plenário virtual. A pauta do STF para o primeiro semestre de 2020, já anota o referido julgamento para o próximo maio.

No novo paradigma legislativo, a advocacia especializada, o “parquet”, e a justiça do trabalho também foram cooptados.

A Advocacia passou a conviver com os honorários de sucumbência, antigo pleito dos advogados, que trouxe à atividade a velha máxima de que o advogado deve ser o primeiro juiz da causa, o que já é observado às largas, seja pelo decréscimo significativo do número de ações trabalhistas – 1/3 delas desapareceram –, seja pela contenção de pedidos postos nas peças iniciais.

O MPT, quando do ajuizamento de ações anulatórias de cláusulas de convenção ou acordo coletivos, passa a conviver com a expressa possibilidade de ver anulada eventual cláusula compensatória, afora estar obrigado também expressamente a arrostar todos os partícipes do negócio coletivo alvejado à relação processual.

Os Tribunais do Trabalho, Superior e Regionais, quando da elaboração ou alteração de suas súmulas, devem cumprir uma adequada modulagem, a partir da indicação do pensamento turmário prevalecente e votação qualifi-

tro Gilmar Mendes): “*Por isso, admito a CNI como amicus curiae e determino a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do artigo 1.035, parágrafo 5º, do CPC, uma vez que o plenário virtual do STF reconheceu a repercussão geral do tema*”.

cada, afóra a exigência de sessões públicas, previamente anunciadas, assegurado direito à sustentação oral dos interessados (procuradoria, advocacia, entidades sindicais).

A “nova CLT”, derivada da Lei nº 13.467/17, alcunhada de “reforma trabalhista”, buliu com o direito individual, direito coletivo, direito processual, espriando-se nas relações que colhem mais de trinta e três milhões de empregados e milhares de empresas e, de inhapa, pôs a advocacia, a judicatura e o “parquet” a pensar e ressignificar seus ofícios.

4. A continuação da “reforma trabalhista”

A regulação trabalhista não parou de ser repensada, o que é possível constatar com três eventos contemporâneos à produção do presente escrito.

O primeiro.

Com a apresentação pelo Executivo da Medida Provisória nº 881, que cuida da *Liberdade Econômica*⁹, a Comissão Mista da Câmara de Deputados aproveitou para “enxertar” um punhado de regras trabalhistas (*aplicação da legislação trabalhista a quem ganha até 30 salários mínimos, extinção da CIPA em algumas atividades, liberação do trabalho em domingos e feriados, criação de um “CARF” trabalhista e etc.*), de modo absolutamente indevido, utilizando-se da malfadada operação “jabuti”.

9 MP-881 de 30.04.19: *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e altera os dispositivos legais que cita.*

Advertidas as Casas – Câmara e Senado –, a prudência prevaleceu, e houve a remoção de boa parte do embutido, remanescendo, ainda assim, novas regras trabalhistas que alteraram a CLT, a partir da sanção da Lei nº 13.874, de 20.09.19.

A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) passou de física a digital. O Cadastro de Pessoa Física (CPF) é a identificação do empregado. Documentos relativos ao contrato passam à armazenagem eletrônica. Empresas com até 20 empregados não necessitam mais de controle formal de ponto; e, a todas as empresas, está assegurada a adoção do “registro de ponto” por exceção, ou seja, o ordinário não será registrado, bastando que assim seja diretamente acordado com o empregado.

Com a novel Lei, a CLT foi desidrata em mais vinte artigos.

O segundo.

O Governo Federal criou o *Grupo de Altos Estudos do Trabalho* (GAET)¹⁰, composto também por ministros e magistrados, O novel organismo trabalhará em quatro temáticas, tendo como escopo a continuidade da “reforma trabalhista”.

Entre os muitos alvos, o fim da “unicidade sindical”, que necessitará de uma proposta de emenda à Constituição.

10 Gazeta do Povo, 30.08.2109, 11h54. Acesso: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/reforma-trabalhista-bolsonaro/>

O terceiro.

Apanhando de inopino os que trabalham e dão emprego, o Executivo editou a Medida Provisória nº 905, em 11.11.19, que institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e, não menos importante, ainda avançando na “legislação trabalhista”.

A referida MP, que tramita nas duas Casas do Legislativo e já colhe mais de 1.900 emendas, teve prorrogada a sua vigência, por mais 60 dias, a partir do ato (11.02.20) do presidente da mesa do Congresso Nacional.

O contrato “verde e amarelo” é ferramenta que pretende criar o “primeiro emprego” a trabalhadores ente 18 e 29 anos, com salário até 1,5 salários mínimos (R\$ 1.567,50), com direitos reduzidos (p. ex. redução do FGTS para 2%) e desoneração (34%) da contribuição patronal ao INSS, sistema S e salário educação.

A MP também libera o trabalho dominical, exonera de vez as empresas da obrigação de contribuir com a multa de 10% - quando da despedida sem justa causa, prevista na LC nº 110;2001 - afora autorizar o armazenamento em meio eletrônico de qualquer documento relativo a direitos e deveres trabalhistas, entre outras regras, cabendo menção à atividade dos auditores (fiscais), pois ela aumenta as hipóteses de “dupla visita”, antes da autuação, define as infrações em quatro gradações, com multas que no máximo poderão alcançar o valor de R\$ 100.000,00.

Há no STF três Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a MP referida.

O Direito do Trabalho continuará sendo pensado e (re)escrito sob novos vieses, sendo a contratualidade - individual e coletiva – o ponto de inflexão.

Pincemos – dentre as incontáveis novas matrizes legislativas – dois novos paradigmas do direito individual e dois outros do direito coletivo, que roborem a contratualidade como o epicentro do novo Direito do Trabalho.

5. Ambiente Individual

5.1 Contrato de Trabalho Intermitente

Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego¹¹, no dizer da CLT, não obstante as clássicas críticas à correlação contrato-relação.

O contrato pode ser verbal ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado e, a partir da “reforma trabalhista” de 2017, apôs-se, a menção “*ou para prestação de trabalho intermitente*”¹².

11 CLT. Artigo 442.

12 CLT. Artigo 443: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, **ou para prestação de trabalho intermitente**”.

A CLT, ainda que de modo oblíquo e para categoria específica de empregados, já trazia menção ao “... *serviço de natureza intermitente ou de pouca intensidade*”¹³, quando da regulação do trabalho ferroviário.

No novo molde contratual¹⁴ - que só não pode ser utilizado para os trabalhadores aeronautas -, tem-se como *intermitente* o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.

Empresas e empregados podem livre e diretamente ajustar a prestação de serviços intermitentes, sendo que forma, procedimentos e direitos vão traçados na regra 452-A.¹⁵ e seus parágrafos.

Conveniente dizer que o contrato em comento foi objeto de recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho que, por sua 4ª Turma, proveu recurso de revista, interpos-

13 CLT. Artigo 237, d: “*pessoal cujo serviço é de natureza intermitente ou de pouca intensidade, embora com permanência prolongada nos locais de trabalho; vigias e pessoal das estações do interior, inclusive os respectivos telegrafistas*”

14 CLT. Artigo 443, § 3º.

15 CLT. Artigo 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

to em uma ação de rito sumaríssimo, e cassou acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que declarara a nulidade do contrato em comento, ao argumento de que ele só é de ser tido por válido em casos excepcionais, para atender demandas intermitentes em pequenas empresas e não e nunca em posto de trabalho efetivo.

O corte do TST é digno de nota, quer por ser a primeira decisão¹⁶ que provém da Corte, quer por enfrentar a teimosia dos tribunais de não respeitarem o princípio da legalidade:

O 3º Regional, refratário, como se percebe, à reforma trabalhista, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica.

O trabalho intermitente é de ser visto como uma boa possibilidade de inserção de trabalhadores que mourejam na informalidade, bem assim uma porção de outros que não tenham interesse, e as razões são várias, de uma vinculação contínua e em tempo integral. Às empresas, também, uma boa possibilidade de ajustar o contingente de empregados ao fluxo da produção de bens ou serviços.

O mundo real indica a utilidade. Exemplifiquemos.

No segmento da prestação de serviços que, como já dito, é o que mais emprega, quantos são os negócios que

16 TST, 4ª Turma, acórdão proferido no processo TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097, unânime, DJE de 09.08.19.

necessitam, além dos empregados regulares, um suplemento de trabalhadores em determinados dias, épocas ou eventos? Restaurantes, hotéis, bares, clubes e por aí segue entendem do assunto.

Mais sensata, sem dúvida, é a contratação intermitente, nos moldes indicados, que traduz segurança jurídica, bem delineados os direitos e as obrigações de cada parte, proteção previdenciária¹⁷, indubitosa a condição de segurados.

A intermitência não pode ser vista como a antevéspera de um emprego padrão?

Ou será melhor prosseguir com os trabalhadores informais, sem registro, fazedores de “bicos”, que recebem o valor ajustado e nada além?

Passar de olhos no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) indica o crescimento do trabalho intermitente, com um salto “...de 5,5% no primeiro semestre de 2018 para 9,4% no mesmo período deste ano. Em junho, o trabalho intermitente correspondeu a 21% do total de postos criados”.¹⁸

Há, no Supremo Tribunal Federal, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁹ a questionarem o trabalho inter-

17 RFB, IN 1.867, de 25.01.19, dispôs sobre a contribuição pelo segurado empregado contratado para o trabalho intermitente.

18 MOTA, Camila Veras. Trabalho sem salário fixo e com jornada reduzida avança. BBC News/Brasil. São Paulo, 07.08.2019. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49213852>.

19 STF. ADIs 5826 e 5829. Relator Min. Edson Fachin. Pareceres da

mitente, pelo viés da precarização. Outras duas²⁰ existentes foram julgadas improcedentes.

O adendo “*ou para prestação de trabalho intermitente*”, apostado no artigo 443 da CLT, não deverá ser declarado inconstitucional, ante a percepção de que o novel contrato, como disposto, não se atrita com o artigo 7º da Constituição Federal.

Viva o novo molde contratual, que pode trazer à formalidade um incalculável número de trabalhadores, que nem sequer têm alguma proteção previdenciária.

5.2 Contrato de Trabalho do Autossuficiente

O empregado que receber salário igual ou superior a duas vezes ao limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social está franqueado a contratar cláusula compromissória de Arbitragem regulada pela Lei 9.307 de 1996.

Por outras, aquele que tiver salário superior a R\$ 112.202,12²¹ está apto a eleger a Arbitragem como meio de resolução de conflitos, sendo que tocará à pessoa ou à entidade privada escolhida a solução de eventual controvérsia.

PGR pelo não conhecimento e, no mérito, pela improcedência.

20 STF. ADIs 5950 E 5806, foram apensadas à ADI 5794 (julgada improcedente, com a procedência da declaratória de constitucionalidade da contribuição sindical facultativa).

21 O teto do benefício máximo do INSS, a partir de janeiro de 2020, foi fixado em R\$ 6.101,06.

No direito coletivo do trabalho, o instituto da arbitragem tem prestígio constitucional²² à resolução dos conflitos dos negócios jurídicos coletivos (regra 114, § 2º) e é também, juntamente com a mediação, o meio de resolver o impasse negocial da participação nos lucros ou resultados (Lei nº 10.101/2000)

O instituto da arbitragem era raramente encontrado no direito individual, podendo ser lembrado no trabalho portuário (Lei nº 8.630/93), na atuação do Ministério Público do Trabalho (LC nº 75/1993) e no esporte (Lei 12.395/2011), estas facultativas e aquela compulsória.

O dique de contenção estava no argumento da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Notável avanço.

No estoque do Supremo Tribunal Federal, não há registro de ação que pretenda vulnerar, pela raiz constitucional, a possibilidade de *“nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no*

22 CF-1988, art. 114, § 2º (redação original): *“Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”*.

9.307, de 23 de setembro de 1996”.²³

Os empregados com salários elevados, que têm seus direitos trabalhistas constitucionais e legais integralmente assegurados, receberam a possibilidade legal de adotar um modo alternativo de solucionar controvérsias fundadas no contrato de emprego, que dependerá da sua manifestação de vontade.

A judicialização traz consigo a certeza da demora, do gasto e da publicidade, enquanto a alternativa do árbitro lhe traz a convicção da celeridade, previsibilidade do custo e privacidade.

O desgosto pelo Estado-Juiz tem sido uma tônica das partes que dele precisam.

Mas os empregados autossuficientes podem mais, quando detêm o diploma de nível superior, pois lhe foi assegurada a liberdade de negociar sobre o legislado.

As relações contratuais de trabalho sempre puderam “... *ser objeto de livre estipulação das partes interessadas*” em tudo quanto não contraviessem as “... *disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.*”, como prescreve a regra 444 da CLT.

A partir da Lei nº 13.467, o empregado autossuficiente e com grau universitário passou a contar com a novíssima permissão de contratar, pois “*a livre estipulação a que se*

23 CLT. Artigo 507-A.

refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos...”, fruto da inserção de parágrafo único ao referido artigo.

Ou seja, estendeu-se ao empregado que cumpra com os dois requisitos legais (ganho superior ao dobro do teto previdenciário e título universitário) a possibilidade de negociar individualmente com o seu empregador as hipóteses catalogadas no novel 611-A²⁴ da CLT, dispondo diversamente ao posto na lei.

Salário e grau de educação diferenciados dão ao trabalhador uma capacidade negocial distinta, portanto.

24 - CLT. Artigo 611-A, incisos I a X e § 3º: pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; banco de horas anual; intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; e, participação nos lucros ou resultados da empresa. E, se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

Não há dados oficiais que traduzam em números os trabalhadores empregados e que atendam aos requisitos de ganho e escolaridade de modo concomitante. Há notícias de que não mais do que 1,5% de trabalhadores assim se arrumariam. Se veraz a indicação, algo como 500.000 empregados.

Do extenso rol posto no artigo 611-A da CLT, e dado como negociável diretamente entre empresa e empregado, há um que pode ser questionado, na medida em que o legislador não poderia dispor entre eles a redução de salário, quando é certo que a Constituição Federal, de modo taxativo²⁵, só consente com a ela se fundada em disposição de acordo ou convenção coletivos de trabalho.

Viva o novo molde.

6. Ambiente Coletivo

6.1 Acordo Coletivo sem exegestas

O direito se exterioriza por suas fontes formais, que podem ser heterônomas ou autônomas, estas elaboradas pelos próprios interessados e aquelas de origem estatal. Em foco fechado, a sentença normativa (Estado-Juiz) e acordo e convenção coletivos (negócios privados), como ferramentas dos habitués do *ius novum*, exemplificam umas e outras.

25 CF. Artigo 7º, VI: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Estreitando mais, convenção coletiva e acordo coletivo (regra. 611 da CLT) têm reconhecimento constitucional (regra 7, XXVI) há trinta anos e passaram a prevalecer sobre a Lei (regras 611-A e 611-B da CLT) a partir de novembro/17 e, basicamente, distinguem-se pelo critério da abrangência, a primeira mais alargada por regular categorias e a segunda restrita aos empregados da empresa que o assinale.

Os dois instrumentos coletivos, todavia, desde 1967, tinham uma regra de convívio bem gizada: “*as condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo*” (620 da CLT).

Tal texto, senão pela literalidade do escrito, mas pela aplicação do princípio da norma mais favorável, permitia aos Juízes a liberdade interpretativa de aplicarem a teoria da acumulação, ou seja, extrair da CCT e do ACT “... *todas as vantagens conferidas ao empregado, fracionando as diversas fontes normativas em verdadeira “colcha de retalhos” ...*”²⁶ .

Por outras, sopesadas as cláusulas de uma convenção coletiva à face das cláusulas de um acordo coletivo de trabalho, caberia ao intérprete pinçar o que mais favorecesse ao empregado, em cada uma das normas coletivas. Os tribunais proferiam decisões, nos idos dos anos 1970 e

26 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Conflitos de Leis Trabalhistas no Espaço. In. Síntese Trabalhista. 130^a. ed. Ed. Síntese: Porto Alegre, abr./2000.

1980, fazendo o pinçamento acumulativo, dando ao trabalhador o melhor dos dois mundos e ao empresário o pior deles, que era o desestímulo à negociação direta embrulhado na insegurança jurídica.

Sem a modificação da regra 620 da CLT, a doutrina evoluiu para a interpretação conglobada, em desfavor da separação tópica, passando a adotar a norma coletiva mais favorável pela análise integral do conjunto de cláusulas de cada instrumento (convenção ou acordo).

A jurisprudência²⁷ indicou tal norte:

Da exegese do artigo 620 da CLT, tem-se que, no conflito entre acordo e convenção coletiva de trabalho, deve prevalecer a norma mais benéfica ao empregado, entendida essa no seu todo, tendo em vista a teoria do conglobamento adotada por este Tribunal Superior. 2. Recurso de embargos conhecido e não provido”

Menos ruim, mas ainda imperfeito, na medida em que o todo mais benéfico seguia dependendo do intérprete, juiz ou Corte.

O que é melhor ao trabalhador, um piso salarial de R\$ 1.000,00 e um plano de saúde, conforme está no acordo, ou um piso salarial de R\$ 1.250,00 e um vale alimentação de R\$ 50,00?

27 TST, SBDI-1, processo E-RR 165300-14.2007.5.18.0011. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, publicado em 16.5.2014.

O artigo 620²⁸ foi reescrito e, em um átimo, erodiu o atomismo e a conglobação, e dispôs “*as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho*”.

A regra legal, enfim, reconhecendo a garantia constitucional à negociação coletiva (CF, 7º, XXVI), seja pela via da convenção ou do acordo, transmite a empregados, empresas e sindicatos, o que mais apreciam: negócios jurídicos com segurança jurídica, até porque, na prática, as teorias são outras e não carecem de Estado, seja o regulador, seja o julgador.

A jurisprudência²⁹ já sinaliza respeito à regra que vige.

Com efeito,

NORMA COLETIVA MAIS BENÉFICA - PREVALÊNCIA - ARTIGO 620 DA CLT - Tratando-se de contrato transcorrido inteiramente sob a égide do sistema normativo anterior às alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, não tem aplicação ao caso a nova redação do artigo 620 da CLT, consoante a qual as cláusulas de acordo coletivo sempre prevalecem sobre as de convenção coletiva.

Viva o revigorado artigo 620 e a nova fase das negociações sindicais sem juízes exegetas e com segurança jurídica.

28 Lei nº 13.467/17.

29 TRT-02ª Região, processo RO-1001250-89.2017.5.02.0708, relatora Jane Granzoto Torres da Silva, DJe 15.02.2019 - p. 16661.

6.2 A ultratividade sepulta

A CLT, desde 1967, trazia a regra de que “*não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos*”³⁰ (par. 3º da regra. 614).

Em 1988, o TST³¹ editou Súmula, a de nº 277, dando a sua inteligência à norma legal:

As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos

Em 2003, o TST³² manteve a predita Súmula, tal e qual.

Em 2009, o TST³³, sob a mesma Constituição Federal e mesma lei, erode o pensamento judicial que editara décadas atrás e reinterpreta o assunto:

Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho. Eficácia. Ultratividade.

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

O mundo do trabalho – milhões de empregados e milhares de empresas e sindicatos obreiros e patronais –

30 Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.02.1967.

31 TST. Resolução nº 10, DJ de 01, 02 e 03.03.1988.

32 TST. Resolução 121, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

33 TST. Resolução 161, DEJT 23, 24 e 25.11.2009

foi apanhado de surpresa, pois a regra era velha (1967), a Constituição antiga (1988) e a súmula 277 já tinha mais de uma vintena de anos...

Ultratividade?

Viger pós-prazo estabelecido e por tempo ilimitado, até que nova negociação coletiva modifique ou suprima... escritos que não se encontram na lei.

Aderência irrestrita aos contratos de trabalho e, por via reflexa, a continuidade do negócio coletivo para além do pactuado, desejado, querido e fixado.

Juízes a escreverem regras contra a letra da lei.

Mercê de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a de nº 323/DF, o Supremo Tribunal Federal foi evocado e de modo liminar³⁴, em 2016, suspendeu a tramitação de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas.

34 “Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, ad referendum do Pleno (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas. Dê-se ciência ao Tribunal Superior do Trabalho, aos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, para as necessárias providências (art. 5º, § 3º, Lei 9.882, de 1999). Comunique-se com urgência. Publique-se.”

A ADPF 323/DF não foi à mesa de julgamento, pese ter sido pautada à sessão de 20.11.19.

Em 2017, pela Lei nº 13.467, o parágrafo 3º da regra 614 foi reescrito, assim: “*não será permitido estipular duração de convenção ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade*”.

Bem andou o Legislativo e, a partir da nova baliza, os Tribunais do Trabalho abandonaram a “ultratividade”:

Ultratividade. Impossibilidade.

Ajuizado o dissídio coletivo em 30-11-2017, após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 - A denominada “Reforma Trabalhista” - , o que se deu em 11-11-2017, a lei nova, que se aplica no caso, alterou a redação do art. 614, § 3º, da CLT, para determinar que “*não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade*”...³⁵

Um incentivo à produção autônoma de regras, com a segurança jurídica.

7. Fecho

A contratualidade, individual e coletiva, é o novo epicentro do Direito do Trabalho. Liberdade ainda que tardia, mas sempre bem-vinda.

35 TRT-12ª Região, 1ª Seção Especializada, processo DC-0000940-14.2017.5.12.0000, relator Nivaldo Stanckiewicz, DJe 19.07.2018, p. 265.

IMPACTOS DA PROPOSTA DE LIBERDADE ECONÔMICA NO ORDENAMENTO DO USO DO SOLO DE CURITIBA

Alberto Maia da Rocha Paranhos

Economista formado pela UFPR, com pós-graduação na Universidade de Paris - I (Panthéon-Sorbonne) e Instituto de Desenvolvimento Econômico do Banco Mundial. Consultor em Desenvolvimento Urbano Sustentável e Gestão de Cidades, membro assessor da Comissão de Direito à Cidade da OAB-PR

Resumo: O texto estuda os possíveis impactos positivos e negativos da proposta de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica no ordenamento de uso e ocupação do solo disposto na legislação municipal, alertando para os possíveis riscos desse novo regramento federal com respeito ao bem-estar da vizinhança e qualidade de vida nos bairros onde predominam os usos habitacionais e que deverão acolher as atividades econômicas ditas de baixo risco.

Palavras-chave: liberdade econômica; uso do solo; zoneamento urbano; conflito de vizinhança.

1. Comentários iniciais

Com o bom intuito de garantir maior bem-estar no interior dos bairros onde predominam os usos habitacionais, embora coexistindo um conjunto discreto de usos não habitacionais que complementam as necessidades diárias dos residentes, a legislação municipal às vezes exagera, por excesso de zelo, no regramento de restrições a certos usos do solo ou tipologias de ocupação cuja natureza ou porte possam vir a provocar incômodos à vizinhança. Um dos corolários dessas restrições é a demora na tramitação para a obtenção de Alvará de Localização para Funcionamento em edificação existente, expedido sempre a título precário e passível de revogação se houver confirmação de conflitos com a vizinhança, ou de Alvará de Construção, este representando um direito adquirido uma vez expedido pela autoridade municipal.

Nesse contexto, e à luz dos exageros verificados, o atual governo federal, seguindo seu viés de promoção de políticas econômicas mais liberais, conseguiu transformar uma Proposta de Emenda Constitucional na Lei Federal nº 13.874, de 2019, a qual dispõe sobre a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, isentando um conjunto de atividades da necessidade de prévia autorização para sua instalação no território municipal, autorização essa representada pelo respectivo alvará. Em que pese a boa intenção original dessa proposta, este texto procura refletir sobre os impactos dessa liberdade na distribuição geográfica das atividades denominadas “de baixo risco” por aquela lei federal.

O contraponto que nos propomos a avaliar é que, pelo olhar urbanístico de gestão territorial, a maior manifestação de soberania da sociedade local quanto às diretrizes de desenvolvimento do território que ela ocupa é o que estiver disposto no Plano Diretor Municipal e seus instrumentos de implementação, entre os quais se encontra a legislação de uso e ocupação do solo, a qual detalha, no território municipal, a função social da propriedade e da cidade, que é um princípio constitucional de limitação do direito de propriedade.

2. Classificação dos usos do solo em Curitiba

O Plano Diretor de 1966¹ estabeleceu um *desenho urbano* para Curitiba, propondo uma estruturação linearizada, dentro da qual se permitem alta densidade, alturas livres, usos mistos, grandes equipamentos de toda natureza etc, composta igualmente pelas canaletas exclusivas de uso do transporte coletivo expresso. Essa estruturação, composta de eixos denominados *eixos estruturais*, atravessa toda a cidade tangenciando a área central. Ditos eixos foram concebidos como o apoio territorial para a expansão ordenada das atividades que, tradicionalmente, procuram se estabelecer na área central. A tipologia de usos do solo ainda era bastante genérica e precária, mas a tendência, àquela época, era de grande concentração dos usos do solo mais intensos na própria área central, dispersando pela cidade os usos ditos *de pequeno porte*.

1 Lei Municipal nº 2.828, de 10 de agosto de 1966.

A Lei Municipal nº 5.234, de 1975, propôs uma conceituação dos usos do solo, para fins de zoneamento da cidade, a partir de uma combinação dos critérios de natureza e porte da atividade. O critério de natureza classificou os usos em habitacionais, comerciais, de serviços, industriais etc. O critério de porte da atividade os classificou, a partir da necessidade em metros quadrados de área construída, em pequeno, médio e grande porte. A combinação desses dois critérios definiu, naquela lei municipal, uma classificação de usos do solo segundo a sua escala de abrangência, desde o tipo *vicinal* e, passando pelas escalas de *bairro* e *setorial*, até a escala *geral*. Assim, essa escala de usos do solo fica estreitamente associada às tipologias de zoneamento, restringindo os usos de maior porte ou incomodidade aos eixos estruturais ou zonas de uso misto ou, ainda, de destinação específica.

Os usos do solo de tipo *vicinal* compreendem as atividades de pequeno porte que buscam atender as necessidades imediatas do entorno habitacional, tais como padaria/confeitaria, minimercado, hortifrutigranjeiro, pequenas lojas de roupas e outros objetos, armarinho, café/bistrô, lavanderia etc. Esses usos não poderiam ocupar mais do que 100 m² de área construída² e, em princípio, não deveriam depender de estacionamento próprio exclusivo, já que seus clientes, supostamente, viviam nas vizinhanças. Essa escala de usos do solo

2 Esse porte máximo foi aumentado para 400 m² na revisão de 2019.

é admitida desde aquela época no interior de qualquer zona predominantemente residencial³.

As outras escalas de uso do solo (*bairro, setorial e geral*) são admitidas seletivamente em vias comerciais que atravessam as zonas predominantemente residenciais, bem como em outras tipologias de zoneamento (zonas de uso misto, zonas de serviços, zonas industriais, eixos estruturais, eixos conectores etc), distribuídas por todo o território municipal, com o intuito de oferecer uma boa dispersão geográfica dessas atividades não habitacionais, mas com certa concentração linear ao longo dessas vias comerciais. Cabe comentar que essas vias comerciais também são o suporte viário para a grande maioria das linhas de transporte coletivo convencional, combinando os tópicos de uso do solo, sistema viário e transporte público, que são o tripé de sustentação do Plano Diretor de Curitiba.

As tipologias de zoneamento de uso e ocupação do solo, desde então, procuram definir compartimentos urbanos com densidades que otimizem a utilização da infraestrutura e equipamentos públicos e comunitários disponíveis, propondo uma conceituação de zona que sinalize as classificações de uso do solo mais adequadas para cada tipologia. Essa adequação se traduz em usos *permitidos*, que são aqueles totalmente adequados à tipologia de zoneamento, e usos *permissíveis*, que podem ou

3 Exceto na tipologia ZR-1 que é exclusivamente residencial, com residências unifamiliares na quantidade de uma unidade por lote padrão da zona.

não ser permitidos, dependendo de análise mais detalhada do projeto e atividade, a ser avaliado pelo Conselho Municipal de Urbanismo – CMU, entidade deliberativa composta por representantes de órgãos municipais e da sociedade civil organizada⁴.

Em sua primeira versão completa (1975), a legislação de uso e ocupação do solo também previa as categorias de uso *tolerado* e uso *proibido*. O uso *tolerado* se referia quase sempre ao uso habitacional quando localizado em tipologias de zoneamento que lhe fossem prejudiciais, como, por exemplo, alguém que quisesse construir sua residência em área designada no Plano Diretor como Zona Industrial. O propósito dessa denominação era alertar os proprietários de terreno para as tipologias de zoneamento que se centravam em atividades segregadas do uso habitacional justamente porque lhe eram prejudiciais. Não sendo possível proibir que um proprietário de terreno em Zona Industrial construísse a residência da família nesse terreno, essa denominação servia de alerta para que não reclamasse caso mais tarde seu bem-estar viesse a ser comprometido pela instalação de atividade incômoda, mas que, por força da conceituação urbanística da tipologia de zoneamento, era a mais adequada para dita tipologia.

O uso *proibido* se referia às atividades econômicas incômodas, nocivas ou perigosas à vizinhança habitacional

4 Para esse fim, o projeto é analisado pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba – IPPUC, órgão de planejamento urbano do Município, que propõe uma recomendação ao CMU.

ou outros usos que fossem considerados os mais adequados para cada tipologia de zoneamento. Em caso de dúvida, o uso era considerado, no mínimo, *permissível*, sujeitando-se assim a uma criteriosa análise das características de cada atividade não habitacional pretendida.

Com a evolução e o dinamismo das atividades econômicas em geral, sua inovação e suas terminologias diferenciadas acabaram por criar um limbo de denominação, que levou a uma nova forma de definir a adequação das atividades econômicas às tipologias de zoneamento, com base na teoria dos conjuntos: ou bem se definiam os usos permitidos e permissíveis e se proibiam todos os demais, ou o contrário, destacando-se, nessa alternativa, os usos proibidos, sendo permitidos ou permissíveis todos os demais. Com o tempo, verificou-se que bastava definir os usos *permitidos* (aqueles mais adequados a cada tipologia de zoneamento), indicando-se, como alternativa eventual, os usos *permissíveis* em cada caso, cuja adequação exigiria maior análise do projeto e das atividades pretendidas, para confirmar sua adequação à tipologia de zoneamento, o que foi feito na revisão do zoneamento realizada em 2000, pela Lei Municipal nº 9.800.

O Estatuto da Cidade (Lei Federal Complementar nº 10.257, de 2001), em seu artigo 2º, inciso XVI, estabeleceu uma diretriz geral segundo a qual deve existir “*isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social*”. Ponderando sobre essa diretriz, a Lei Municipal nº 9.800, de 2000, criou uma

nova categoria para a classificação dos usos do solo quanto à sua natureza, admitindo os usos *comunitários*, abrangendo aí os estabelecimentos de educação, saúde, lazer e culto, independentemente do agente que os empreende. Antes dessa reclassificação, havia uma tendência de se considerar a escola pública, o posto de saúde público, o hospital público, o teatro público etc como “*serviços públicos*”, merecendo atenção especial e alguma flexibilização de regras em função das especificidades de localização e atendimento à demanda, enquanto esses mesmos empreendimentos, se providos por agente privado, eram considerados “*comércio*” devendo atender toda a especificação da legislação.

Desde então, as sucessivas revisões do Plano Diretor (2004 e 2015)⁵ reiteraram o desenho urbano adotado em 1966, enquanto as sucessivas revisões do zoneamento de uso e ocupação do solo (2000 e 2019)⁶ consolidaram e reforçaram essa classificação de usos do solo pautada em natureza e porte, apenas detalhando melhor a subclassificação de usos de modo a acompanhar de forma adequada as inovações e modismos na natureza desses usos e abrangendo cada vez maior área do território municipal. A atualização de 2000 já propôs diretrizes de uso e ocupação do solo para todo esse território, considerado então totalmente urbano ou urbanizável, com exceção das Áreas de Preser-

5 Leis Municipais Complementares nº 11.266, de 16 de dezembro de 2004, e 14.771, de 17 de dezembro de 2015.

6 Leis Municipais nº 9.800, de 03 de janeiro de 2000, e 15.511, de 10 de outubro de 2019.

vação Ambiental (APA) do Passaúna, no limite oeste, e do Iguaçu, nos limites leste e sul.

Finalizando essa explicação da classificação de usos do solo, é importante acrescentar que existem outros critérios adicionais para essa ponderação, tais como o impacto da atividade com relação ao tráfego gerado, a necessidade de estacionamento interno, os possíveis riscos ambientais etc. Acreditamos que essa ampla gama de critérios de classificação teve como resultado a promoção de bem-estar no interior dos bairros predominantemente residenciais, que de certa forma caracteriza uma boa parte de Curitiba.

Para a obtenção do alvará de construção, existe um procedimento de Consulta Prévia de Viabilidade, denominado *guia amarela*, devido à cor do papel na versão impressa que existiu desde 1966 durante mais de 30 anos (o processo é totalmente eletrônico desde a legislação de 2000), no qual constam todos os usos *permitidos* e *permissíveis*, bem como suas respectivas condicionantes. Já para a utilização de edificação existente mediante a emissão de alvará de localização para funcionamento, a Consulta Prévia de Viabilidade era denominada *guia azul*, pela mesma razão de cor do papel na antiga versão impressa, mas esse apelido já entrou em desuso.

A proposta de Liberdade Econômica afeta os procedimentos de ambos os casos de emissão de alvarás, mas entendemos que traz mais impactos para os casos da utilização de edificações existentes.

3. A participação de Curitiba na REDESIM

A REDESIM⁷ busca, de modo geral, facilitar a constituição de empresas, obter os respectivos registros no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ e, na etapa final, obter o licenciamento das atividades dessa nova empresa. Sua operação pode variar de Estado a Estado em função da entidade integradora contratada pela respectiva Junta Comercial para realizar e operar uma plataforma de integração das demandas de todo tipo que culminam com a inscrição no CNPJ da empresa recém-criada, complementada em seguida pelo seu licenciamento operacional.

Desde que o Município de Curitiba aderiu à REDESIM, a agilização dos processos de instalação de pequenos negócios tem tido uma taxa de sucesso da ordem de 70% – muito embora a estatística dos indeferimentos inclua boa quantidade de pedidos completamente estapafúrdios que, obviamente, não teriam como ser aceitos. No roteiro de procedimentos dessa plataforma integradora, o passo inicial é uma consulta prévia para averiguar a viabilidade da localização desejada. Esse é um passo não afetado pela nova legislação federal, pois ela instaura a possibilidade de que as atividades consideradas de baixo risco ou baixo risco A possam se instalar em qualquer local da cidade sem necessidade de Alvará de Localização para Funcionamento. Essa consulta prévia de viabilidade buscava apenas otimizar o tempo do empreendedor para que soubesse de antemão a possibilidade ou não da

7 Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, coordenada por um Comitê de Gestão.

instalação da atividade em um determinado endereço, posto que a regra federal não exige de obediência ao zoneamento de uso e ocupação do solo. Aliás, a própria plataforma integradora Empresa Fácil (no caso do Paraná) dispõe que é possível ir diretamente à etapa 2, na qual devem ser entregues pelo empreendedor uma série de dados, respondendo às perguntas-chave, cujas respostas classificam a atividade pretendida segundo o risco potencial.

Essa participação de Curitiba ficou mais fácil desde o início de sua adesão à rede pelas características de classificação dos usos do solo que vinham sendo praticadas desde 1975, especialmente quanto ao porte das atividades. Por outro lado, o procedimento de análise e concessão eletrônica dos alvarás de localização para funcionamento já vinha sendo feito, antes da REDESIM, com muita celeridade, sendo esse tipo de alvará concedido em até dois dias. Ao participar da REDESIM e obrigar-se a seguir os seus procedimentos-padrão, o Município na realidade deu um passo atrás em sua inovação, mas igualou-se aos demais municípios do Estado nesses procedimentos, cuja adoção pode ter trazido dificuldade para outros municípios.

Cabe destacar que a normativa urbanística em Curitiba já foi amplamente incorporada ao imaginário coletivo e faz parte da “cultura urbana local”. As tipologias de zoneamento tiveram muito pouca alteração conceitual e, principalmente, pouca variação quanto à sua delimitação física-territorial ao longo do tecido urbanizado da cidade. A expansão horizontal da cidade se dá quase sempre por

meio da tipologia de Zona Residencial 2 (ZR-2), que pode ser atravessada por vias de uso comercial diferenciado, de modo a propiciar melhor atendimento de comércio e serviços tanto às famílias residentes na zona quanto aos usuários da mesma que residem em áreas próximas.

Essa aceitação cultural das regras de jogo urbanísticas é um grande patrimônio da cidade e vem sendo defendida majoritariamente por representantes de todos os segmentos da sociedade. Entretanto, o aperfeiçoamento da conscientização política e cidadã também vem trazendo questionamentos periódicos de diversos elementos das políticas públicas, inclusive da política urbanística, exigindo maiores esclarecimentos e justificativas por parte dos respectivos gestores. Uma das peças básicas desse questionamento é justamente o conflito latente entre a vizinhança residencial e os usos não habitacionais que pretendem ali se instalar, seja por maior aproveitamento da densidade demográfica existente, ou por falta de atividade econômica similar, ou simples tentativa de empreendedorismo inicial. Daí a grande preocupação do Município em maior rigor na conceituação do que seria “baixo risco”, embora tratando de ser o mais justo possível para não eliminar possibilidades comerciais e de serviços que poderiam ser bem-vindas àquela vizinhança.

Ao longo das reuniões do grupo de cidades que aderiram à REDESIM, são debatidas as dúvidas que podem surgir nesse processo de facilitação da instalação de pequenos negócios, observando as precauções de adequação com relação ao entorno habitacional. No caso de Curitiba, foram

acordadas algumas perguntas de controle sobre a natureza da atividade econômica pretendida. A partir das respostas digitadas na plataforma “Empresa Fácil” pelo empreendedor interessado, o próprio sistema automatizado classifica a atividade em pauta, definindo aquelas que serão consideradas como de “baixo risco”.

Essas perguntas de controle tomam por base as necessidades e condicionantes da legislação municipal referentes aos mandatos das Secretarias de Urbanismo (natureza e porte), de Meio Ambiente (risco ambiental) e da Saúde (vigilância sanitária). Até o momento, as exigências próprias dos bombeiros e defesa civil devem ser atendidas em paralelo, não sendo o Município responsável por esses assuntos.

A própria Lei Federal de Liberdade Econômica incluiu um anexo com uma listagem de atividades econômicas supostamente de baixo risco, o qual deve ser utilizado como referência na ausência de listagem específica editada pelos Estados e Municípios. Assim, as equipes municipais tiveram reuniões no âmbito da REDESIM para debater suas especificidades e elaborar uma listagem própria de atividades econômicas que propicie um bom equilíbrio entre o propósito original de facilitação de instalação sem prejudicar o propósito geral do bem-estar da vizinhança, definido nas diretrizes do Plano Diretor.

Em 19 de dezembro de 2019, o Município de Curitiba publicou o Decreto nº 1.709, que produz seus efeitos a partir de 2 de janeiro de 2020, definindo as atividades

consideradas de baixo risco ou baixo risco A para fins de dispensa da exigência do Alvará de Localização para Funcionamento, nos termos da Lei Federal nº 13.874, de 2019.

A listagem anexa especifica 209 atividades, diferenciando-se um pouco da listagem padrão federal, que incluía 47 outras atividades. Entendemos que esse é um primeiro passo de conciliação, para testar a eficácia dos procedimentos e sua inserção nas vizinhanças residenciais. Mais adiante, essa listagem poderá ser revista para atender outros casos.

4. A proposta de liberdade econômica à luz do ordenamento de uso do solo

O conceito de Direito à Liberdade Econômica, segundo o qual as atividades consideradas de baixo risco ou baixo risco A podem se instalar – sem a necessidade de prévio alvará de localização – em qualquer local da cidade, conflituosa, em princípio, com o conceito de Função Social da Cidade, definido nas diretrizes do respectivo Plano Diretor adotado, pois a expressão territorial dessa função está estabelecida no zoneamento de uso e ocupação do solo que acompanha o Plano Diretor como um de seus instrumentos básicos de implementação. Ao definir com a maior clareza possível os usos permitidos e permissíveis em cada tipologia de zoneamento, bem como a intensidade dessa ocupação, ficam dadas as condições para um potencial “conflito de direitos” entre o Direito à Cidade, por parte

do empreendedor, e o Direito da Cidade, representado no Plano Diretor e seus instrumentos de implementação.

Admitimos a boa intenção original do governo federal e sua tendência de promover o liberalismo econômico em facilitar a criação de empresas – especialmente no caso de microempresas que promovam o empreendedorismo individual. Estamos convencidos que essa facilitação seria perfeita se houvesse no país uma cultura consolidada de obediência à lei e respeito às regras de boa convivência em vizinhança. Entretanto, ainda persistem alguns elementos culturais e de insuficiente educação cidadã que nos fazem duvidar desse resultado final tão simplista.

Esse conflito potencial fica resolvido, em princípio, pelo inciso I do §1º do artigo 3º da Resolução CGSIM nº 51, de 11 de junho de 2019, que dispõe o seguinte:

*“§1º. Se a atividade a que se refere o **caput** for exercida em zona urbana, somente será qualificada como de baixo risco ou baixo risco A quando:*

I – executada em área sobre a qual o seu exercício é plenamente regular, conforme determinações do zoneamento urbano aplicável, incluindo a legislação municipal [...].”

Quem ler com açodamento a Lei Federal em pauta pode inferir, erroneamente, que um “pequeno negócio”, somente por ser de pequeno porte, poderia agora se estabelecer de qualquer maneira em qualquer lugar da cidade. Será preciso muito esforço do governo local, em campanhas de

esclarecimento, que apenas o critério de porte, por si só, não é garantia de direito às isenções previstas na lei federal: é de suma importância que se recalque na campanha o elemento “risco”, e não o simples tamanho físico da edificação onde vai ser instalada e desenvolvida a atividade econômica.

Aliás, com referência ao tamanho físico da edificação que venha a colher essa atividade econômica, a mesma Resolução CGSIM nº 51, de 2019, dispõe, nos termos do inciso II do artigo 4º, que somente serão qualificadas como de baixo risco, as atividades realizadas fora da residência do empreendedor:

“II – [...] se a ocupação da atividade tiver ao todo até 200 m²”.

É curioso notar que esse porte máximo coincide exatamente com o porte máximo gratuito estabelecido pela Lei Municipal nº 15.511, de 2019, sobre o Zoneamento, Uso e Ocupação do Solo de Curitiba, podendo esse porte, em algumas situações chegar a até 400 m², mediante a aquisição de Outorga Onerosa.

O mesmo artigo e inciso da Resolução CGSIM mencionada acima determina, em suas alíneas “a” até “e”, outros parâmetros máximos (altura) e condições de ocupação e uso (subsolo), de modo a serem compatíveis com as regras gerais de prevenção contra incêndio e pânico.

Outro elemento de ponderação é que uma atividade econômica pode incluir diversas formas de atuação. Ao se mencionar, por exemplo, um depósito de materiais de cons-

trução, que certamente gera um tráfego pesado, há que se distinguir entre o local do depósito propriamente dito e um escritório onde se recebem os pedidos, que não é mais do que uma sala comum, sem nenhuma interferência significativa no bem-estar da vizinhança. Essa diferenciação da forma de atuação também foi incluída no Decreto Municipal nº 1.709, de 2019.

5. Os impactos previsíveis no momento

Dentro do contexto geral mencionado acima, podemos elencar que são previsíveis, aos olhos de hoje, os seguintes impactos positivos (e oportunidades):

- a) A REDESIM já propicia atualmente um grande benefício ao candidato a empreendedor pela disponibilização de uma plataforma integradora que culmina com o registro no CNPJ, evitando para o interessado uma demorada e dispersa peregrinação institucional em diversos organismos governamentais para conseguir aquele mesmo resultado; com pequenos ajustes na plataforma integradora de operações dessa rede, o uso do direito de liberdade econômica ficou assegurado;
- b) Essa facilitação operacional por meio da plataforma integradora certamente contribuirá para a redução da informalidade jurídica, urbanística e tributária de diversos pequenos negócios, hoje invisíveis ou irregulares aos olhos da regulamentação urbanística;

- c) O empreendedor fica isento do pagamento da taxa de expedição de alvará, uma vez que este não é exigido, mas o alvará propriamente dito já era expedido com celeridade pela REDESIM mesmo antes da adoção da regra federal de Liberdade Econômica;
- d) Aumento inicial da quantidade e diversidade de instalações de pequenos negócios, assim que superarmos esse momento de recessão econômica (ou até mesmo contribuindo para acelerar esse processo).

Adicionalmente, para permitir sem sustos a participação dessas atividades em licitações públicas, o novo processo ajustado da REDESIM prevê a validação da Consulta Prévia de Viabilidade e do respectivo alvará mediante assinatura eletrônica.

Por outro lado, igualmente aos olhos de hoje, podemos elencar os seguintes impactos negativos (e ameaças):

- a) Aumento inicial da quantidade de instalações irregulares, seja porque o novo empreendedor percebeu a existência de algum pequeno negócio na mesma rua e inferiu que o mesmo estava em situação legal (quando na verdade uma porcentagem nada desprezível desses pequenos negócios encontra-se em situação irregular e até mesmo ilegal), seja porque não leu a legislação de forma adequada e entendeu que poderia se instalar em qualquer lugar, de qualquer modo, sem autorização prévia;

- b) Muito embora a receita corrente do Município de Curitiba não esteja baseada em taxas e licenças, mas sim nas operações das atividades econômicas que geram Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (como ocorre no Brasil em todas as cidades maiores), o volume arrecadado com taxas e licenças não é desprezível e sempre contribui para a solvência e liquidez financeira do governo local;
- c) Necessidade de reforço da fiscalização municipal, tanto ex-ofício como derivada de denúncia da vizinhança, para a certificação de que a nova atividade é, de fato, de baixo risco;
- d) Necessidade de proceder à regularização da edificação existente, posto que, em muitas ocasiões, a negativa de autorização da instalação da atividade não deriva de sua natureza ou porte específicos, mas sim da irregularidade ou ilegalidade da edificação existente, fato que ocorre com bastante frequência em muitas cidades brasileiras, no mais das vezes por conta não da construção inicial, mas das reformas, alterações e “puxadinhos” que são realizados sem autorização depois da edificação inicial.

Para mitigar os possíveis efeitos negativos, ou riscos percebidos pela introdução dessa nova legislação federal, entendemos que seria oportuno e desejável que o governo local tome as seguintes iniciativas:

- a) Reforço de campanhas explicativas sobre a qualificação específica das atividades econômicas de baixo risco ou baixo risco A, que podem se instalar em qualquer lugar da cidade; esse reforço será ainda mais custo-eficiente se for utilizada aba específica da própria plataforma municipal de informações à cidadania;
- b) Alertas sobre a conveniência para todas as atividades econômicas de proceder à Consulta Prévia de Viabilidade (tal como ocorre hoje) e a necessidade de respeitar as regras de zoneamento de uso e ocupação do solo, bem como o direito de vizinhança;
- c) Celebração de parcerias institucionais do Município com entidades representativas dessas atividades de baixo risco, ou do empreendedorismo em geral, e em especial as associações comerciais de bairro, de modo a multiplicar e capilarizar toda essa informação, de modo a subsidiar os interesses lícitos e prevenir abusos.

6. Comentários finais à guisa de conclusão

A proposta federal traz, sem dúvida, diversas vantagens para o candidato a empreendedor, já comentadas acima.

Entretanto, dada a distribuição constitucional de mandatos e atribuições entre as distintas escalas territoriais de governo, não se pode desprezar que diversas decisões com

boa intenção do governo federal (ou estadual) podem esbarrar em atropelar o mandato dos governos municipais, pois são estes que detêm o mandato e a responsabilidade da boa gestão territorial, por meio dos regramentos de uso e ocupação do solo, entre outros. É ao Prefeito que a população recorre ou reclama em todos os casos em que seu bem-estar local seja prejudicado, pois é a autoridade pública eleita mais próxima do eleitorado, já que vive entre eles, é vizinho de muitos.

Mesmo admitindo as vantagens de promoção do empreendedorismo em geral, da alternativa de geração de mais empregos e renda, de melhor distribuição territorial dos pequenos negócios para satisfação imediata das necessidades da vizinhança etc, esse tipo de interferência territorial afeta diretamente os interesses do governo local.

Além disso, o país é suficientemente grande e culturalmente diverso para reconhecer governos municipais com níveis distintos de qualidade e desempenho. As operações da REDESIM já proporcionam muitas vantagens dentro do propósito final de acelerar a oficialização de pequenos negócios. Será que essa lei federal era fundamental para melhorar tanto assim esse desempenho, no caso de Curitiba? Acreditamos que não. Porém, imaginamos que existam municípios muito preocupados com sua implementação local, dadas as inovações. Graças a essa descentralização administrativa, o país tem dado mostras de poder gerar muita diversidade de soluções interessantes, consistentes com a

cultura local em cada caso. As tentativas ocasionais de “recentralizar” decisões, pasteurizando a riqueza dessa diversidade cultural, podem ser um erro.

Finalmente, como em todo processo, sempre é possível introduzir melhoras. A partir da implementação desse primeiro pacote de referências, será feito um monitoramento adequado do que deu certo e daquilo que precisa ser melhorado, incluindo, com certeza, uma revisão das atividades econômicas já consideradas de escala *vicinal* em Curitiba (dada a coincidência de natureza e porte) que poderiam, ademais, serem consideradas de baixo risco, para os efeitos da lei federal em pauta.

Concluindo, em resumo final, entendemos que, não obstante a maior facilidade e rapidez para que o bom empreendedor se instale corretamente e opere de forma adequada sua atividade econômica, dentro do seu *Direito à Cidade*, trazendo benefícios para seu negócio, a vizinhança, a cidade e a economia local, contribuindo para a prosperidade de todos, já sabemos que haverá perda de arrecadação (taxas) para os governos locais. Também receamos uma piora dos aspectos de cultura institucional de respeito ao *Direito da Cidade*, com mais indiferença ou desprezo pela lei, mais atritos com a vizinhança, mais conflitos com a fiscalização dos agentes públicos, mais custos operacionais para o governo local.

Dependendo do processo de implementação dessas novas regras, esperamos que o pêndulo político não traga a

exacerbação desses direitos individuais em detrimento do direito e bem-estar coletivo, criando uma perigosa ilusão de libertinagem econômica.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA (13.874/2019)¹

Vanessa de Mello Brito Arns

Professora de Direito Econômico. Diretora Acadêmica da Associação Paranaense de Direito e Economia. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade de Stanford. John M. Olin Fellow in Law and Economics at Stanford Law School. E-mail para contato: vbritoarns@alumni.stanford.edu

Resumo: A Lei nº 13.874 de 20 de Setembro de 2019 instituiu a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, bem como disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. A recente Lei de Liberdade Econômica busca trazer mais liberdade e dinamicidade à economia, fazen-

1 Dedico o presente artigo a alguns dos meus maiores mestres: ao Professor Egon Bockmann Moreira, que inspirou os meus primeiros passos no Direito Econômico. Ao Professor Vinicius Klein, que me mostrou o caminho do Direito e da Economia. Ao Professor Thomas Ulen, que me ensinou sobre análise econômica do direito e sobre a arte de ensinar. Ao Professor Bruce Owen, que abriu a primeira porta para que eu *ensinasse Law and Economics* em Stanford.

do com que o Estado respeite as liberdades dos empresários e que cada alteração de ato normativo seja precedida por análises prévias de impacto regulatório, não ficando a economia brasileira refém de atos normativos editados ao bel-prazer dos poderes públicos. A análise econômica do Direito (também conhecida como *Direito e Economia* ou *Law and Economics*) compartilha de algumas lógicas e análises contidas na nova Lei de Liberdade Econômica, conforme abordamos no presente artigo.

Palavras-chave: *Lei de Liberdade Econômica; Análise Econômica do Direito; Teorema de Coase; Análise de impacto regulatório.*

1. Introdução

“I can’t remember one [example of regulation] that’s good. Regulation of transport, regulation of agriculture - agriculture is a, zoning is z. You know, you go from a to z, they are all bad. There were so many studies, and the result was quite universal: The effects were bad.” - Ronald Coase²

A análise econômica do Direito (também conhecida como Direito e Economia) é uma doutrina que nasceu nos Estados Unidos, mais precisamente na chamada Escola de Chicago, situada na Faculdade de Economia da Universida-

2 Ronald Coase em “Looking for Results”. Entrevista à Thomas Winslow Hazlett, reason.com. January 1997.

de de Chicago. Seu maior expoente é o ganhador do Prêmio Nobel de Economia Ronald Coase, conhecido pelo Teorema de Coase, com várias aplicações no Direito, que leva em conta a capacidade das próprias partes negociarem entre si, sem a necessidade da intervenção estatal ou de regulação, e chegarem de forma consensual à possibilidade mais eficiente possível economicamente, conforme veremos adiante.

A Escola de Chicago é considerado o berço da análise econômica do direito – além de ser berço, também, de diversos autores clássicos e teóricos do liberalismo econômico, tais como F. A. Hayek e Milton Friedman, que consideram a intervenção estatal mínima como a mais adequada à economia mundial.

A principal inovação da análise econômica do direito é utilizar conceitos econômicos para explicar os efeitos das leis, avaliar quais regras legais são economicamente eficientes e prever quais regras legais deverão ser promulgadas.

Os principais autores da Escola de Chicago são Ronald Coase, Richard Posner e Gary Becker. O Professor Guido Calabresi, que leciona na Universidade de Yale, é também um dos mais importantes nomes da *Law & Economics*.

Uma das maiores inovações recentes da doutrina da Análise econômica do direito está em seus estudos empíricos e relação com os demais ramos e ciências, como a estatística e a psicologia, chamado amplamente de economia comportamental. A importância e aplicação da economia comportamental é essencial para verificar a aplicação de

leis e regulamentos e a reação dos indivíduos, mas focaremos no presente artigo nas premissas clássicas da análise econômica do direito e suas bases fundadoras, que traremos a seguir.

2. Premissas da Análise Econômica do Direito

Para Bruno Salama³, tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Para o autor, no entanto, a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante acentuado: *“enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo”*

No entanto, o diálogo entre direito e economia tornou-se fértil nas últimas décadas, resultando em diversos estudos não só nas universidades de direito, mas também nas universidades de economia. A partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da união dessas duas tradições. O *Direito e Economia* é visto por alguns autores como o

3 Available at: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/

movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado, tendo ainda o Professor Richard Posner, um dos seus principais teóricos, listado como o jurista mais citado de todos os tempos.⁴

É possível verificar que o chamado “*Direito e Economia Positivo*” emprega “*principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia.*” Ainda que haja abertura cognitiva para outras ciências, como acontece com a Economia Comportamental, que utiliza-se também de campos como a psicologia; no caso da análise econômica do Direito ou Direito e Economia, utilizamos principalmente os modelos microeconômicos marginalistas, incluindo a Teoria dos Custos de Transação, a Teoria do Agente, a Teoria da Escolha Pública e a Teoria dos Jogos.⁵

Para melhor entender como a economia pode ajudar a interpretar o direito e, mais especificamente, a atuação e possíveis consequências jurídicas, a economia traz como arcabouço cinco conceitos centrais: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Trataremos de cada um a seguir.

a) Escassez.

Vivemos em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não teríamos que racionalizar a

4 Fred R. Shapiro, “The Most Cited Legal Scholars,” *The Journal of Legal Studies* 29, no. S1 (January 2000): 409-426 .<https://doi.org/10.1086/468080>

5 SALAMA, Bruno. “O que é Direito e Economia”, 2008. Available at: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/

alocação de recursos; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Vivemos, no entanto, num mundo de recursos escassos e isso nos leva a fazer escolhas. Isso também acontece com o Estado e com a administração pública, por exemplo, no orçamento público: Não há recursos o suficiente para atender todas as demandas de custos da administração, saúde, segurança e educação. A vaga nas universidades é escassa e limitada. Não há espaço para todos, por isso existe o vestibular.⁶ A escassez faz parte da economia e deve importar para o direito e para a administração pública enquanto faz escolhas, muitas vezes chamadas de “escolhas trágicas”.

b) Maximização racional.

A chamada maximização racional busca conseguir o máximo possível com o menor custo possível, maximizando ao máximo a utilidade de algo levando em conta o seu custo ideal.

c) Equilíbrio.

Para Salama, *“o equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores*

6 O próprio princípio da reserva do possível surgiu na Alemanha, em 1972, em virtude de ação impetrada por alunos que pleiteavam o direito de ingresso na Universidade Pública, com base na Lei Fundamental Alemã em seu artigo 12, I, onde estabelece que, “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.” O Tribunal Constitucional alemão afirmou que tais direitos “*seriam efetivados dentro da reserva do possível*”, ou seja, as vagas disponibilizadas eram equivalentes à capacidade financeira do Estado em arcar com os custos decorrentes de tal direito.

estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político.“

Um equilíbrio importante para a economia e para o direito é o chamado equilíbrio de Pareto ou ótimo de Pareto, um conceito desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto, que define um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los tal que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante

d) Incentivos.

Para a economia, um incentivo é um estímulo que se oferece a uma pessoa, uma empresa ou um setor com o objetivo de aumentar a produção e melhorar o rendimento. Temos, naturalmente, diversos incentivos econômicos para setores específicos da indústria. Temos, por outro lado, incentivos no sentido de estímulos para que as pessoas se comportem de determinada maneira, como multas impostas para coibir determinadas práticas. Quando uma lei é emanada, por exemplo, devemos verificar se sua sanção é suficiente para coibir determinada prática.

e) Eficiência.

O termo “eficiência” tem diversos significados. Para a economia, no entanto, abrange a noção da relação entre

custo e benefício no sentido da economicidade, fazer o máximo com o mínimo possível, da melhor forma possível.

Vistas as premissas da análise econômica do direito que emprestamos para a nossa análise, vamos verificar as premissas da própria *Lei de Liberdade Econômica*.

3. A Lei de Liberdade Econômica

Quanto à Lei que instituiu a chamada *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, a chamada *Lei da Liberdade Econômica* (Medida Provisória nº881, de 2019, convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), temos, com a análise de seu projeto, um instrumento normativo que busca trazer mais liberdade e dinamicidade à economia, fazendo com que o Estado respeite as liberdades dos empresários e que cada alteração de ato normativo venha antes com análise prévia de impacto regulatório, não ficando a economia brasileira refém de atos normativos editados ao bel-prazer dos poderes públicos.

Segundo a “*Proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal*”⁷, sob a respon-

7 SUNDFELD et al. Proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança nos âmbitos municipal, estadual, distrital e federal Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/>

sabilidade dos Professores Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP, coordenador), Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR), o objetivo da proposta de reforma foi promover *”uma mudança significativa no Estado (...) para a melhoria do ambiente de negócios no Brasil.”*

Segundo os autores: *“É que o peso da regulação pública – muitas vezes de eficácia duvidosa – é cada vez maior e inibe o empreendedorismo, a inovação, a livre competição e os avanços de produtividade.”*

Segundo os professores, também, *“a proposta é editar diploma com a função de lei de introdução ao direito econômico, usando a competência legislativa em matéria de normas gerais de direito econômico, dada à União pela Constituição de 1988 (CF, art. 24, I e § 1º) e até hoje não exercida.”*

O objetivo da edição da lei é que os seus comandos terão de ser observados pelos legisladores e pelos administradores federais, estaduais, distritais e municipais sempre que exercerem competências públicas de ordenação sobre as atividades privadas. *“As novas normas terão impacto indireto no controle judicial da ação pública de ordenação econômica e na proteção judicial da atuação privada.”*

Os objetivos da Lei de Liberdade Econômica, com a função de lei de introdução ao direito econômico, são explicados pelos professores idealizadores conforme o esquema a seguir:

O primeiro objetivo listado é explicitar as condições jurídicas para que a liberdade econômica seja validamente limitada por medidas regulatórias. Parte destas condições já têm sido reconhecidas judicialmente, principalmente pelos tribunais superiores, mas a sua explicitação legislativa serve para facilitar a sua compreensão e difusão. *“O projeto tem, neste sentido, também um valor didático e expletivo, contribuindo para assegurar a liberdade econômica na prática administrativa cotidiana e reduzindo ao essencial as suas frequentes limitações.”* Para a análise econômica, isso significa mais clareza e previsibilidade, trazendo uma diminuição nos custos de transação. Trataremos dos custos de transação em breve.

O segundo objetivo é, com a finalidade proteger a liberdade e as finalidades públicas, criar instrumentos para as medidas estatais de intervenção serem metódica e efetivamente avaliadas, questionadas, corrigidas e, quando inadequadas, substituídas ou eliminadas. São instrumentos para assegurar que toda regulação estatal da vida privada seja considerada sempre como experimental e provisória.

O terceiro objetivo explícito do projeto é o de contribuir com o combate à corrupção. A estratégia aqui é a da

redução das barreiras à entrada. O projeto fala em “atos públicos de liberação”, que deverão ser excepcionais e temporários. Na literatura econômica, a proliferação destes atos públicos de liberação está associada à criação de oportunidades para atos ilícitos.

Segundo o projeto, o exercício da atividade econômica em questão (com a necessidade de atos públicos de liberação) fica, assim, condicionado à obtenção, pelos agentes públicos, de vantagens indevidas. *“É a teoria das “cabines de pedágio” ou tollbooth theory. O projeto busca reduzir estas oportunidades, limitando os atos de liberação e exigindo a sua revisão periódica. Ao fazer isso, tende a jogar luz sobre diversas medidas que servem a fins espúrios e não se destinam à consagração de nenhuma finalidade pública relevante.”*

A Lei Nacional da Liberdade Econômica, além de trazer ao Direito brasileiro como um todo conceitos jurídicos consistentes para balizar as relações entre o poder público ordenador e a iniciativa econômica privada, concebeu um programa para a revisão regulatória em todas as unidades do estado brasileiro, com princípios focados na livre iniciativa e na melhoria da regulação como um todo para agentes econômicos, na diminuição da burocracia desnecessária e no incentivo ao crescimento econômico e à livre iniciativa. Esse é o espírito da própria análise econômica do Direito, conforme defendemos no presente artigo.

4. Análise Econômica do Direito e a Lei de Liberdade Econômica: objetivos em comum

Vimos, segundo o projeto da Lei de liberdade Econômica, que suas premissas em muitos pontos convergem com as premissas da própria análise econômica do direito: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. A finalidade de melhorar o ambiente de negócios, deixar claras e mais simples as regras para negócios e empreendedorismo e a diminuição de barreiras à entrada só tendem a aumentar a eficiência das relações econômicas.

Vejamos o seu capítulo III:

“CAPÍTULO III

DAS GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA

Art. 4º **É dever da administração pública** e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, **indevidamente:**

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.”

A diminuição da burocracia e facilidade em empreender e guardar dados e documentos, o incentivo à livre-iniciativa e ao empreendedorismo, da clara barreira à entrada ao excesso de regulamentos expedidos sem responsabilidade ou prévios estudos que podem e efetivamente costumam vir a impactar a economia negativamente, bem com diversos outros incentivos à eficiência e maximização racional fazem uma verdadeira homenagem à doutrina da análise econômica do direito, que deve vir a frutificar especialmente quando tratamos da análise de impacto regulatório, conforme exigida em seu capítulo IV:

“CAPÍTULO IV

DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

Os princípios trazidos pela de Liberdade Econômica trazem, também, compatibilidade com os ensinamentos de um dos maiores autores da Análise Econômica do Direito e um de seus fundadores, Ronald Coase, que estabeleceu o famoso Teorema de Coase, que afirma que *“se existem direitos de propriedade bem definidos (o que permite os agentes trocarem) e não existem custos de transação, a solução de uma barganha é pareto-ótima independente da alocação inicial de recursos.”*

Partindo-se do pressuposto da negociação ou barganha, Cooter e Ulen⁸ afirmam que ao negociarem juntos, as pessoas frequentemente concordam com os termos ao interagir e cooperar. *“Mas, às vezes, os termos para interagir e cooperar são impostos por pessoas de fora - por exemplo, por meio da lei. Os termos geralmente são mais eficientes quando as pessoas concordam com elas do que quando um legislador ou conquistador as impõe.”* Segundo os autores, o que acontece é que a lei é desnecessária e indesejável quando a negociação é bem-sucedida e essa lei é necessária e desejável quando a negociação falha.⁹

O direito de propriedade bem definido é uma premissa do Teorema de Coase que está contida na Lei de Liberdade Econômica: *“Art. 1 (...) § 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à **propriedade** todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.”*

Em certas circunstâncias, para o Teorema de Coase, a negociação privada estabelecerá o que é propriedade, quem tem direito a essa propriedade, que coisas um proprietário

8 Cooter, Robert and Ulen, Thomas, “Law and Economics, 6th edition” (2016). Berkeley Law Books. Book 2. <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>

9 “By bargaining together, people frequently agree on the terms for interacting and cooperating. But sometimes the terms for interacting and cooperating are imposed on people from the outside—for example, by law. The terms are often more efficient when people agree on them than when a lawmaker or conqueror imposes them. It follows that law is unnecessary and undesirable where bargaining succeeds, and that law is necessary and desirable where bargaining fails.” (tradução livre colocada no corpo do artigo)

pode ou não fazer com a propriedade e quem pode interferir com a propriedade de um proprietário.

Além disso, o Teorema afirma que o melhor resultado possível é a barganha entre as próprias partes, sem interferência da lei, caso as partes optem por negociar entre si. A Lei de Liberdade Econômica protege também tal escolha:

“Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.”

Parte da preocupação de Ronald Coase diz respeito aos custos de transação, também presentes na Lei de Liberdade Econômica, em seu art. 4º:

DAS GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública

pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

(...) V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;”

Segundo Cooter e Ulen¹⁰, custos de transação são os custos de algum negócio. Qualquer negócio tem três etapas. Primeiro, alguém disposto a negociar tem que ser localizado. Isso envolve encontrar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Segundo, uma barganha deve ser feita entre os negociantes. Uma barganha é alcançada por meio de uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a elaboração de um acordo. Terceiro, depois que uma barganha é alcançada, ela deve ser aplicada.

A execução envolve monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo feito entre elas. Podemos chamar as três formas de custos de transação correspondentes a estas três etapas de uma troca: (1) custos de

10 Transaction costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs. (Tradução livre no corpo do artigo)

pesquisa, (2) custos de negociação e (3) custos de execução. A ideia da Lei da Liberdade Econômica é que não se adicionem custos de transação às transações econômicas, especialmente no tocante à incerteza: fontes de perturbações, como a assimetria de informação entre as partes em uma negociação. Quanto maior a incerteza em uma negociação e seus efeitos, isso tende a aumentar os seus custos de transação.

E temos, finalmente, no presente artigo, a possível contribuição da análise econômica do direito quanto à análise do impacto regulatório, prevista também na Lei de Liberdade Econômica:

“CAPÍTULO IV

DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será

obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

A possibilidade de uma análise prévia de decisões regulatórias é essencial para a diminuição de custos de transação, insegurança jurídica, eficiência e proteção dos destinatários de tais regulamentos. A possibilidade da utilização de dados empíricos e estatísticos têm muito a contribuir para viabilizar os objetivos da nova lei de liberdade econômica, conforme vemos na aplicação empírica da análise econômica do direito, bem como ajudar a prever os resultados de tais decisões no longo prazo, ao invés de permitir ao legislador ou regulador inventar suposições que em muito podem prejudicar a economia .¹¹

5. Conclusão

Conforme vimos, o movimento de “direito e economia” aplica teoria e método econômicos à prática do direito. É, sem dúvida, uma das teorias dominantes da jurisprudência norte-americana que tem se espalhado por todo o mundo e também pelo Brasil, utilizada principalmente na forma de teoria dos jogos na delação premiada e em decisões como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O movimento de direito e economia oferece uma nova forma de enxergar a teoria geral do direito, bem como fer-

11 McAdams, Richard H. and Ulen, Thomas S., Introduction to the Symposium on Empirical and Experimental Methods in Law. University of Illinois Law Review, Vol. 2002, No. 4. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=419980> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.419980>

ramentas conceituais para o esclarecimento e aprimoramento de suas práticas.

Além disso, é inegável como a doutrina também considera que a legislação deve ser usada para melhorar as condições do mercado, regular políticas públicas e prever o resultado de decisões, leis e regulamentos, tal como faz a nova Lei de Liberdade Econômica, com premissas parecidas que caminham na mesma direção.

A reunião da teoria jurídica e do raciocínio econômico também criou novas agendas de pesquisa nos campos da economia comportamental, na teoria da escolha pública na e teoria dos jogos, compreendendo ações estratégicas em um contexto jurídico. O presente artigo pretendeu unir os esforços e trazer aos olhos dos juristas brasileiros as possibilidades que temos de melhorar o direito com os olhos da economia, bem como de tornar o nosso arcabouço jurídico mais eficiente e direcionado aos rumos que queremos ao nosso próprio país.

OS FUNDOS DE INVESTIMENTO E A 'LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA' - NOVOS PROBLEMAS PARA UM ANTIGO E CONTROVERSO INSTITUTO?

Luciana Pedroso Xavier

Doutora e Mestre pela UFPR. Professora de Direito Civil na UFPR.

Rafael dos Santos-Pinto

Doutor e Mestre pela UFPR. Docente nas Faculdades Santa Cruz - PR.

Resumo: Os fundos de investimento são importantes institutos do mercado financeiro que atuam para captar e reunir recursos de investidores. Funcionam mediante gestão especializada por um administrador profissional, que aplica os recursos em atividades ou negócios previamente estipulados, especialmente no mercado mobiliário e na atividade de financiamento empresarial, auferindo lucro com as operações, que será revertido aos investidores. Criados no direito anglo-americano, os fundos de investimento fo-

ram instituídos no ordenamento brasileiro a partir dos anos 1960, tendo sido regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). De outro lado, em 2019 foi promulgada a “Lei da Liberdade Econômica” (Lei n.º 13.874/2019), que introduziu o instituto dos fundos de investimento no Código Civil, criando uma série de novas regras para sua regência. Nesse artigo são abordados dois temas controversos surgidos a partir do novo tratamento conferido aos fundos de investimento pela Lei da Liberdade Econômica, quais sejam: i) a controvérsia sobre a natureza jurídica dos fundos de investimento; ii) como funcionam as novas regras de limitação de responsabilidade nos fundos de investimento. O objetivo do presente trabalho é analisar com maior profundidade essas duas mudanças legislativas, ambas de grande importância prática e que ainda suscitam importantes questões do ponto de vista dogmático.

Palavras-chave: Fundos de investimento. Lei da Liberdade Econômica. Direito Privado. Direito Civil. Direito Empresarial.

1. Introdução

Recentemente, com a redução da taxa de juros bancários (SELIC)¹, as instituições financeiras intensificaram

1 Sobre as recentes notícias de novas diminuições na taxa Selic, conferir: <<https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/03/18/copom-reduz-selic-em-05-ponto-para-375percent-ao-ano.ghtml>>. Acesso em: 29/03/2020.

a tentativa de transferir os ativos de seus correntistas para “carteiras de investimento”. Não é situação incomum, nos últimos anos, que um correntista receba um telefonema do gerente de seu banco com uma sedutora proposta de investimento de sua poupança ou de parte dos valores de sua conta corrente². Argumenta-se que o “dinheiro não deve ficar parado”, especialmente quando a remuneração da poupança se encontra bastante reduzida³.

Essa nova dinâmica do mercado financeiro, que cada vez mais toca a dimensão consumerista – da poupança popular – traz à tona um já consagrado instituto do direito empresarial: os fundos de investimento. O dinheiro “investido” pelos correntistas em geral faz uso de um fundo de investimento. Em escala cada vez maior, é esse o instituto que operacionaliza as novas práticas bancárias, recebendo valores cada vez mais maciços captados dos mercados e da poupança popular para aplicação no mercado financeiro.

Mário Tavernard Martins de Carvalho apresenta interessante definição dos Fundos de Investimento e de sua função econômica:

2 No ano de 2019 foram publicadas matérias jornalísticas que relataram um aumento substancial no número de investidores nos fundos imobiliários. Ver, por todas: <<https://www.infomoney.com.br/onde-investir/fundos-imobiliarios-ganham-427-mil-novos-investidores-em-2019-com-numero-recorde-de-ofertas/>>. Acesso em: 07/03/2020.

3 Nos primeiros meses de 2020 já havia ampla difusão de notícias sobre a baixa rentabilidade da poupança e das “carteiras” de renda fixa: <<https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2020/02/05/ganho-da-poupanca-e-dos-fundos-de-renda-fixa-caem-apos-novo-corte-da-selic.htm>>. Acesso em: 29/03/2020.

“O fundo de investimento permite a aplicação de pequenos volumes de recursos e proporciona o acesso a uma administração e gestão especializadas, constituindo-se, pois, em um dos mais notáveis e democráticos mecanismos de alocação de poupança dos investidores. Dessa forma, estes, muitas vezes não afeitos à complexa dinâmica do mercado financeiro, optam pelos fundos com o intuito de conjugar seus recursos em busca de soluções de investimento seguras e que lhes proporcionem maior rentabilidade e liquidez”⁴.

De acordo com o autor, os fundos de investimento apresentam como seus elementos distintivos: i) a aplicação de recursos por investidores; ii) em um ente com administração e gestão especializadas; iii) para que esses recursos conjugados sejam investidos no mercado financeiro; iv) com o objetivo de se auferir rentabilidade e liquidez para seus investimentos.

Como se observa, tais fundos foram concebidos sob medida para o investimento no mercado financeiro e mobiliário, permitindo uma maior aglutinação e aplicação de recursos mediante gestão especializada e profissional. Nesse sentido, seriam beneficiados os investidores, que teriam o acesso mais facilitado a mercados de investimento, e, também haveria um incremento nas operações do mercado financeiro, que poderia atuar para captar investimento diretamente dos Fundos de Investimento.

4 CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 17

O nicho específico de atuação dos fundos de investimento como mecanismos de “aplicação” de recursos no mercado financeiro foi positivado na Resolução n. 555/2014 da CVM (Comissão de Valores Mobiliários)⁵. De outro lado, a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) veio a ampliar a finalidade dos fundos de investimento para a “aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza”⁶.

A ampliação das finalidades dos fundos de investimento não foi a única alteração trazida pela Lei da Liberdade Econômica, que inovou em diversos pontos do regime jurídico desse instituto⁷. A nova legislação, entretanto, não trouxe à tona uma solução normativa adequada para vários dos desafios dogmáticos dos fundos de investimento.

Além disso, a Lei da Liberdade Econômica inseriu na disciplina normativa dos fundos de investimento novas disposições que trazem à tona inovadores desafios e potenciais dificuldades no que diz respeito ao seu regime jurídico.

5 A Instrução CVM n. 555/2014 dispõe que os fundos de investimento são destinados à aplicação em ativos financeiros. Instrução CVM n. 555/2014. “Art. 3º O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.”

6 Código Civil: “Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza”.

7 Confira, a respeito das inovações legislativas: XAVIER, Luciana Pedroso; SANTOS-PINTO, Rafael. Art. 7º: Fundos de Investimento. Art. 1.368, C, D, E. In: **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. Org. Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: RT, 2019. p. 425-464.

No presente trabalho serão abordados dois desses “problemas” trazidos pela Lei da Liberdade Econômica em relação aos fundos de investimentos: a ainda incerta natureza jurídica do instituto e a possibilidade de aplicação de normas de limitação de responsabilidade próprias do direito societário em relação aos fundos de investimentos.

2. A concepção dos fundos de investimento, sua incorporação no ordenamento brasileiro, a regulamentação dos fundos de investimento pela CVM (Instrução n. 555/2014 da CVM) e a nova regulamentação pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019)

Os fundos de investimento têm suas origens relacionadas ao direito Inglês do Século XI, associadas ao instituto dos *Trusts*⁸. A figura dos *investment trusts*, de outro

8 Os *trusts* são com certeza uma das figuras mais complexas do Direito. A sua explanação foge ao escopo desse trabalho, mas, para orientar o leitor em relação às suas principais características, seja consentido conferir: “A essência do *trust* reside precisamente em sua abertura conceitual. É por essa razão que a doutrina o adjetiva como ‘flexível’, ‘dúctil’ e ‘maleável’. Conforme observa Philip H. Pettit, é fácil explicar o que é um *trust*, mas árduo defini-lo satisfatoriamente. Essa dificuldade encontra sentido nas características da tradição *common law*, a qual se configura como um sistema aberto, no qual não há tanto apego a conceitos. É comum que, mesmo em obras dedicadas ao estudo do *trust*, não seja fornecida uma definição ou um conceito dessa figura, mas tão somente uma noção, ou seja, a descrição de sua estrutura e modo de funcionamento. Tendo em vista se tratar de um tema extremamente complexo, para que se possa ter uma noção elementar do *trust*, é preciso compreender que nele podem ser identificados três distintos polos de interesses, conforme explica Judith Martins-Costa: ‘o proprietário dos bens em *trust*, sendo seu instituidor (*settlor of trust*);

lado, ganhou mais complexidade como um mecanismo do mercado financeiro a partir do *Investment Company Act* de 1940 dos Estados Unidos da América. Esse diploma legal veio a melhor regular o instituto⁹ e serviu de modelo para a sua incorporação no direito brasileiro.

Os *investment trusts* primeiro foram incorporados no ordenamento brasileiro pela Portaria n. 309/1959 do Ministério da Fazenda, que regulou as formas de constituição, funcionamento e atribuições das chamadas “sociedades de crédito”, dentre as quais encontravam-se os “fundos em conta de participação”. Essa regulamentação foi complementada posteriormente pela Lei n. 4.728/1965, que previu regulamentação pelo Conselho Monetário Nacional para os “fundos em condomínio de títulos ou valores mobiliários”, sendo a competência regulatória posteriormente delegada para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM)¹⁰.

aquele a quem é incumbida a administração dos bens (o *trustee*), e o beneficiário, isto é, aquele que tem seus interesses administrados pelo *trustee* (*beneficiary*, ou *cestui que trust*), podendo este ser, inclusive, o próprio instituidor”. (XAVIER, Luciana Pedroso; SANTOS-PINTO, Rafael. Art. 7º: Fundos de Investimento. Art. 1.368, C, D, E. In: **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. Org. Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: RT, 2019. p. 430-431).

9 BORGES, Florinda Figueiredo. Os fundos de investimento: reflexões sobre sua natureza jurídica. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 46.

10 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 185-186.

O principal marco regulatório contemporâneo em relação aos fundos de investimento foi a Instrução CVM n. 555/2014, normativa ainda em vigor, sendo sucessivamente atualizada até a Instrução CVM n. 615/2019. A Instrução n. 555/2014 da CVM define os fundos de investimento como institutos cuja finalidade é restrita à “aplicação em ativos financeiros”¹¹.

Até o ano de 2019 os fundos de investimento permaneciam como um instituto especializado cuja finalidade e a regulamentação eram essencialmente adstritas ao mercado financeiro e mobiliário. Em outras palavras, eram instrumentos para realização de investimento em mercados especializados.

Esse panorama foi se alterar com a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019). Originalmente editada como a Medida Provisória n. 881/2019, a norma propôs uma abrangente alteração em diversos institutos centrais do direito privado, tendo sofrido uma série de acréscimos e mudanças durante o processo legiferante de conversão da Medida Provisória em Lei¹².

11 Instrução CVM n. 555/2014. “Art. 3º O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.”

12 A Lei da Liberdade Econômica e a MP da Liberdade Econômica foram objeto de uma série de importantes críticas acadêmicas, sendo também objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 6156, 6184 e 6217. Ao cabo, Carlos Ari Sundfeld assim resumiu a nova Lei: “Como ficou, a Lei funciona como uma declaração de direitos, mas é tecnicamente frágil e mal redigida. Da maneira que ficou, a lei vai gerar muitos questionamentos, produzindo um alto grau de insegurança jurídica”. SUNDFELD, Carlos Ari.

No que diz respeito aos fundos de investimento, a Lei da Liberdade Econômica alterou em diversos pontos a regulamentação do instituto. De forma resumida, foram realizadas as seguintes alterações:

I) Os fundos de investimento foram inseridos no Livro III, de Direito da Coisas, do Código Civil, introduzindo-o topograficamente como pertencente aos direitos das coisas;

II) Em relação à natureza dos fundos, definiu-os como “comunhão de recursos de natureza especial”;

III) Ampliou a finalidade dos fundos de investimento para aplicação em “bens e direitos de qualquer natureza” (para além da aplicação em “ativos financeiros”);

IV) Expressamente afastou a aplicação das regras referentes ao condomínio em relação aos fundos de investimento (art. 1.314 a 1.358 do Código Civil);

V) Manteve a autoridade da CVM para regulamentação e registro dos fundos de investimento;

VI) Criou a possibilidade de limitação da responsabilidade do investidor ao valor de sua cota;

VII) Criou a possibilidade de limitação da responsabilidade dos prestadores de serviço perante o condomínio e entre si;

VIII) Criou a possibilidade de criação de classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com patrimônio segregado para cada classe;

IX) Instituiu regras aplicáveis no caso de insolvência do fundo de investimento¹³.

Como se observa, houve uma substancial mudança do regime jurídico dos fundos de investimento, com uma série de inovações legais que tocam o cerne de sua atividade e regulamentação. A seguir, serão enfrentadas com maior profundidade duas mudanças promovidas pela Lei da Liberdade Econômica, que introduziram (ou intensificaram) desafios e questões dogmáticas acerca do regime jurídico dos fundos de investimento.

3. A controversa natureza dos fundos de investimento – condomínio especial, comunhão ou sociedade não personificada?

A primeira alteração controversa trazida pela Lei da Liberdade Econômica foi a manutenção de uma imprecisão e ambivalência sobre o regime jurídico dos fundos de investimento. Ao passo que manteve parte da

13 Sobre as diversas alterações normativas ao regime dos fundos de investimento pela Lei da Liberdade Econômica, seja consentido remeter a: XAVIER, Luciana Pedroso; SANTOS-PINTO, Rafael. Art. 7º: Fundos de Investimento. Art. 1.368, C, D, E. In: **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. Org. Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: RT, 2019. p. 425-464.

definição da Instrução CVM n. 555/2014¹⁴ (“comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio”), a Lei n. 13.874/2019 qualificou a natureza de “condomínio” como “especial”¹⁵.

Não bastasse a clara intenção da norma em diferenciar o regime dos fundos de investimentos daquele do condomínio geral (arts. 1.314 a 1.330), do edifício (arts. 1.331 a 1.357) ou do em multipropriedade (arts. 1.358-A a 1.358-N), mediante a remissão a uma forma “especial”, a Lei da Liberdade Econômica foi além, e, em norma separada (art. 1.368-C, § 1º¹⁶) expressamente afastou o regime próprio dos arts. 1.314 ao 1.358-A do Código Civil em relação ao instituto.

Assim, evidencia-se uma primeira dificuldade conceitual, uma vez que a norma invoca o *nomem iuris* de um instituto somente para, subsequentemente, afastar seu regime jurídico. Isso demonstra que a manutenção do termo “condomínio” foi um excedente desnecessário, uma vez que se fosse o caso de afastar esse regime jurídico dos fundos de investimento bastaria manter a redação como “comunhão

14 Instrução CVM n. 555/2014. “Art. 3º O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.”

15 Lei n. 13.874/2019. “Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.”

16 Lei n. 13.874/2019. “Art. 1.368-C. (...) § 1º Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.314 ao 1.358-A deste Código.”

de recursos” (atraindo o regime da comunhão unitária), ou, trazer nova conceituação para a natureza do instituto¹⁷.

Dessa forma, mesmo diante do amplo esforço legislativo em afastar o regime do condomínio, ainda não resta claro qual a precisa natureza jurídica dos fundos de investimento, não tendo a Lei da Liberdade Econômica contribuído para sanar essa antiga polêmica¹⁸. A norma, assim, é marcada por uma imprecisão basilar que, ao passo que busca afirmar qual não é a natureza dos fundos de investimento, não traz uma definição precisa do que efetivamente seria a sua natureza.

A imprecisão normativa é prejudicial, pois não há, igualmente, um consenso doutrinário sobre a natureza jurídica dos fundos de investimento.

Mário Tavernard Martins de Carvalho identifica cinco naturezas jurídicas distintas abordadas pela doutrina em relação aos fundos de investimento, cada qual passível de críticas. Seriam elas: i) copropriedade (ou condominial); ii) comunidade não condominial; iii) propriedade em mão comum; iv) propriedade fiduciária; v) societária¹⁹.

17 Nesse caso, a opção topográfica de sua inserção no Código Civil eventualmente deveria ser alterada, pois não faria sentido o deixar junto ao tratamento conferido ao condomínio, no livro destinado ao direito das coisas.

18 A questão da natureza jurídica dos fundos de investimento recebeu estudos de fôlego na doutrina brasileira. Ver, por todos: BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimentos**. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 152-160.

19 CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In: **FUNDOS de investimento: aspectos jurídicos**,

Até a edição da Lei da Liberdade Econômica, a teoria mais dominante a respeito da natureza dos fundos de investimento era a do condomínio ou copropriedade. A afirmação dessa natureza decorria em especial do fato de que os fundos de investimento não têm personalidade jurídica própria, o que os afastaria do regime tradicional das sociedades²⁰.

De outro lado, a doutrina sempre ponderou que a natureza jurídica de condomínio não implicaria na aplicação do regime jurídico desse instituto aos fundos de investimento. Como afirma Mário Tavernard Martins de Carvalho, as características do condomínio não se ajustariam à estrutura e lógica dos fundos de investimento, já que nos fundos a cota é mera fração ideal do patrimônio do fundo, não sendo possível o cotista requerer a divisão de sua participação do total nem usar ou dispor dos valores, uma vez que os bens do fundo são unicamente representados (e as obrigações são contraídas) pelo administrador²¹.

Duas figuras menos adotadas pela doutrina para explicar a natureza jurídica dos fundos de investimento são a propriedade em mão comum e a propriedade fiduciária.

regulamentares e tributários. Coord. FREITAS, Bernardo Vianna. e VERSIANI, Fernanda Valle. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 21-22.

20 WALD, Arnaldo. Da natureza jurídica do fundo imobiliário. In: **Revista Forense**, n. 309, p. 09, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

21 CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In: **FUNDOS de investimento: aspectos jurídicos, regulamentares e tributários.** Coord. FREITAS, Bernardo Vianna. e VERSIANI, Fernanda Valle. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 22-23.

No que diz respeito à propriedade em mão comum, trata-se de figura do direito alemão, criada a partir de fontes do direito germano, distinguindo-se da propriedade romana, cujas características principais seriam a indivisão do patrimônio comum e a proteção do patrimônio comum em face de dívidas individuais dos titulares perante terceiros²². Além da objeção de que o ordenamento brasileiro não conta com normas específicas que estruturarem uma propriedade em mão comum, também nos fundos de investimento não se verificaria a indivisibilidade plena e proteção do patrimônio comum, já que as cotas dos investidores podem ser objeto de penhora ou liquidação para saldar suas dívidas pessoais²³.

A teoria da propriedade fiduciária, por sua vez, aproximaria a natureza jurídica dos fundos de investimento daquela do *trust* anglo-americano, no qual haveria um destaque da propriedade de seu titular. Essa natureza é criticável, novamente, pois para a maior parte da doutrina ainda não há no Brasil uma base normativa para o *trust*²⁴,

22 CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 190.

23 CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 191.

24 Judith Martins-Costa afirma que é “indivíduo, porém, não existir o *trust* no Brasil como instituto geral”. MARTINS-COSTA, Judith. O *trust* e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**. n. 4., v. 12., p. 168, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2017. Cabe ressaltar, porém, que se percebe uma progressiva inserção dos *trusts* no direito brasileiro. Seja consentido remeter a: XAVIER, Luciana Pedroso. O direito brasileiro à procura de um conceito: encontros e desencontros com o *trust*. Curitiba,

sendo que a propriedade fiduciária tem como regra um escopo de garantia²⁵.

Por fim a natureza jurídica de comunhão (ou comunidade não condominial) e de sociedade são aquelas que ganham maior discussão contemporânea na doutrina. Em um primeiro momento, pode-se observar que os fundos de investimento trazem em sua definição legal a remissão a “comunhão de recursos”²⁶. A ideia de comunhão remete a um patrimônio separado que é titularizado por diversos sujeitos, distinguindo-se do condomínio pois esse seria a titularidade comum de um bem, enquanto na comunhão a titularidade recairia sobre um patrimônio especial²⁷.

Nesse sentido, Milena Donato Oliva explica com precisão a natureza da relação jurídica que envolve os fundos de investimento:

2006, 350 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

25 CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 192.

26 Lei n. 13.874/2019. “Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.”

27 Confira: SANTOS-PINTO, Rafael dos. **A dogmática da comunhão unitária no direito empresarial: um estudo sobre a insuficiência dos tipos legais que disciplinam a pluralidade subjetiva patrimonial em operações econômicas**. Curitiba, 2018, 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/58656>>. Acesso em: 28 set. 2019. p. 73-75.

“Os fundos de investimento configuram, no ordenamento brasileiro, patrimônio separado, de titularidade dos quotistas ou da administradora. Cuida-se de universalidade patrimonial autônoma, que não se confunde com o patrimônio geral dos quotistas ou da administradora. Opera-se a unificação ideal de situações jurídicas subjetivas, mediante a criação de novo objeto de direito, com o escopo realizar a função a que se propõe a constituição do fundo”²⁸.

Já aqueles que defendem para os fundos de investimento a natureza societária, realizam importante distinção a respeito da finalidade da comunhão em comparação com a finalidade das sociedades. Na explicação de Erasmo Valadão Azevedo e Novaes França, com base em Fábio Konder Comparato:

“Os bens são colocados na sociedade, portanto, como um mero instrumento para o exercício de atividade econômica. É exatamente isto que distingue a sociedade da comunhão, como lembra, ainda, Comparato: ‘A distinção deve ser perseguida na natureza da causa, ainda, enquanto elemento objetivo do negócio jurídico. Na comunhão, é o uso e gozo comum da mesma coisa, sem qualquer referência a uma ulterior finalidade coletiva. Em outras palavras, a comunhão é do objeto e não dos objetivos. Na sociedade, ao revés, essa comunhão de escopo é fundamental. (...) Assim, o acento tô-

28 OLIVA, Milena Donato. Indenização devida “ao fundo de investimento”: qual quotista vai ser contemplado, o atual ou o da data do dano? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 904, p. 73-96, fev. 2011.

nico, nos negócios de comunhão, é posto nos próprios bens comuns, ao passo que, na sociedade, os bens sociais são simples instrumento para o exercício de uma atividade, com intuito lucrativo. É essa atividade econômica coletiva que constitui, propriamente, o objeto social. De um lado, pois, há comunhão de bens sem exigência de uma atividade coletiva; de outro, uma atividade comum, em função da qual os bens sociais adquirem uma característica puramente instrumental”²⁹.

Assim, a definição da natureza de comunhão ou societária para os fundos de investimento passa por uma reflexão sobre onde residiria o elemento de “comunhão”. Se residir no próprio uso e gozo comum dos bens, sua natureza seria de comunhão. Já se residir na comunhão de escopo, no exercício de uma atividade coletiva, seria de natureza societária. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, fazendo uso da segunda definição, defende a natureza de sociedade em comum para os fundos de investimento³⁰.

A discussão está longe de se encerrar. De um lado é possível se observar elementos próprios dos negócios societários na relação entabulada entre os investidores, especialmente naquilo que Tullio Ascarelli definiu como contrato plurilateral externo³¹. De outro lado, nos fundos de

29 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

30 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 171.

31 “Há casos em que o fim comum não pode ser atingido, a não ser que as partes entrem, como “grupo”, em relações com terceiros. Assim, quando

investimento existe uma notável separação entre as esferas dos investidores entre si e da administração, nem sempre presente nos modelos societários, especialmente nas sociedades de pessoas, nas quais a noção de *affectio societatis* é considerada fundamental³².

Essa discussão é de todo mais relevante pois, na qualidade de sócios, os investidores integrariam a relação com o fundo de investimento como agentes empresariais, sendo que em diversas situações, a relação dos investidores com os fundos assume qualidades muito mais próximas daquelas de consumidores com um fornecedor³³.

várias pessoas põem em comum uma soma de dinheiro a ser empregada em atos de comércio, a fim de dividirem o lucro que disso possa derivar; assim, quando várias pessoas compram em comum, de terceiros, um terreno para aí constituírem um ginásio onde se pratiquem exercícios físicos. (...) Podemos, pois, distinguir contratos plurilaterais externos e contratos plurilaterais internos, conforme importam ou não, deverem, as partes, como grupo, entrar em relações para com terceiros para a consecução do escopo comum”. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 409-410.

32 A noção de *affectio societatis* é importante pois é uma construção que goza de elevado uso pela jurisprudência. Confirma a apreciação crítica realizada por Gustavo Saad Diniz: “Esse traço veio ao direito brasileiro, imiscuindo-se como elemento do contrato de sociedade, sendo compreendido como intenção de formar sociedade, como contribuição dos sócios com esforços ou com recursos para a consecução de determinado resultado”. (DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 109).

33 Sobre o tema, consultar: SGARBI, Mariana Loyola Ferreira. Fundos de investimento e Código de Defesa do Consumidor. In: **Fundos de investimento: aspectos jurídicos, regulamentares e tributários**. Coord. FREITAS, Bernardo Vianna. e VERSIANI, Fernanda Valle. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015. e SILVA, Rodrigo Alves da. Os fundos de investimentos financeiro à luz do código de defesa do consumidor: proteção jurídica no investidor. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.4. n.13. p.187-249. jan./mar. 2003.

Em momento de expansão no uso dos fundos de investimento, inclusive com ampla captação da poupança popular, afirmar a natureza societária para os fundos de investimento potencialmente introduziria no instituto uma dimensão de risco bem mais elevada do que a experiência social espera do instituto, especialmente diante da onipresente possibilidade de crises econômicas que causem perdas em relação aos valores investidos³⁴.

Dessa forma, não obstante tenha sido objeto de reflexão de prestigiados juristas brasileiros, a natureza dos fundos de investimento permanece incerta. Tal lacuna necessita ser devidamente colmatada, a fim de que se encontre um regime jurídico adequado para esses entes, que dê conta de sua complexidade e peculiaridade.

4. A limitação de responsabilidade no âmbito dos fundos de investimento

O segundo aspecto polêmico dos fundos de investimento que será examinado nesse artigo, trata-se de uma inovação da Lei n. 13.874/2019. Se em relação à polêmica sobre a natureza jurídica dos fundos de investimento a Lei da Liberdade Econômica pecou por omissão – deixou de

34 Veja-se, por exemplo, a atual crise econômica causada pela pandemia de Covid-19, que inesperadamente está ocasionando uma das piores recessões da história, ainda sem perspectivas de como se desdobrará nos próximos meses e de quais serão seus impactos: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/cepal-crise-por-causa-de-covid-19-sera-uma-das-piores-do-mundo>>. Acesso em 29/03/2020.

precisar a natureza dos fundos – no que diz respeito à limitação de responsabilidade, ela criou um novo problema, antes ausente da legislação sobre o tema.

A Lei n. 13.874/2019 criou novas instâncias de limitação de responsabilidade, quais sejam: i) a limitação da responsabilidade do investidor ao valor de sua cota (art. 1.368-D, I); ii) a limitação da responsabilidade dos prestadores de serviço dos entre si e perante o condomínio (art. 1.368-D, II).

Inicialmente, em relação à limitação da responsabilidade dos investidores, tem-se que a nova norma busca aplicar a eles regime semelhante ao das sociedades limitadas. A segunda hipótese diz respeito aos profissionais que o administrador pode contratar para auxiliar nas atividades do fundo³⁵, que também poderia

35 A CVM assim definiu as atividades dos prestadores de serviço do fundo de investimento: Instrução Normativa CVM n. 409/2014. “Art. 56. A administração do fundo compreende o conjunto de serviços relacionados direta ou indiretamente ao funcionamento e à manutenção do fundo, que podem ser prestados pelo próprio administrador ou por terceiros por ele contratados, por escrito, em nome do fundo.

§1º O administrador poderá contratar, em nome do fundo, com terceiros devidamente habilitados e autorizados, os seguintes serviços, com a exclusão de quaisquer outros não listados:

I – a gestão da carteira do fundo;

II – a consultoria de investimentos;

III – as atividades de tesouraria, de controle e processamento dos ativos financeiros;

IV – a distribuição de cotas;

V – a escrituração da emissão e resgate de cotas;

VI – custódia de ativos financeiros; e

VII – classificação de risco por agência especializada constituída no País.

ter sua responsabilidade limitada, mas desta vez em relação ao fundo de investimento.

Ocorre que essas instâncias de limitação de responsabilidade são próprias de sociedades personificadas, isso é, sociedades que atingem a personificação – recebem personalidade jurídica própria – e, mediante expressa previsão legal, limitam a responsabilidade da pessoa jurídica em relação aos seus sócios.

Como explica Marcia Carla Pereira Ribeiro, “a limitação de responsabilidade do sócio por dívidas sociais não é algo natural”³⁶, dependendo de escolhas legislativas sobre determinadas formas de alocação de direitos de propriedade numa coletividade.

O ordenamento pátrio cria uma profunda associação entre a personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade³⁷. Veja-se que as sociedades não perso-

36 “A limitação de responsabilidade do sócio por dívidas da pessoa jurídica não é algo natural. É uma decorrência da alocação dos direitos de propriedade da forma como esta se realiza numa coletividade. A personificação permite o reconhecimento da existência de um sujeito de direito artificialmente criado (...). O sujeito de direito criado é potencial titular de direitos e, portanto, e de obrigações. Pelas dívidas da sociedade responde o patrimônio da pessoa jurídica, limitando-se a possibilidade dos sócios serem atingidos pelas obrigações”. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A responsabilidade limitada nas sociedades empresárias. In: **Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento**. Org. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. RODRIGUES, Victor Hugo. KLEIN, Vinicius. Curitiba: CRV, 2016. p. 56-57.

37 FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 18.

nificadas não gozam de limitação de responsabilidade (Sociedade em Comum e Sociedade em Conta de Participação - arts. 991 a 996 do Código Civil). A razão da vinculação da limitação de responsabilidade à personalidade jurídica existe pois “o patrimônio autônomo suporta os riscos da empresa, sendo essencial para a limitação da responsabilidade dos sócios”³⁸.

Assim, na medida em que a sociedade personificada cria um centro de imputação de direitos e deveres autônomo, com autonomia patrimonial em relação aos sócios³⁹, torna-se possível delinear uma esfera de responsabilidade igualmente autônoma, que, entretanto, não se comunica com os sócios e seu patrimônio pessoal.

Ainda, mesmo dentre as sociedades personificadas, somente alguns tipos societários gozam de responsabilidade limitada. Na lição de Priscila Fonseca e Rachel Sztajn: “Devem-se definir as estruturas e as competências decorrentes do negócio jurídico de sociedade no exame de cada tipo previsto em lei, uma vez que as organizações e as competências podem variar”⁴⁰.

38 DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 130.

39 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 164.

40 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 135.

Assim, tem-se que o ordenamento não só correlaciona a limitação da responsabilidade com a criação de uma nova pessoa (personalidade jurídica), mas também condiciona a limitação da responsabilidade a algumas formas específicas de organização societárias – os tipos societários de responsabilidade limitada (EIRELI, Sociedade Limitada, Sociedade Anônima, etc.).

A atribuição da limitação da responsabilidade surgiu historicamente pelo instituto da *comenda*, um modelo societário criado para angariar recursos para a atividade de comércio marítimo (de altíssimo risco). Nas comendas admitiam-se dois tipos de sócios, os *stans*, ou de terra, que aportavam capital mas tinham sua responsabilidade limitada ao valor investido; e os *tractators*, ou viajantes, que eram encarregados de fazer a viagem e tinham responsabilidade ilimitada⁴¹.

Foi somente após a criação das primeiras companhias coloniais que houve pela primeira vez a criação de um modelo societário que possibilitava a limitação de responsabilidade de todos os sócios, criadas no contexto das políticas nacionais mercantilistas do Século XVII, com separação patrimonial perfeita⁴².

41 FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 14-15.

42 FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 16-17.

Com base nesse peculiar contexto a legislação promoveu, com o reconhecimento da limitação da responsabilidade, duas formas de socialização: a socialização do investimento e a socialização parcial do risco.

Na explicação de Ana Frazão:

“A socialização do investimento decorria do fato que, por meio da responsabilidade limitada, qualquer um, mesmo que não pertencesse à classe mercantil, poderia investir na companhia sem comprometer seu patrimônio pessoal e ainda com a possibilidade de fácil alienação de suas participações societárias, que estariam consubstanciadas em títulos - as ações – de fácil circulação.

Já a socialização parcial do risco era consequência do reconhecimento implícito de que as atividades mercantis beneficiavam a sociedade como um todo, motivo pelo qual, se a companhia não tivesse patrimônio para responder pelas suas dívidas, os credores suportariam o prejuízo, pois não mais teriam o patrimônio pessoal dos sócios ou dos gestores como garantia”⁴³.

Como se observa, a limitação de responsabilidade tem premissas e consequências precisas, criadas com base em importantes processos históricos. Logo, entende-se que a regulamentação oferecida pela Lei da Liberdade Econômica para a limitação de responsabilidade nos fundos de

43 FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 18.

investimento viola esses pressupostos clássicos da limitação da responsabilidade social.

Primeiramente, nos fundos de investimento não há uma personalidade jurídica apta a ser o centro de imputação dos direitos e deveres. Sendo assim, a limitação de sua responsabilidade não criaria a separação da responsabilidade do investidor em uma pessoa diversa, mas sim implicaria em verdadeira extinção da responsabilidade quando exaurido o patrimônio investido.

Por outro lado, quando se pensa na limitação da responsabilidade dos prestadores de serviço, encontra-se igualmente longe dos cânones da limitação da responsabilidade social. Os prestadores de serviço possuem prestações autônomas, de natureza contratual, em relação ao fundo de investimentos. Novamente, a hipótese legal não está a realizar a separação da responsabilidade entre pessoas distintas, mas sim extinguindo a responsabilidade dos prestadores em relação ao próprio objeto de sua prestação.

A distinção não é de mero interesse teórico. A limitação de responsabilidade e a contratação dos prestadores de serviço é prevista no Regulamento do fundo de investimento. Porém, é comum que tal regulamento não seja elaborado pelos investidores, mas sim pelo administrador. Assim, há a atribuição de uma ampla discricionariedade, fora do substrato coletivo de sujeitos de compõem o fundo (investidores), para a limitação da sua própria responsabilidade, bem como da responsabilidade de terceiros em relação aos investidores.

Note-se que é patente a insegurança jurídica criada por tal regra, abrindo-se margem para regimes de limitação de responsabilidade indesejados pelo ordenamento. No direito societário há uma tipicidade estrita dos modelos societários exatamente para evitar essa hibridização e insegurança quanto ao regime de responsabilidade dos sócios e de terceiros que venham negociar com a sociedade.

Desse modo, se ao instituir um regime de limitação de responsabilidade para os fundos de investimento, a norma quis dotá-los de uma maior segurança patrimonial para estimular os investidores a realizarem aportes e as empresas a incrementarem a gestão dos fundos pela prestação de serviços especializados. Todavia, inadvertidamente a legislação criou uma quimera, que introduz grave insegurança jurídica aos fundos de investimento, inexistente antes da promulgação da Lei n. 13.874/2019.

5. Considerações Finais

Na exposição de motivos da Lei da Liberdade Econômica, a nova norma é associada à necessidade de superação da atual crise econômica, ao incremento nos investimentos em educação e tecnologia, à possibilidade de processos de desestatização e incremento da segurança jurídica para atração de mais investimentos⁴⁴. Ocorre que,

44 Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 881/2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>. Acesso em 08 de mar. de 2020.

conforme demonstrado, esses nobres motivos que inspiraram a reforma normativa não foram atingidos, pois, como afirmou Carlos Ari Sunfeld, a fragilidade técnica do diploma implicou em uma inadmissível insegurança jurídica⁴⁵ no seio do direito privado.

No presente trabalho foram analisadas duas instâncias em que a reforma legislativa introduziu mais “problemas” técnicos e normativos do que soluções.

Em primeiro lugar, a Lei da Liberdade Econômica perdeu excelente oportunidade de melhor definir a natureza jurídica dos fundos de investimento, de modo que oferecesse real contribuição ao aprimoramento da identificação do regime jurídico aplicável ao instituto e suas características.

Cabe ressaltar que se a definição da natureza dos fundos de investimento já era importante antes do advento da nova Lei, quando a norma veio a ampliar a finalidade do instituto para “aplicação em bens e direitos de qualquer natureza”, permitindo, portanto, a expansão do uso do instituto, a questão se tornou ainda mais relevante.

Em segundo lugar, a inclusão de novos regimes de limitação de responsabilidade (dos investidores e dos prestadores de serviço) fora dos contornos clássicos da limitação da responsabilidade social na Lei da Liberdade Econômica criou uma situação de profunda insegurança jurídica.

45 SUND FELD, Carlos Ari. **Entrevista**. 16 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.virtunews.com.br/entrevista/entrevista-carlos-ari-sunfeld>>. Acesso em 08 mar. 2020.

No atual panorama não há uma clara compreensão das consequências patrimoniais da contratação com um fundo de investimento de responsabilidade limitada. Tal incerteza reside no fato de que não há uma personalidade jurídica para servir de centro de imputação de direitos e deveres, nem um patrimônio com autonomia plena para servir de garantia às dívidas comuns.

Ainda, os investidores também são vitimados pela insegurança jurídica, pois poderão sofrer com os prejuízos de terceiros (os prestadores de serviço) por determinação de um Regulamento em relação ao qual podem não ter contribuído diretamente com a redação.

Uma certeza porém pode ser anunciada: diante das imprecisões, equívocos e incertezas da Lei da Liberdade Econômica, caberá à doutrina e à jurisprudência o desenvolvimento de parâmetros interpretativos e o debate crítico aos dispositivos da *novel* legislação. Desse modo, objetivou-se trazer à lume as relevantes questões da natureza jurídica dos fundos de investimento e de como serão operadas as regras de limitação de sua responsabilidade. Como foi examinado, ambas as problemáticas apresentam repercussões não só teóricas, mas eminentemente práticas e que impactam no cotidiano de todos os sujeitos que participam das operações realizadas pelos fundos de investimento, merecendo balizas mais cristalinas.

Referências bibliográficas

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimentos**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

BORGES, Florinda Figueiredo. Os fundos de investimento: reflexões sobre sua natureza jurídica. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. Fundos de investimento: aspectos polêmicos. In: **FUNDOS de investimento: aspectos jurídicos, regulamentares e tributários**. Coord. FREITAS, Bernardo Vianna. e VERSIANI, Fernanda Valle. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015.

CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. Org. WALD, Arnaldo. São Paulo: RT, 2011. V. IV.

DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código**

civil comentado: direito de empresa. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11.

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

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Sociedade em comum.** São Paulo: Malheiros, 2013.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa:** repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. Revista de direito civil contemporâneo. n. 4., v. 12., p. 165-209, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, jul.-set. 2017.

OLIVA, Milena Donato. Indenização devida “ao fundo de investimento”: qual quotista vai ser contemplado, o atual ou o da data do dano? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 904, p. 73-96, fev. 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A responsabilidade limitada nas sociedades empresárias. In: **Análise econômica do direito:** justiça e desenvolvimento. Org. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. RODRIGUES, Victor Hugo. KLEIN, Vinicius. Curitiba: CRV, 2016.

SANTOS-PINTO, Rafael dos. **A dogmática da comunhão unitária no direito empresarial:** um estudo sobre a insuficiência dos tipos legais que disciplinam a pluralidade subjetiva patrimonial em operações econômicas. Curitiba, 2018,

177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

SGARBI, Mariana Loyola Ferreira. Fundos de investimento e Código de Defesa do Consumidor. In: **Fundos de investimento**: aspectos jurídicos, regulamentares e tributários. Coord. FREITAS, Bernardo Vianna. e VERSIANI, Fernanda Valle. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015.

SILVA, Rodrigo Alves da. Os fundos de investimentos financeiro à luz do código de defesa do consumidor: proteção jurídica no investidor. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.4. n.13. p.187-249. jan./mar. 2003.

XAVIER, Luciana Pedroso. **O direito brasileiro à procura de um conceito: encontros e desencontros com o trust**. Curitiba, 2016, 350 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

XAVIER, Luciana Pedroso; SANTOS-PINTO, Rafael. **Art. 7º: Fundos de Investimento. Art. 1.368, C, D, E. In: Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. Org. Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: RT, 2019. p. 425-464.

WALD, Arnoldo. Da natureza jurídica do fundo imobiliário. In: **Revista Forense**, n. 309, p. 09-14, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ASPECTOS LEGAIS DO COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE GESTÃO EMPRESARIAL ESTRATÉGICA.

Rodolfo Fernandes de Souza Salema

Rodolfo F. de Souza Salema, advogado, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, pós graduado em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e MBA em Gestão Estratégica pela Universidade de São Paulo (FEA-USP).

1. Introdução

No cenário político e empresarial brasileiro, é notória a crise de credibilidade pela qual passam as instituições, impulsionada, principalmente, pelos recentes escândalos de corrupção e pela cultura da impunidade que permeia as relações do nosso país.

Derivada do verbo “*to comply*”, da língua inglesa, o *Compliance* remete a um conjunto de atos e procedimentos que visam garantir a conformidade da conduta de uma organização, o cumprimento de leis e regulamentos ine-

rentes às suas atividades, de modo a atuar na prevenção de riscos e fraudes internas.

Apesar de o conceito de *Compliance* (como política de boa governança corporativa) não ser relativamente novo no cenário internacional, no Brasil ainda há uma carência destas estruturas nas empresas, mesmo após o advento da Lei 12.486/2013, popularmente conhecida como “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”.

Não obstante, o tema ganhou grande relevância no ambiente empresarial, tornando-se motivo de preocupação a necessidade de adequar as empresas às obrigações e desdobramentos da lei, por meio da estruturação de uma política de *Compliance* e de medidas de integridade.

Sabe-se que a referida legislação estabelece, principalmente, a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) das pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a Administração Pública, a possibilidade de formalização de acordos de leniência (declaração voluntária de culpa), além de prever mecanismos de redução de penas para aquelas empresas que tenham um programa efetivo de *Compliance*.

As investigações de atos de corrupção, como a Operação “Lava Jato” da Polícia Federal e a Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal (“Mensalão”), aliadas ao clamor público pela tolerância zero a práticas desta natureza, impulsionaram a discussão do tema no mercado empresarial brasileiro.

Nessa seara, o *Compliance* é uma tendência em governança, pois estabelece um padrão de negócio baseado em boas práticas, relações éticas e transparentes entre as empresas e o setor público – especialmente aquelas que atuam em setores regulados –, além de substituir instrumentos tradicionais de combate ao crime por meio da prevenção.

As empresas que estão alinhadas a uma efetiva política de *Compliance* certamente garantirão credibilidade frente ao mercado, valorização da sua marca, e confiabilidade dos seus produtos e serviços, as quais, juntas, representam condições essenciais para a gestão estratégica e o resultado das corporações.

Finalmente, não há dúvidas que o *Compliance* tem reflexos diretos nos processos de *due diligence* e *join venture*, demandando atuação estratégica das empresas por meio de adequação de contratos, criação de códigos de ética e de conduta, treinamentos sucessivos aos funcionários, canais de denúncia, além, é claro, de um departamento de *Compliance* totalmente independente, dotado de ferramentas de investigação e poder decisório.

2. Breves considerações sobre Compliance

Na esfera institucional e corporativa, pode-se dizer que as primeiras discussões sobre programas de *Compliance* remetem, principalmente, aos grandes escândalos ocorridos no mercado financeiro internacional que antecederam a criação do Banco Central Americano (1913), que

ocasionaram a falência de empresas que tiveram investidores, fornecedores e clientes iludidos, fato que despertou a necessidade premente de se cultivar a ética nos negócios.

Na definição de Manzi¹, o termo *Compliance* é o “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”.

No ambiente corporativo, o conceito vai além, pois as relações empresariais devem buscar, também, a “consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na conduta dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas”.²

Do ponto de vista legal, o instituto do *Compliance* está intimamente relacionado à Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), devidamente regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (em especial atos de corrupção), bem como disciplina a necessidade da criação de programas de integridade com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados por pessoas jurídicas.

1 MANZI, Vanessa A. *Compliance no Brasil - Consolidação e Perspectivas*. Saint Paul, São Paulo, 2008.

2 GIOVANINI, Wagner. *Compliance: A Excelência na Prática*. 1ª Ed. São Paulo: 2014.

A Lei Anticorrupção nasceu de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, com o objetivo de suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro com relação à responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos (especialmente de corrupção) contra a Administração Pública, e para cumprir compromissos internacionais³ assumidos pelo Brasil no combate à corrupção estrangeira (suborno transnacional).

Até então, havia uma carência legislativa nacional para punir as pessoas jurídicas por atos de corrupção, na medida em que o arcabouço normativo existente na esfera penal, cível e administrativa não previa a responsabilidade objetiva das empresas, tampouco sanções severas por atos de corrupção.

Além da atribuição da responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) das empresas na prática de atos lesivos, a lei expressamente prevê que, para aplicação de sanções, serão levados em consideração a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

3 O Brasil assumiu compromissos internacionais no combate à corrupção, por meio da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (idealizada pela ONU), Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (idealizada pela OEA) e a Convenção de sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (idealizada pela OCDE).

Nesse passo, além das premissas de transparência e ética, os programas de integridade também passaram a ser ferramentas obrigatórias para mitigar riscos e atenuar possíveis sanções administrativas e/ou judiciais.⁴

A propósito, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, define o Programa de Integridade da seguinte forma:

[...] O programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. (...) O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Assim, infere-se que o programa de integridade é uma ferramenta específica do *Compliance* corporativo, atuando, sobretudo, de forma preventiva para a detecção e remediação de atos lesivos.

Sem dúvida, as empresas comprometidas com as medidas de integridade têm vantagem competitiva no

4 BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

mercado, valorização da imagem, *valuation* e reputação da empresa, com contribuição direta para a sua longevidade, tendo como base de sustentação e de crescimento a ética e a transparência.

3. Estruturação de um Programa de Compliance: pontos relevantes para a sua existência e aplicação.

Os programas de integridade devem ser estruturados de acordo com as peculiaridades de cada empresa, de maneira a considerar um modelo “*Taylor Made*”, perfeitamente adaptado ao porte da empresa, ao segmento de mercado, ao grau de interação com o poder público, à cultura empresarial, aos recursos disponíveis, ao comprometimento da alta direção e ao ambiente regulatório relacionado à natureza das operações.⁵

Em outras palavras, é “preciso tomar cuidado para que o programa de integridade não se torne uma *commodity*, um modelo pronto (*checklist*), como se fosse uma receita de bolo a ser incorporado pelas empresas”⁶.

Não obstante inexistir um modelo universal, para Candeloro (2015), por exemplo, existem quatro grandes temas que dão aos programas de *Compliance* sustentação e

5 CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: 2015.

6 CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

consistência: comprometimento, implementação, monitoramento, e medição e melhoria contínua. No mesmo sentido, Bittencourt (2015, p.112) defende a existência de quatro pilares para estruturação do *Compliance*:

1º) Cultura de *Compliance*: deve ser patrocinada pela alta administração da organização. A partir dessa decisão, deverá ser estabelecido um Código de Conduta, Políticas e Procedimentos amplamente divulgado aos *stakeholders*; e definem-se também os recursos para a implementação da estrutura do *Compliance*;

2º) Gestão de riscos: permite identificar os riscos relativos à corrupção em setores, atividades, processos e pessoas consideradas mais vulneráveis na organização; atividades de treinamento e capacitação contínuas para informar aos funcionários o Código de Conduta e a legislação que lhe dá suporte.

3º) Canais de denúncia e remediação: deverão ser acessíveis a todos, garantidas a confidencialidade e a não retaliação; medidas disciplinares contra os infratores devem ser aplicadas, independentemente do cargo ou função;

4º) Melhoria contínua de *Compliance*: exige revisão e monitoramento constantes para identificar regras aplicáveis aos produtos e mercados, bem como problemas nos processos internos. Para aprofundar o programa, deve-se promover *due diligence* de fornecedores, incluindo terceiros com os quais se relacionam, com direito de auditoria. A *due diligence* também deve ser aplicada antes das aquisições, assim como na integração de empresas.

Nota-se, portanto, que todo e qualquer programa de Compliance segue premissas focais para sua efetividade.

A começar, por exemplo, com a inclusão de todos os padrões da organização sob a forma de Código de Ética (que trate de valores e princípios da empresa) e de Código de Conduta (que trate da conduta que deve ser seguida pelos membros da empresa).⁷

Ainda, em paralelo, deve haver o comprometimento genuíno da organização, com envolvimento e comportamento ético da Alta Direção (“*Tone from the Top*”), fundamentais para que o *Compliance* esteja enraizado na cultura empresarial e, conseqüentemente, respeitado e seguido pelos funcionários.

Esta ideia de que a efetividade do *Compliance* depende de um comprometimento vertical-hierárquico (“*top down*”), foi debatida, inclusive, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento da Ação Penal nº 470 (“Mensalão”):

“O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator):

– Vossa Excelência conhece muito bem, Ministro Lewandowski, a palavra, o verbo, da língua inglesa, que consta do cargo exercido por ele. *Compliance*. *Compliance* vem de quê? Vem de comply.

7 Controladoria Geral da União. *Programa de Integridade: Diretrizes para as empresas privadas*. Brasília. Publicado em 22.09.2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 05.12.2015.

O que significa comply em inglês?

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor):

- O que significa?

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator):

- Fazer cumprir, cumprir normas.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor):

- Sim, fazer cumprir. Mas ele, como subordinado, não pode fazer com que a autoridade superior cumpra.” (Acórdão da Ação Penal nº 470, p. 2683).

Assim, é certo que a falta de engajamento das camadas mais altas da companhia, seja no endosso inicial do programa ou na defesa dos valores defendidos pela empresa, não passará aos funcionários o compromisso institucional de intolerância ao cometimento de atos lesivos (corruptos) e, provavelmente, o *Compliance* existirá apenas no papel, sem efetividade prática alguma.

Além dessa visão interna, os programas de *Compliance* devem ser estendidos para as relações comerciais praticadas com todos os parceiros da empresa, mesmo porque a Lei Anticorrupção tende a não ignorar os atos praticados por um parceiro em nome da empresa.

Para mitigação de riscos, é fundamental avaliar as condições dos terceiros que participam da cadeia de relacionamento (“*due diligence*” ou “*Know your customer*”)⁸.

8 SANTOS, Thiago C. *A importância da “due diligence” no universo empresarial*. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a.4, n. 170. Disponível em

Nessa análise de riscos, recomenda-se que a empresa identifique e avalie o cliente/fornecedor/funcionário; certifique se o parceiro não está incluído no rol das empresas punidas⁹; verifique o tempo de existência no mercado, a credibilidade, imagem, missão e valores; busque referências comerciais e bancárias; faça monitoramento contínuo; e estabeleça cláusulas contratuais na parceria que garantam direito de auditoria e de rescisão contratual pela comprovação de atitudes de não “*compliant*”.

Definitivamente, tais medidas não são exageros. Para proteger a reputação da empresa é crucial que os terceiros (fornecedores, prestadores de serviços, agentes intermediários) também estejam em *Compliance*, comprometendo-se ao controle de riscos, à adoção de boas práticas, e a agir em conformidade com os princípios éticos, morais, sociais, trabalhistas e ambientais exigidos.

De igual modo, nos processos de fusões, aquisições (“*joint ventures*”) ou reestruturações societárias, há riscos inerentes ao *Compliance* que devem ser observados, intima-

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1153>. Acesso em 08.12.2015.

9 Com o intuito de atender às determinações da Lei Anticorrupção, a Controladoria Geral da União criou um sistema para gerir informações de sanções, por meio do i) CEIS: Cadastros de Empresas Inidôneas e Suspeitas, que têm por objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções que restringiram o direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública; e do ii) CNEP: Cadastro Nacional das Empresas Punidas, que busca consolidar a relação de penalidades aplicadas pela Administração Pública a pessoas jurídicas com base na Lei 12.846/2013.

mente ligados com o processo de “*due diligence*”. Antes de qualquer operação societária envolvendo terceiro, é fundamental adotar medidas para verificar se a outra empresa tem histórico de cometimento de atos lesivos e desvios de conduta, sob pena de a empresa assumir um imenso passivo e, em algumas hipóteses, ser responsabilizada por seu histórico.

Outro ponto crucial nas estruturas de Compliance é o controle financeiro e contábil. Por exemplo, muito já se noticiou sobre investigações envolvendo pagamentos de propina sob a maquiagem contábil de doações a agentes políticos.

Por isso, os registros e os controles contábeis rígidos (“*Compliance* contábil”) são peças indispensáveis para a identificação de impropriedades, na medida em que inúmeros pagamentos indevidos ou desvios podem estar disfarçados contabilmente em pagamentos legítimos, tais como, comissão, consultoria, gastos com viagens, bolsas de estudos, entretenimento e reembolsos.

O que se espera de uma empresa em *Compliance* são registros contábeis detalhados, analíticos, exatidão dos balanços, realização de monitoramento contínuo e auditoria para demonstrar a confiabilidade dos relatórios e das demonstrações financeiras da pessoa jurídica, além de políticas muito bem definidas sobre a interação e o relacionamento com o Poder Público.¹⁰

10 Controladoria Geral da União. *Programa de Integridade: Diretrizes para as empresas privadas*. Brasília. Publicado em 22.09.2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 05.12.2015.

No dia a dia da empresa, é necessária a realização de comunicação (interna e externa) e de treinamentos periódicos, que garantam a aplicação e a manutenção das medidas de integridade; afinal, um programa desconhecido (ou não aplicado) é um programa inexistente.

Quando a comunicação não é suficiente para transmitir a mensagem desejada, seja pela profundidade do tema ou pela sua importância, surge a necessidade de se realizarem treinamentos periódicos, a fim de que os funcionários e a direção da empresa tomem consciência de determinada medida de integridade e a disseminem em seus comportamentos.

O desafio de mudar paradigmas, convencer pessoas, inserir novas atividades, controles e processos, mudar hábitos, e, ainda, manter a chama do programa de *Compliance* sempre acesa na organização, ficará com a comunicação e com o treinamento.

Mais um aspecto importante do programa de *Compliance* é a disponibilização dos canais de denúncias, que permitam a comunicação de atos lesivos e garantam o anonimato dos denunciantes.

Uma vez constatada alguma irregularidade (por denúncia, monitoramento, investigação ou auditoria), o programa de *Compliance* deverá ter procedimentos definidos para serem seguidos visando a cessação do ato lesivo, bem como a remediação imediata dos danos causados.

Ademais, é primordial que a empresa tome medidas assertivas, de forma rápida e direta, para a interrupção das irregularidades, a criação de soluções e a reparação do dano:

Revisar, verificar e checar! (...) Investigar situações ou comportamentos inadequados. Conhecer a legislação aplicável a sua empresa. (...) Procurar saber quem são as autoridades responsáveis caso haja a necessidade de fazer alguma denúncia, esclarecer dúvida ou qualquer outro tipo de contato. Registrar todas as irregularidades constatadas e a forma como os danos foram reparados¹¹.

Assim, é fundamental a existência de regras internas que estabeleçam procedimentos de investigação ao *Compliance Officer* e seu respectivo departamento, bem delineado e estruturado, que assegure a efetiva apuração dos fatos e a interrupção imediata da irregularidade, com correção eficaz de desvios de condutas e aplicação de medidas disciplinares.

Finalmente, deve-ser ter em mente que o programa de *Compliance* nunca estará concluído, pois trata-se de um processo contínuo de monitoramento e revisões periódicas com relação ao seu próprio conteúdo, a fim de garantir que o programa esteja compatível com a evolução do negócio, das leis e dos regulamentos.

11 SEBRAE. *Integridade para Pequenos Negócios*. Brasília, DF, 2015. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-para-pequenos-negocios.pdf>. Acesso em 05.12.2015.

Para tanto, é fundamental estabelecer métricas e indicadores capazes de medir o desempenho do programa:¹²

O modelo de monitoramento pode ser proativo (com ações preventivas para evitar incidentes: auditoria, controles, fiscalização, vistorias, políticas, indicadores, melhores práticas) ou reativo (quando o sistema recebe, avalia e acompanha incidentes) e pode ser desenvolvido para quaisquer ativos.¹³

Desta maneira, o monitoramento do programa tem a finalidade de identificar e remediar problemas, analisar criticamente a sua integridade e eficácia, bem como se os objetivos e as metas estão sendo devidamente cumpridos.¹⁴

12 CANDELORO, Ana Paula. *Os 9 passos essenciais para fortalecer o Compliance e a governança corporativa nas empresas*. Publicado em abril/2013. Disponível em <http://hbrbr.com.br/os-9-passos-essenciais-para-fortalecer-o-Compliance-e-a-governanca-corporativa-nas-empresas/>. Acesso em 10.12.2015.

13 Revista GRC Management. *Monitoramento contínuo: melhor alternativa para gestão de riscos*. Disponível em http://www.modulo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2425&Itemid=160. Acesso em 19.12.2015.

14 CICCIO, Francesco de. *Programas de Compliance: a norma AS 3806:2006*. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=1wX-FCgAAQBAJ&pg=PA27&lpg=PA27&dq=monitoramento+continuo+do+programa+Compliance&source=bl&ots=v83a1OuuBm&sig=e-8vi94LYs1t1fEqY3ICN_FvsAD8&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwihmpmG35zKAhVcKJAKHWcDVKQ6AEIVzAH#v=onepage&q=monitoramento%20continuo%20do%20programa%20Compliance&f=false. Acesso em 19.12.2015.

4. Gestão de Compliance: importância na Governança Corporativa

Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), a governança corporativa é “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.¹⁵

Sendo assim, é nítida a sinergia existente entre *Compliance* e Governança Corporativa, pois ambos são fundamentados em pilares de transparência, equilíbrio de direitos e abertura de informação ética da administração das empresas:

São conceitos e mentalidades de gestão empresarial que geram valor, que aumentam a segurança e a qualidade das decisões e das práticas empresariais, num mundo cada vez mais competitivo e desafiador, especialmente no caso brasileiro – e em momentos de economia combalida. Tanto a Governança Corporativa quanto a Conformidade são benefícios empresariais fundamentais, que colaboram muitíssimo para o aumento da competitividade e da rentabilidade, aliando boas práticas, organização, métodos, disciplina, ética e procedimentos que ajudam ainda a segurança jurídica.¹⁶

15 Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). *Governança Corporativa*. São Paulo, SP. Disponível em <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>. Acesso em 05.01.2016.

16 LEITE, Leonardo Barém. *Governança corporativa, Compliance e*

Não obstante, lamentavelmente, ainda há quem diga que os programas de *Compliance* são processos burocráticos e modistas. Por estas e outras razões, o principal desafio do *Compliance* sempre será de desmitificar o legado da cultura da impunidade e de tolerância à prática de atos de corrupção, fortalecendo a ideia de que é um dos pilares da Governança Corporativa:

O grande desafio na implantação desses programas é estabelecer a cultura de que a função *Compliance* vai além da fiscalização, do cumprimento das normas e regulamentos, e detecção dos desvios da conformidade. [...] Hoje, um bom programa de *Compliance* aufere à organização a credibilidade necessária para se alinhar à tendência mundial da ética e melhores práticas na condução dos negócios. (CANDELORO, 2015, p. 150).

Na prática, é possível relacionar inúmeros benefícios advindos da relação entre *Compliance* e Governança Corporativa, fundamentais para a perenidade da empresa: transparência nos negócios; mitigação dos riscos; preservação da imagem e geração de valor para a marca da empresa; possibilidade de transmitir a cada colaborador o dever individual de respeitar as normas; maior eficiência na gestão, desempenho e controle (interno e externo) da empresa; fortalecimento da responsabilidade corporativa

as empresas - Aspectos práticos. Publicado em 26.08.2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225889,11049-Governanca+corporativa+Compliance+e+as+empresas+Aspectos+praticos>. Acesso em 05.01.2016.

com relação às políticas e práticas sociais, ambientais e de segurança do trabalho.¹⁷

“O sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores, parceiros e até os empregados. Estudos recentes têm demonstrado como estão à frente as organizações que apresentam uma estrutura sólida de preceitos éticos e atuam de forma responsável, em detrimento das demais que atuam de forma diversa”¹⁸

Assim, infere-se que os programas de *Compliance* geram sustentabilidade e contribuem consideravelmente para se estabelecer um padrão de negócio baseado nas melhores práticas de mercado, prevenindo riscos e contribuindo para o desenvolvimento de um mercado mais ético, íntegro e maduro, indispensável para que as empresas possam atingir e desbravar o famoso cenário de um “oceano azul”.

Finalmente, sopesadas todas estas questões, é possível afirmar que mais importante do que proteger-se contra problemas corporativos de ontem, é identificar e evitar os escândalos de amanhã.¹⁹

17 COIMBRA, Marcelo. *Ética, Governança e Compliance*. Disponível em http://www.britcham.com.br/download/130509_Marcelo_Coimbra_CFA_Advs.pdf. Acesso em 08.01.2016.

18 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p.5).

19 MAGAZONI, Luciana Paulino. *CGU publica manual de boas práticas em auxílio às empresas privadas para estruturação de Programa de*

5. Compliance como alternativa (preventiva) aos tradicionais instrumentos legais de combate aos atos de não conformidade.

Como visto, o programa de *Compliance* revela-se como uma tendência em governança, pois estabelece um padrão de negócio baseado em boas práticas, relações éticas e transparentes entre as empresas e o setor público (ou não), especialmente àquelas que atuam em setores regulados.

Há uma grande expectativa que ao longo do tempo, os programas de *Compliance*, por meio de medidas de prevenção, possa vir a substituir instrumentos tradicionais de combate a atos de não conformidade.

Na prática, a Lei Anticorrupção inovou ao se dirigir exclusivamente para a responsabilização de pessoas, em complemento à lei penal, que se aplica apenas para pessoas físicas.

De certa forma, por meio da lei anticorrupção, o legislador delegou também ao setor privado a responsabilidade pela prevenção de cometimento de atos ilícitos, notadamente por meio, repita-se, do estímulo à implementação dos programas de *Compliance*.

Nesse contexto, há quem acredite que estes programas continuem a ser um pontapé inicial para o surgimento

Integridade (Compliance) trazido pela lei da empresa limpa –12.846/13. Publicado em 22.10.2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228790,81042-CGU+publica>manual+de+boas+praticas+em+auxilio+as+empresas+privadas>. Acesso em 05.01.2016.

de um divisor de águas nos atos de corrupção impregnados nas corporações e enraizadas na cultura brasileira.

Sob o viés de prevenção, o principal desafio continua a ser o de desmitificar o legado da cultura da impunidade e fortalecer a ideia de que o *Compliance* é um dos pilares da governança corporativa, de modo que não seria o caráter punitivo da legislação penal (que criminaliza os atos ilegais) o principal fator para o impedimento de crimes desta natureza por empresas e funcionários, mas sim o trabalho preventivo e educativo disseminado pelo *Compliance* dentro da organização.

No entanto, não há como negar que a mudança cultural e a prevenção de atos de corrupção demandam tempo, cuja origem, inclusive, pode estar atrelada à ineficiência do modelo tradicional de combate aos atos de não conformidade (legislação penal e processual penal).

Com efeito, o Anexo²⁰ deste artigo traz uma entrevista com o procurador da República e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato, Dr. Diogo Castor de Mattos, que tem uma visão um tanto cética sobre a efetividade da Lei Anticorrupção, bem como da adequação das empresas às novas exigências legais envolvendo os programas de integridade.

Isso porque, na visão do procurador, o principal fator

20 Anexo: entrevista com o Dr. Diogo Castor de Mattos, procurador da República e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato, realizado em fevereiro de 2016, com finalidade acadêmica.

da corrupção paira sobre a ineficiência crônica do sistema de justiça criminal brasileiro, o uso desmesurado de recursos e, até mesmo, da postura do Poder Judiciário.

Segundo o procurador, a efetividade da Lei Anticorrupção e a adequação ou criação de programas de *Compliance* pelas empresas podem ser colocadas em xeque na hipótese de o Judiciário afastar qualquer punição efetiva na esfera administrativa. Ainda, para o procurador, o Poder Judiciário não pode funcionar como um instrumento de controle dos poderosos, pois enquanto existirem a sensação e a certeza da impunidade, nada vai mudar no comportamento empresarial brasileiro.

Por outro lado, ressalta a importância de eventual punição da pessoa jurídica no cometimento de atos lesivos e a normatização dos acordos de leniência, com a possibilidade de as empresas trazerem questões reveladoras e, a partir daí, instituírem um sistema de *Compliance* muito parecido com o FCPA²¹, no qual a empresa tem que fazer uma investigação interna e, se for o caso, implementar ou adaptar seu Programa de Integridade.

Realmente, a visão do procurador nos remete ao fato histórico de que, em muitos casos, a legislação brasileira não se mostrou eficaz (como deveria) no combate à prática de atos de não conformidade, sobretudo para aqueles voltados à corrupção de agentes políticos.

21 FCPA: *Foreign Corrupt Practices Act* - Lei americana de combate à corrupção.

Nesse sentido, o programa de *Compliance* pode representar uma ferramenta para mudar esse legado, na medida em que tratará o problema na origem, por meio de ações de prevenção no combate aos atos de não conformidade.

Afinal, não se pode olvidar que a função primordial do *Compliance* caracteriza-se justamente por não ter um caráter sancionador; pelo contrário, o programa tende a ser preventivo e educador, porquanto se antecipa à ocorrência dos fatos e torna a punição sempre uma consequência (e nunca uma finalidade).

6. Conclusões

A Lei Anticorrupção (12.846/2013) e seu Decreto Regulamentador (8.420/2015) trouxeram inovações radicais para o cenário empresarial brasileiro, notadamente ao estimular a necessidade de implementação e estruturação de Programas de Integridade (*Compliance*) nas empresas.

As organizações depararam-se com a necessidade de se adequarem à nova legislação, cuja efetividade está fincada e paira sobre a imposição da responsabilidade objetiva das empresas no cometimento de atos lesivos e, também, nas consequências legais advindas pela inobservância de mecanismos e procedimentos de integridade como forma de prevenção de possíveis sanções administrativas e judiciais.

Na prática, a lei veio suprir uma lacuna existente no arcabouço jurídico brasileiro que, até então, não previa a responsabilização objetiva (administrativa e cível) das em-

presas no cometimento de atos ilícitos, estendendo para o setor privado, assim, a responsabilidade pela prevenção de atos de corrupção.

Sem dúvida, este cenário estimulará gradativamente a criação de políticas de *Compliance*, na medida em que a lei estabelece penalidades severas às empresas (multas, perda de bens, suspensão das atividades e até dissolução compulsória); isso sem falar na tendência de empresas e consumidores optarem em fazer negócios apenas com organizações sérias, sustentáveis e comprometidas com o combate a atos de não conformidade.

No que tange à efetividade dos programas de integridade (*Compliance*), é de rigor que seja construído de acordo com a realidade de cada empresa, de modo a ser considerado o “*Taylor Made*” devidamente adequado aos parâmetros de tamanho, natureza e peculiaridades do negócio.

Não obstante, é unânime o entendimento de que há alguns pilares indispensáveis para o sucesso e reconhecimento dos programas, tais como: comprometimento e apoio da alta direção; criação de um departamento específico para atuar de forma autônoma e independente; análise e avaliação de riscos; criação de códigos de conduta e de ética; canais de denúncia e remediação; procedimentos de prevenção e treinamentos; processos de *due diligence* em operações societárias e nas relações com parceiros de negócio; bem como monitoramento periódico e revisões contínuas do programa, construindo

do-se um ambiente propício para que a empresa seja e esteja constantemente em Compliance.

De igual modo, é evidente a importância dos programas de Compliance para a governança corporativa, sendo ambos estruturados sobre pilares de transparência, equilíbrio de direitos, ética e moral na gestão empresarial, cuja existência e sinergia são fundamentais para superação da crise de credibilidade pela qual passam as instituições e para a prevenção de responsabilidades.

Ainda, é necessário que as empresas continuem a criar uma identidade corporativa que seja reconhecida por seus valores morais e princípios éticos, possibilitando, assim, uma gestão sustentável, preventiva e educadora.

Nesse contexto, é possível vislumbrar que comportamentos éticos e morais tendem a reger as relações empresariais presentes e futuras, pois, provavelmente, tais comportamentos irão determinar a sustentabilidade, a reputação, a credibilidade, a geração de valor e a própria sobrevivência das organizações a longo prazo.

Não se pode esquecer, ainda, que estes comportamentos também podem refletir no desenvolvimento da sociedade, sobretudo quando replicados no dia a dia de cada pessoa, estimulando a transparência ética nas relações humanas de maneira geral.

Finalmente, os programas de *Compliance* devem ser vistos como parceiro das áreas de negócio das empresas,

atuando como um guardião do cumprimento das normas, além de auxiliar a administração no desenvolvimento das estratégias e objetivos da empresa, sob a premissa de que ações preventivas são muito mais importantes e econômicas que as ações corretivas.

Por todo o exposto, percebe-se que as organizações devem compreender que a gestão de *Compliance* vai muito além do cumprir leis e normas, prevenir sanções, comportamentos antiéticos e desvios de conduta, devendo sempre pautar sua atuação no fortalecimento da integridade corporativa e na preservação da boa imagem institucional junto aos clientes, investidores, Poder Público e sociedade.

Referências

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 12.846/2013, de 1 de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 02.12.2015.

BRASIL. Decreto nº 8.420/2015, de 18 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 02.12.2015.

CANDELORO, Ana Paula. *Os 9 passos essenciais para fortalecer o Compliance e a governança corporati-*

va nas empresas. Publicado em abril/2013. Disponível em <http://hbrbr.com.br/os-9-passos-essenciais-para-fortalecer-o-Compliance-e-a-governanca-corporativa-nas-empresas/>. Acesso em 10.12.2015.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: 2015.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, MelilloDinis do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CICCO, Francescode. *Programas de Compliance: a norma AS 3806:2006*. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=1wXFCgAAQBAJ&pg=PA27&lpg=PA27&dq=monitoramento+continuo+do+programa+Compliance&source=bl&ots=v83a1OuuBm&sig=e8vi94LYs1t-1fEqY3ICN_FvsAD8&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKE-wihmpmG35zKAhVCkJAKHWctDVkQ6AEIVzAH#v=onepage&q=monitoramento%20continuo%20do%20programa%20Compliance&f=false. Acesso em 19.12.2015.

COIMBRA, Marcelo. *Ética, Governança e Compliance*. Disponível em http://www.britcham.com.br/download/130509_Marcelo_Coimbra_CFA_Advs.pdf. Acesso em 08.01.2016.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa

Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

Controladoria Geral da União. *Programa de Integridade: Diretrizes para as empresas privadas*. Brasília. Publicado em 22.09.2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 05.12.2015.

FRANCESCHINI, Ricardo. *Tendência e ações no combate à corrupção e na preservação da integridade organizacional*. Revista Jurídica. Disponível em <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/107/artigo342377-1.asp>. Acesso em 07.12.2015.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance: A Excelência na Prática*. 1ª Ed. São Paulo: 2014.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). *Governança Corporativa*. São Paulo, SP. Disponível em <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>. Acesso em 05.01.2016.

JUSTIÇA aceita denúncia contra cartel de trens em São Paulo. *G1 São Paulo*, 21.03.2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/03/justica-aceita-denuncia-contr-cartel-de-trens-em-sao-paulo.html>. Acesso em 05.01.2016.

LEITE, Leonardo Barém. *Governança corporativa*,

Compliance e as empresas - Aspectos práticos. Publicado em 26.08.2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225889,11049-Governanca+corporativa+Compliance+e+as+empresas+Aspectos+praticos>. Acesso em 05.01.2016.

MAGAZONI, Luciana Paulino. *CGU publica manual de boas práticas em auxílio às empresas privadas para estruturação de Programa de Integridade (Compliance) trazido pela lei da empresa limpa –12.846/13*. Publicado em 22.10.2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228790,81042-CGU+publica+manual+de+boas+praticas+em+auxilio+as+empresas+privadas>. Acesso em 05.01.2016.

Revista GRC Manegement. *Monitoramento contínuo: melhor alternativa para gestão de riscos*. Disponível em http://www.modulo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2425&Itemid=160. Acesso em 19.12.2015.

SANTOS, Thiago C. *A importância da “due diligence” no universo empresarial*. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a.4, n. 170. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1153>. Acesso em 08.12.2015.

SEBRAE. *Integridade para Pequenos Negócios*. Brasília, DF, 2015. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-para-pequenos-negocios.pdf>. Acesso em 05.12.2015.

ANEXO²²

Entrevista realizada com Dr. Diogo Castor de Mattos, Procurador da República e membro da Força-Tarefa da Operação Lava Jato.

Pergunta: Sabemos que a cultura de cada país tem influência direta na prática e no combate aos atos de corrupção. Nesse contexto, na sua opinião, quais os principais fatores que propiciam a corrupção?

Resposta: *“No meu entender é a questão da ineficiência crônica do Sistema de Justiça Criminal. Os crimes de colarinho branco são tomados por decisões racionais. Tem até um estudo sobre isso. O cidadão toma uma decisão racional; ele avalia os custos, o ônus e o bônus e toma a decisão de cometer um ato de corrupção. No Brasil, o benefício geralmente é certo e muito rentável. A nossa corrupção é de milhões e até bilhões, já nos outros países a corrupção fica na casa dos milhares. Então o benefício é certo, a chance de descobrir o crime é muito pequena. São crimes sofisticados, cometidos no bojo de organizações criminosas, prepostos, pessoas interpostas, laranjas, lavagem de dinheiro, utilização de offshore, o que torna muito difícil descobrir. Quando se consegue provar e descobrir, você tem um sistema de*

22 Anexo: entrevista com o Dr. Diogo Castor de Mattos, procurador da República e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato, concedida ao autor deste artigo em fevereiro de 2016, com finalidade exclusivamente acadêmica.

Justiça Criminal totalmente preparado para que o processo não vá pra frente, para que sempre seja anulado por uma questão formal, secundária ou, então, pra que simplesmente se arraste até prescrever. Isso ocorre pela (...) questão do uso desmesurado do habeas corpus, da benevolência na aceitação de tudo quanto é recurso, (...) por superestimar o princípio da “persona non culpa” a limites nada razoáveis. E você veja: em 2013, o STJ bateu a marca de 300 mil habeas corpus impetrados em 25 anos de existência. (...) De 2005 a 2009 triplicou o número de habeas corpus. Só em 2011 foram 32 mil habeas corpus, distribuídos a dez ministros. Então, são 3.200 mil habeas corpus por ministro. Como é que (o Juiz) vai relatar e julgar? Não julga, né?! Como é que irão ficar os Recursos Especiais que estão aguardando julgamento para poderem transitar em julgado, para executar as penas? Não transita em julgado. Então, minha crítica é bem pontual nesse sentido. Claro que não vai acabar nunca. O (Juiz) tem 32 mil habeas corpus pra julgar tem que colocar na frente de todos os recursos especiais, é lógico que nunca vai julgar. E é para não julgar mesmo, daí prescreve. Todos os casos de corrupção no Brasil prescrevem ou são anulados.”

Pergunta: Então, pode-se dizer que a principal causa da corrupção é a ineficiência do Sistema Penal como um todo?

Resposta: “Processual Penal! No meu entender o fator da corrupção é a justiça, o judiciário, o Poder Judiciário”

rio. O (criminoso) sabe que é muito difícil ser pego. E se for pego é quase impossível de ser punido. Ele sabe que vai ter um sistema (processual penal) com milhares de recursos. Todas aquelas fraudes dos grandes bancos que quebraram na década de 90, (os criminosos) desviaram milhões do próprio bolso. Aquilo lá deu em que? Deu em nada, prescreveu tudo. Teve até uma juíza que decretou a prisão de um réu, que estava quase prescrevendo. Em 22 horas (o advogado) conseguiu um habeas corpus falando que não estava exaurido todos os recursos. Daí foi na TV, disse que era um absurdo aquela prisão ilegal, que o réu tem o direito de recorrer, que contrariou a Constituição Federal; fez um discurso romântico pra explicar o inexplicável. Então, ao meu ver, o principal fator é esse. Porque se tivesse uma punição efetiva, é claro que não se consegue debelar, mas conseguiria reduzir drasticamente a corrupção. Essas pessoas tem muito a perder e são muito medrosas, por isso que começa a ter um pouco de efetividade o colarinho branco; pois a cadeia de colaboração é muito grande. São pessoas que não são clientes comuns do sistema carcerário.”

Pergunta: E tem um sentimento de impunidade enraizado na sociedade?

Resposta: *“Tem um sentimento de impunidade. Como não são pessoas que estão acostumadas com o sistema carcerário, é claro que a questão da prisão tem um impacto muito negativo na vida dessas pessoas.”*

Pergunta: A Lei Anticorrupção no âmbito do Direito Administrativo Sancionador vem, então, suprir essa carência processual penal? Se sim, qual seria aí o ponto de destaque da Lei Anticorrupção no combate à criminalidade?

Resposta: *“A Lei Anticorrupção eu acho que ela tinha uma importância que é a de punir as pessoas jurídicas, envolvendo-as nos atos de corrupção, pois os crimes de colarinho branco (corrupção) geralmente são crimes societários, sempre vai envolver pessoa jurídica. Até então, você não tinha nenhuma punição direta; você tinha a Lei de Improbidade que também é outro instrumento totalmente inefetivo, que demora 50 anos para acabar. (...) o grande trunfo (da Lei Anticorrupção) era a questão do acordo de leniência (...)”*

Pergunta: Você acha que a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção pode de alguma maneira instigar e fazer com que as empresas acabem criando medidas de integridade e programas de Compliance?

Resposta: *“Acho que não. (...) Tudo que se trata de jurisdição penal ou cível no Brasil envolvendo determinados interesses econômicos é sempre inefetivo. A Lei Anticorrupção nasce imbuída de bons propósitos, mas (...) a sua efetividade é bem controversa. Então, eu acho que o melhor dela era o acordo de leniência. A possibilidade de trazer questões (reveladoras) e, a partir daí, a*

empresa instituir um Compliance, muito parecido com o FCPA, que a empresa tem que fazer investigação interna, tem que abrir um Sistema de Compliance. (...) Mas a Lei Anticorrupção legitima órgãos de Estado que não tem a menor vocação pra esse tipo de coisa, como corregedorias e controladorias municipais”.

Pergunta: Sobre esta questão da legitimidade para instauração do processo administrativo que será julgado pela autoridade máxima do órgão que o instaurou (posto normalmente ocupado por um político ou funcionário comissionado), tal fato pode resultar em alguma falta de imparcialidade que o processo demandaria?

Resposta: *“Parece que os órgãos que foram emparelhados são muito pouco imparciais para ter alguma efetividade. Nós (Ministério Público Federal) fizemos bons acordos de leniência que, no meu entender, foram bem sucedidos (...). Esses acordos trouxeram uma sensação mínima de efetividade. Porque (a empresa) pelo menos assume que fez algo de errado. Em tese, eles instauram um sistema de prevenção para o futuro, instauram uma auditoria interna. Quer dizer, em tese. Nunca se sabe. E devolvem o que desviou (pelo menos uma parte)”.*

Pergunta: Sem falar em processo judicial, mas apenas das sanções (severas) e as multas (pesadas) pre-

vistas na Lei Anticorrupção: isso faria com que as empresas adotassem medidas preventivas de Compliance e de Integridade?

Resposta: *“Enquanto existir a sensação e a certeza da impunidade, nada vai mudar. (...) Sobre a própria responsabilidade objetiva: por exemplo, a responsabilidade objetiva ambiental. Qual é o exemplo na jurisprudência brasileira de uma estabilização efetiva de alguma empresa que devolveu dinheiro significativo? (...) Lembro-me de dezenas de demandas que não deram em nada, que tão aí se arrastando ou, então, que acabaram com acordos judiciais que também não tiveram efetividade. (...) Essas multas nunca eram executadas, entendeu?! (...) Não tem efetividade nenhuma, porque sempre vai ter o Judiciário para impedir qualquer punição efetiva na esfera administrativa. (...) Minha tese é que o Judiciário realmente é um instrumento de controle dos poderosos. A (empresa) sempre vai poder recorrer, embargos, apelação, Recurso Extraordinário, vai passar 20 anos e o patrimônio que estava bloqueado cautelarmente (por exemplo) já terá sido liberado para pagar os funcionários (que não tem nada a ver com isso); sempre tem alguém que vai dar a liminar, se não der nesse, vai tentar no próximo, no próximo e no próximo. (...)”*

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966/SP - ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Loriane Kavalkeviski

Especialista em Direito Processual Civil - Academia Brasileira de Direito Constitucional, ABDConst. Graduada pela Universidade Tuiuti do Paraná - UTP. Advogada, inscrita na OAB/PR sob nº 92.505. Assessora do Procurador-Geral do Município de Campo Largo/PR. Membro do Grupo Permanente de Discussão Processo Civil CAI- OAB/PR. E-mail: lorianekavalkeviski@gmail.com.

Resumo: A presente pesquisa traz como objeto principal a análise do instituto da tutela provisória, com especial apreço à aplicação da tutela antecipada antecedente e a possibilidade de sua estabilização, bem como, abordar a aplicação prática do instituto da estabilização no Recurso Especial Nº 1.760.966/SP.

Palavras-chave: Tutela provisória; tutela de urgência, tutela antecipada antecedente; estabilização da tutela.

1. Introdução

O processo civil é caracterizado pela doutrina, como o instrumento oferecido pelo Estado para garantia do exercício dos direitos¹. Esta proteção de interesses pela via jurisdicional, no entanto, se dá de duas formas: *definitiva e provisória*².

A tutela definitiva é caracterizada por sua cognição exauriente³, ao passo que a tutela provisória é concedida com base na sumariedade de sua cognição⁴. Na maioria das demandas a prestação jurisdicional ocorre mediante cognição plena e exauriente, por meio da qual, o magistrado fundamenta sua decisão com conhecimento cabal dos fatos narrados nos autos por ambas as partes⁵.

1 DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 45.

2 DIDIER JR, Fredie; S. BRAGA, Paula e A. DE OLIVEIRA. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 561.

3 No plano vertical, a cognição pode ser classificada segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**, 2ª ed., Campinas: Boookseller, 2000, p.112.

4 Greco aponta que a tutela provisória restaura a ideia de provisoriedade difundida por Calamandrei (Piero Calamandrei, "Introduzione al lo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", *in Opere giuridiche*, Napoli: Ed. Morano, 1983, p.175. v. IX), conquanto intrínseca à instrumentabilidade, a serviço do processo principal, do qual é antecedente ou incidente (Greco, 2014, p. 298) - In. PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 570.

5 DOTTI, Rogéria. **A Estabilização da Tutela Antecipada no CPC**

Todavia, o exaurimento do processo, nem sempre está atrelado à distribuição isonômica do ônus do tempo, o qual “é concomitantemente inerente à fisiologia do processo”, que segundo MARINONI⁶ *et. al.*, é a fonte de dano ao autor.

A tutela provisória, entretanto, é concedida mediante cognição sumária, sendo o instrumento processual capaz de assegurar o direito material da parte no início do processo, quando pleiteada por meio do pedido liminar. Ainda assim, a decisão é provisória, porém hígida e suficiente para produzir efeitos enquanto se aguarda pela prestação jurisdicional definitiva.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro Lei 13.105/2015, em seu Livro V, Parte Geral, inovou ao sistematizar as técnicas processuais de aceleração. Segundo PINHO⁷ as tutelas provisórias desdobram-se em três títulos, as disposições gerais (arts. 294 ao 299), a tutela de urgência (arts. 300 ao 310), se subdividindo ainda em tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a tutela cautelar requerida em caráter antecedente e por fim a tutela de evidência (art. 311).

de 2015: A Autonomia da Tutela Sumária e a Coisa Julgada Dispensável. Revista Jurídica da Escola de Advocacia da OAB/PR, Curitiba: OABPR, 2018, p. 47.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil; Volume 2; Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015, p. 214.

7 PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 569.

Nesta perspectiva MEDINA⁸ expõe que o legislador empregou tal expressão “tutela provisória”, como gênero, para nomear duas figuras, as tutelas de urgência e evidência, as quais possuem o mesmo caráter provisório. Não obstante a isto, a provisoriedade de sua caracterização e o procedimento das tutelas concedidas em caráter antecedente, são distintos, principalmente no tocante à tutela provisória de urgência antecipada antecedente e a sua estabilização, disposta no art. 303 e 304 do CPC/2015.

O instituto da estabilização da tutela é totalmente embrionário em nosso ordenamento jurídico e para sua compreensão é primordial análise sintética de alguns elementos essenciais das tutelas provisórias, a fim de compreender com mais clareza os demais pontos do presente estudo.

Salienta-se, contudo, que o intuito aqui, não é de esgotar o estudo da estabilização da tutela antecedente, mas sim efetuar cotejo necessário a fim de tornar possível a compreensão desta sistemática inusitada em nosso ordenamento, apontando as principais controvérsias, bem como, expondo sua aplicação prática no Recurso Especial N° 1.760.966/SP.

8 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 455.

2. Tutela provisória de urgência antecipada: requisitos para sua concessão

Segundo DIDIER JR⁹ *et. al*, a tutela provisória é marcada por três características essenciais:

a) A *sumariedade da cognição*, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade;

b) A *precariedade*. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, *caput*, CPC).

c) E, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória *é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*.

Porém, a tutela antecipada, satisfativa, uma vez concedida e não impugnada pela parte adversa, alcançará a estabilização. A qual, não se confunde com coisa julgada, como se verá a seguir. Retornando as características, consoante dispõe MEDINA¹⁰ as tutelas de urgência têm como

9 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 654.

10 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 455.

pressuposto comum os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou risco ao resultado útil do processo, pressupostos estes constantes no *caput* do artigo 300¹¹ e demais parágrafos do CPC/2015.

2.1. Tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente

DINAMARCO¹² leciona que há muito tempo o sistema processual prevê formas de acelerar os procedimentos, o mérito da aceleração constitui em admitir o poder geral da antecipação em situações não tipificadas, de forma rápida e efetiva sendo, portanto a antecipação da tutela uma medida considerada de urgência.

Não obstante à necessidade da prestação jurisdicional ser tratada de forma urgente com pedido de tutela antecipada, o CPC/2015 evoluiu ao inserir a previsibilidade da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. Segundo MARINONI¹³ *et. al*, “fugindo ao desenho tradicional da tutela antecipada, o legislador brasileiro inovou ao tornar procedimentalmente autônomo

11 Enunciado 143 do FPPC: A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.

12 DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 876.

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil; Volume 2; Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015, p. 214.

o juízo sumário que leva à concessão da tutela antecipada”. O referido procedimento se encontra disposto no art. 303 do CPC/2015. MEDINA¹⁴ explica que nos casos dispostos na lei a petição inicial poderá limitar-se ao pedido da tutela antecipada, tratando somente o requerimento da antecipação, podendo ser considerada *antecausam*.

Consoante à definição acima mencionada, MENDES e SILVA¹⁵ corroboram:

A ideia de uma petição inicial incompleta, para facilitar o acesso a prestação jurisdicional e especialmente o requerimento de tutela de urgência é muito bem vinda. No entanto esta deveria ser uma simples possibilidade. A regra continua a continuar sendo, naturalmente, a da petição inicial completa, que contém o pedido principal e também o requerimento de antecipação de efeitos da tutela.

Para os autores, o legislador foi infeliz em autorizar o protocolo de uma petição inicial incompleta, pois, o pedido inicial terá a finalidade somente de se buscar a antecipação dos efeitos da tutela, e logo após o protocolo deste o autor poderá complementá-lo, conforme dispõe

14 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 486.

15 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: A nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.11.PDF Acessado em: 20 de Set. 2019.

os parágrafos seguintes do art. 303 do CPC/2015. Apesar disso, esta complementação de argumentos só pode ocorrer com intuito de emendar a inicial e concluir com suas argumentações, segundo ARRUDA ALVIM WAMBIER¹⁶ *et. al*, “não se permite mudar o pedido principal no aditamento, mas sim confirmá-lo”. Sobre o mesmo aspecto fático jurídico corrobora TALAMINI¹⁷:

Já se a tutela urgente deferida em caráter preparatório for antecipada, o autor tem ônus de complementar sua argumentação e confirmar o pedido de tutela final em quinze dias, ou em outro maior que o juiz lhe der, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 303, §§ 1º, I, e 2º).

Observa-se que o §1º, I do art. 303 do CPC/2015, dispõe sobre o aditamento da petição inicial, o qual deve ser efetuado no prazo de 15 dias ou em outro prazo que o juiz fixar se a medida liminar for deferida, sem a incidência de novas custas processuais, conforme o §3º. Já o §6º do art. 303 do CPC/2015, preconiza que em caso da parte não apresentar elementos para a sua concessão, o seu aditamento será efetuado no prazo de 5 dias, caso o autor não adite a petição inicial o processo será extinto sem

16 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro. **Novo Código de Processo Civil Artigo por artigo**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015, p. 508.

17 TALAMINI, Eduardo. **Tutela provisória no novo CPC: panorama geral**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI236728,81042-> Tutela+provisoria+no+novo+CPC+panorama+geral. Acesso em: 20 set. 2019.

resolução do mérito, conforme §2º. Sobre o tema disserta os autores MENDES e SILVA¹⁸;

Em caso de concessão da tutela requerida, o prazo de aditamento será de 15 dias ou outro maior que o juiz fixar. Por outro lado, indeferida a tutela antecipada, o prazo de emenda seria de cinco dias (art. 303, §6.º), em um tratamento não isonômico diante de situações semelhantes, já que haveria a previsão legal da necessidade de complementação da petição inicial, tanto no caso de deferimento quanto de indeferimento da tutela de urgência requerida. Poder-se-ia, até mesmo, se afirmar que, diante do indeferimento, a necessidade de complementação seria maior, já que o requerente não conseguiu, em um primeiro momento, demonstrar ao juízo a presença dos requisitos para a concessão da medida, necessitando complementar. Melhor seria a redação do novo diploma, portanto, se o prazo fosse idêntico, diante de tanto da concessão quanto da negativa de tutela de urgência.

Consoante ao supra mencionado o legislador buscou fixar prazos diferentes para situações distintas, qual seja, a concessão e o indeferimento da tutela antecipada antecedente, tendo em vista que na concessão o prazo é mais extenso porque a parte já possui uma medida concedida e no indefe-

18 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: A nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.11.PDF. Acessado em: 31 de Ago de 2019.

rimento a parte ainda precisa evidenciar suas provas, ocorre que, sobrevêm o entendimento dos autores no sentido de que os prazos deveriam ser iguais, pois se tratam do mesmo procedimento processual, o aditamento da inicial, e esta distinção de prazos não torna o procedimento isonômico.

Observamos, que dada à emergência da medida a ser tomada por meio da tutela provisória de urgência antecipada a parte pode protocolar pedido em caráter antecedente, a qual irá restringir a petição inicial somente os pedidos que diz respeito à tutela antecipada pretendida e que depois se emendará a petição inicial com os demais pedidos, não podendo alterá-los, somente confirmá-los, cumprindo inclusive, com os demais requisitos constantes nos parágrafos seguintes do Art. 303 do CPC/2015.

Após o breve expeditório sobre a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, passaremos a analisar o tema principal do presente estudo, a estabilização da tutela antecipada antecedente.

3. Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

3.1 Contextualização do instituto da estabilização

Inicialmente cabe aqui salientar que a estabilização de tutela sumária tem origem no direito Francês e Italiano¹⁹.

19 Aparentemente o novo CPC se inspirou em alguns aspectos do regime geral das ordonnances de référé (arts.484 a 492) e em outros das

Consoante DOTTI²⁰ leciona a proteção da tutela de urgência ocorre por meio do *référé*, que possui origem remota no século XVII, o qual sempre teve ampla flexibilidade e liberdade em sua aplicação, podendo inclusive ser pleiteada sem a presença de Advogado constituído nos autos. Esta proteção era baseada em medidas propriamente cautelares, e sua finalidade era basicamente evitar a lentidão judicial, uma vez que esta poderia causar prejuízo à parte.

Por outro lado, o direito Italiano traz uma forma de aplicabilidade do instituto de forma muito específica, lá o

ordonnances sur requête (arts.493 a 498). Já quanto ao CPC italiano, parece-me que alguns elementos foram colhidos dos arts. 186-tere quarter, com redação dada pelas Leis n. 353/90 e 263/2005, e do art. 669-octies, com redação dada pelas Leis n. 80/2005 e 69/2009 (destacando semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos, que aqui não vêm ao caso, confira-se GIOVANNI BONATOI *référé*s nell'ordinamento francese, La tutela somaria in Europa -Studi, ANTONIO CARRATTA (org.), p.35-76). A inspiração é confessada expressamente pela Exposição de Motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas nomeada em 2009 pela Presidência do Senado Federal: "Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária. *IN*; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e Onze soluções Quanto À Chamada "Estabilização Da tutela Antecipada**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf. Acessado em: 26 de Ago de 2019.

20 DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba, p. 57.

processo que decide a tutela de urgência é visto em processo diverso, autônomo, daquele que decidirá o mérito²¹. Seguindo a doutrina clássica de Piero Calamandrei²² se admite duas formas de *periculum in mora*, a tutela cautelar na Itália visa evitar tanto o risco de *infruttuosità* (natureza cautelar como a concebemos no Brasil), como o risco de *tardività* (natureza antecipatória, de satisfação antecipada do próprio direito)”

Logo, o direito processual brasileiro, inspirado no *référé* Francês e no direito Italiano, objetivando a possibilidade de trazer mais equilíbrio e efetividade processual, introduziu o instituto da estabilização da tutela antecipada.

Para GOMES²³ o instituto da tutela antecipada foi apresentado no nosso sistema normativo processual como uma nova “paleta de cores”, a qual possibilita receber estabilidade permanente independentemente de uma tutela declaratória final. Por este ângulo tem seguido a doutrina,

21 DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba, p. 57.

22 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, in Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappelletti, volume nono, Napoli: Morano Editore, 1965, p.195-197. In DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba, p. 49.

23 GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização Da Tutela Antecipada**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20-%20D%20%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 19/08/2019.

no sentido de considerar que a técnica de estabilização da tutela antecipada trata-se de um instituto novo inserido no CPC/2015, porém, ressalta-se que apesar de sua aplicação inédita no direito processual, há muitos anos vem se discutindo o questionamento quanto à estabilidade das decisões urgentes²⁴. A Professora Ada Pellegrini Grinover²⁵ já defendia a possibilidade de criação de tutelas diferenciadas, com os objetivos de evitar o “custo do processo de cognição plena e assegurar a efetividade da tutela evitando o abuso do direito de defesa.

Em nosso ordenamento o referido instituto encontra-se disposto no Art. 304 CPC/2015, o qual permite que a tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, nos termos do Art. 303 do CPC/2015, se torne estável caso não haja interposição do respectivo recurso. Desta forma, para que ocorra a estabilização da tutela antecipada, é necessário que haja uma certa concordância das partes quanto à decisão concedida, e que essas não interponham nenhum

24 423. *due processo of law* e a relativa estabilidade das decisões urgentes. Relativa estabilidade das decisões urgentes, como das interlocutórias em geral. Há mais de vinte anos venho manifestando a percepção de que constitui verdadeiro mito maniqueísta a crença de que a coisa julgada material, privativa das sentenças de mérito, seja a única manifestação de imunidade das decisões judiciárias a futuros questionamentos ou redições sobre a matéria decidida. DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010. p. 765.

25 GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e a sua estabilização”, *in* RePro, vol. 121, mar/2005, p.11-37. *In* DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba. p. 67.

recurso para sua possível alteração. Neste sentido ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁶ *et. al*, discorrem:

Esse art. 304 traz uma novidade no sistema processual brasileiro: a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, que seguramente gerará intensa discussão com acirrados debates na doutrina e na jurisprudência... O que se pretende é que a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento antecedente, produza e mantenha seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, quando as partes conformarem-se com tal decisão. Se as partes ficam satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, o NCPC não as obriga a prosseguir no processo, para obter uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material.

O que os autores tendem a justificar é que esta estabilização trará aos magistrados e às partes uma série de debates. Haja vista que no referido procedimento realizado por meio de tutela provisória traria satisfação ao autor e de outro lado, ao réu confere-se o ônus de dar continuidade ao procedimento de cognição exauriente, conforme leciona CAMBI²⁷.

26 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro. **Novo Código de Processo Civil Artigo por artigo**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015, p.510.

27 CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de proces-

Portanto, a técnica de sumarização do procedimento e da cognição prevista nos arts. 303 e 304 do NCPC, a exemplo da estabilização prevista no processo monitorio, está baseada em cognição sumária, atribuindo força preclusiva à inércia do réu, invertendo-se ao réu o ônus da instauração de processo de cognição exauriente e sem visar a eliminação da incerteza, de forma que não produz coisa julgada material.

Nestes termos, somente será possível a estabilização da tutela requerida em caráter antecedente se não houver interposição recursal nem continuidade do feito pela parte contrária no intuito de eliminar as incertezas processuais. Alvitra SICA²⁸ que é clarividente o objetivo principal desta técnica processual, qual seja, tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente, assim sumarizam-se em um só tempo a cognição e o procedimento.

so civil completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 291. *In* LEITÃO, Cristina. **Estabilização Da Tutela Antecipada Antecedente: Seus Propósitos e Requisitos**. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*. Ago. 2018. Curitiba. pag. 291.

28 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e Onze soluções Quanto À Chamada Estabilização Da tutela Antecipada**". Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf. Acessado em: 26 de Ago de 2019.

3.1.1 Compreensão do conceito de estabilidade

A fim de atingir o objeto da pesquisa torna-se necessária a compreensão do que significa de fato, esta estabilidade. Lembra PUGLIESE e ZARNICINSKI²⁹ que o verbete “estável, no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa significa:

“1 firme, seguro [...] 2 que não varia; inalterável, invariável [...] 3 que se mantém constante, que perdura; duradouro [...] 4 que obteve estabilidade (jur[ídico]) [...] 5 fis[íca] em que se restaurou o equilíbrio, após rápida perturbação (diz-se de sistema) [...] ver sinonímia de permanente [...] ant[í]nomia] instável

Esta concepção de estabilidade é uma instituição³⁰, ou um instituto próprio, do direito processual civil, neste sentido podemos olvidar que seu significado é muito delimitado e próprio. Ocorre que, o código nos mostra em outras duas oportunidades que a expressão “estável” é abordada,

29 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 830-831. In; PUGLIESE, William Soares. ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. **Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015**. Revista dos Tribunais online.

30 O significado de instituição, aqui adotado deriva das lições de McCormick e de Weinberger, na Teoria do Direito. No direito processual, essa teoria foi adotada por GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo Primero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. In PUGLIESE, William Soares. ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. **Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015**. Revista dos Tribunais online.

no art. 357, §1º CPC/2015, quando trata do saneamento do processo e no art. 926³¹, *caput*, CPC/2015, quando preconiza que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Nas duas ocasiões supra citadas o código menciona a terminologia estável, sugerindo que da mesma forma que a decisão saneadora deverá se manter estável a jurisprudência deve assumir os mesmos contornos, sendo firme, segura que não varia³², mediante o exposto, identifica-se que esta estabilidade não é sinônimo de imutabilidade.

Isto ocorre, pois quando citamos a expressão imutabilidade estamos nos referindo apenas na coisa julgada material, ou seja, a imutabilidade de uma decisão esta coberta da coisa julgada conforme dispõe TALAMINI³³ ela é “imutável e indiscutível, logo, o instituto da estabilização no nosso código, não faz coisa julgada (art. 304, §6º CPC/2015), pelo contrário, ela pode ser revista, reformada ou invalidada por meio de ação ordinária (art. 304, §2º CPC/2015), neste sentido não se pode tratar as duas expressões como sinônimo, vez que possuem significados distintos e peculiares.

31 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

32 PUGLIESE, William Soares. ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. **Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015**. Revista dos Tribunais online.

33 TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 43-45. *In* PUGLIESE, William Soares. ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. **Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015**. Revista dos Tribunais online.

Compreende-se assim que o conceito proposto pelo código de estabilidade, nas palavras dos autores PUGLIESE e ZARNICINSKI³⁴ é de que a decisão estabilizada é dotada das características de estabilidade e discutibilidade, em total oposição à imutabilidade e à indiscutibilidade, o que nos permite concluir, que essa decisão permanece hígida até que uma nova decisão de mérito a reforme.

3.2 Pressupostos de estabilização

Os art. 303 e 304 do CPC/2015 nos permitem identificar os pressupostos necessários para a aplicação da técnica de estabilização, para SICA³⁵ existem quatro condições de uso cumulativas:

(a) que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*rectius*, tutela provisória de urgência satisfativa), requerida em caráter antecedente e autônomo; (b) o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; (c) que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, inaudita altera parte; e (d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível.

34 PUGLIESE, William Soares. ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. **Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015**. Revista dos Tribunais online.

35 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e Onze soluções Quanto À Chamada “Estabilização Da tutela Antecipada**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf. Acessado em: 26 de Ago de 2019.

Cumprе salientar que o autor ao mencionar o primeiro pressuposto de estabilização, deixa claro que o pedido de estabilização deve ocorrer na tutela provisória de urgência satisfativa, ou seja, aquela requerida em caráter antecedente. O segundo pressuposto está inteiramente ligado ao art. 303, §5º CPC/2015, consoante o que o próprio dispositivo apresenta de forma clarividente que a condição que o autor deverá indicar na peça inaugural que está se valendo do referido instituto. Logo, o terceiro pressuposto está relacionado à decisão liminar proferida *inaudita altera parte*.

Ocorre que a controvérsia se instaura no momento em que passamos a pensar na possibilidade do pedido ter sido efetuado em 2º grau de jurisdição, haveria então estabilização? para tanto, SICA³⁶ exemplifica hipoteticamente, imagine-se que a tutela provisória foi deferida em 2º grau de jurisdição, após interposição de agravo de instrumento em face de decisão de 1º grau que indeferiu a tutela antecipada e antes do aditamento da peça inicial, o autor sustenta que poderia se cogitar a estabilidade da decisão (monocrática ou colegiada) que deferiu a medida em grau recursal, ocasião inclusive que o réu deveria ser intimado da decisão para que lhe seja oportunizado o contraditório.

36 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e Onze soluções Quanto À Chamada “Estabilização Da tutela Antecipada**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf. Acessado em: 26 de Ago de 2019.

A quarta e última condição, estaria ligada a não insurgência da parte ré quanto à decisão proferida, categoricamente o código trata o assunto no art. 304, onde dispõe que estará estabilizada a tutela que for concedida nos termos do art. 303 CPC/2015 e não haja interposição de recurso contra a decisão. Estes, seriam os quatro pressupostos necessários para a estabilização da tutela antecipada aos olhos do autor. Passaremos a analisar nos próximos tópicos outras peculiaridades relativas ao instituto.

3.2.1 Inexistência de coisa julgada

A doutrina de DIDIER JR³⁷ *et. al*, aponta que “a estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada”, primeiro porque não houve julgamento para sustentar a coisa julgada, ou seja, não ocorreu a cognição exauriente de análise de mérito jurisdicional, segundo, porque o legislador inseriu a previsão legal de que da inércia do réu haverá a extinção dos autos *sem resolução de mérito*, assim somente estabilizará seus respectivos efeitos, nos termos do art. 304, §6º CPC/2015.

Não obstante a isto, MENDES e SILVA³⁸ esclarecem

37 DIDIER JR, Fredie; S. BRAGA, Paula e A. DE OLIVEIRA. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2, p, 704.

38 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: A nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/>

que caso as partes desejem cognição plena e exauriente, devem buscar a referida medida dentro do prazo de dois anos, de acordo com a previsão do art. 304, §5º, CPC/2015. Se não ajuizada a ação em tal prazo, ter-se-á a estabilização definitiva da decisão sumária.

Esta nova técnica processual possui um referencial chamado na doutrina de princípio econômico³⁹, o qual consiste basicamente em orientar a aplicação do direito de forma eficiente, atendendo aos interesses das partes no menor tempo e custos possíveis. Devemos lembrar que ao contrário do que o referido princípio pugna o Código de Buzaid buscava condecorar a coisa julgada de tal forma que tornava o processo moroso e ineficiente, ao passo que, nos dias atuais onde se vive mutações contínuas e céleres aliadas a grande volume de demanda torna a busca pela coisa julgada material um

portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.11.PDF. Acessado em: 31 de Ago de 2019

39 “O princípio econômico, por seu turno, deve inspirar tanto o legislador processual quanto o profissional do direito (juiz, advogado, promotor...) a obter o máximo rendimento com o mínimo de dispêndio. Ainda conforme esse princípio, o processo deve ser acessível a todos quantos dele necessitem, inclusive no que diz respeito ao seu custo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1/ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, 16ª ed, reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 71. *In* DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba, p. 81.

procedimento lento, demonstrando total deficiência estrutural do poder judiciário⁴⁰.

Sendo assim, a previsão de inexistência da coisa julgada mais uma vez possui o condão de dar efetividade ao processo, pois se a tutela antecipada antecedente for concedida de forma satisfativa à parte, do que interessaria a esta à coisa julgada material, uma vez que o bem da vida buscado já foi atendido com êxito. Neste sentido CAPONI⁴¹ traz a lição da

40 DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável.** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba, p. 82.

41 “Com base nessa ideia de uma “coisa julgada cabível” inspira-se, de forma notavelmente mais intensa em contraste com outros modelos europeus, a maior parte dos procedimentos especiais previstos na jurisdição contenciosa cognitiva italiana, excetuada a relevante novidade da atenuação do nexo estrutural de instrumentalidade em relação à emissão de provimento cautelar antecipatório. Tal conclusão pode ser confirmada por uma breve análise da gênese legislativa e do direito vigente. (...) A tutela jurisdicional dos direitos se realiza, acima de tudo, por meio da eficácia imperativa do provimento jurisdicional e não culmina necessariamente na coisa julgada. O caráter essencial da jurisdição não está na coisa julgada (contra Enrico Allorio), mas no fato de que a aplicação jurisdicional do direito substitui, com autoridade, a aplicação realizada pelos sujeitos do ordenamento, e não pode ser objeto de controle, a não ser por parte de outro órgão jurisdicional, por exemplo, por meio da impugnação do provimento. O juiz conserva, assim, o poder de dizer “a última palavra, mesmo quando se trate de uma palavra provisória, não definitiva (como aquela que é dada por meio de um provimento sumário), predisposta a ser modificada ou revogada por sua palavra sucessiva.

CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil - primeiras notas sistemáticas, in RePro, vol. 192, fev. 2011, p. 397. In DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável.** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Dez. 2018. Curitiba, p. 84.

“coisa julgada cabível”, que seria basicamente da sua utilização apenas quando assim exigir o interesse das partes.

Desta forma, resta evidenciado que a solução da demanda nestes casos em que não existe coisa julgada material, é basicamente atender as necessidades das partes, e se esta necessidade é atendida de forma sumária torna dispensável a cognição exauriente e a coisa julgada, o que claramente é o intuito da sistemática da tutela antecipada antecedente, não fazer coisa julgada, mas tão somente estabilizar seus efeitos.

3.2.2 Conservação dos efeitos e revisão da tutela antecipada antecedente

Leciona PINHO⁴² que a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito por uma nova demanda (art. 304, §2º CPC/2015), para tanto o código fixou prazo de 2 (dois) anos para a propositura da demanda (art. 304, §5º CPC/2015). Destaca-se, sobretudo, que a demanda a qual irá se rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada, não se trata de ação rescisória⁴³ e sim demanda revisional de primeiro grau. De outra banda, os autores MARI-

42 PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 585.

43 Enunciado 33 do FPPC: Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.

NONI⁴⁴ *et, al*, lecionam que mesmo após transcorrido o prazo de 2(dois) anos para interposição da demanda jurisdicional, seria possível o exaurimento da cognição pelos prazos previstos do direito material, por exemplo os de prescrição e decadência.

Para o objetivo do presente ensaio, é necessário o conhecimento quanto ao limite da sua conservação, a forma de ser efetuada sua revisão, reforma ou invalidação. Os demais argumentos sobre o tema não são essenciais para o momento.

3.2.3 Como evitar a estabilização?

O art. 304, *caput* CPC/2015 dispõe que a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 CPC/2015, torna-se estável quando da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Conforme preconiza SICA⁴⁵, “Chama a atenção o fato de o novo CPC - que tanto esforço empregou para reduzir a recorribilidade direta das decisões interlocutórias (art.1015 CPC/2015) - passe a *compelir*

44 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil; Volume 2; Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015, p. 218.

45 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e Onze soluções Quanto À Chamada “Estabilização Da tutela Antecipada**. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf> Acessado em: 26 de Ago de 2019.

o réu a recorrer para evitar a estabilização. Nota-se na leitura do *caput* do art. 304 CPC/2015 que já se instaura certa dúvida, no que diz respeito ao recurso cabível para evitar a estabilização. Um ponto interessante que deve ser observado é o fato do referido artigo não se referir exatamente a qual recurso que evita a estabilização.

Se aduz do art. 994 CPC/2015 a possibilidade de interposição de dois recursos contra a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, primeiro os Embargos de Declaração (art. 994, IV, CPC/2015) interposto para o juízo que proferiu a referida decisão e o Agravo de Instrumento (art. 994, II, CPC/2015) interposto perante o Tribunal competente. Sobre o Recurso a ser interposto a fim de não estabilizar a referida tutela SCARPINELLA BUENO⁴⁶, corrobora:

A que recurso refere-se o dispositivo? Se se tratar de processo na primeira instância o recurso cabível é, inequivocamente, o de agravo de instrumento (art. 1015, I). Se a tutela antecipada antecedente for pleiteada perante algum tribunal - em casos em que aquelas órgãos jurisdicionais ostentem competência originária - a decisão muito provavelmente será monocrática. Como tal, contra ele cabe agravo interno (art. 1021). Na eventualidade de se tratar de acórdão, não custa aventar esta possibilidade, contra ele caberá recurso especial e/ou extraordinário, consoante o caso.

46 SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual De Direito Processual Civil - Volume Único** - 3ª Ed. São Paulo, 2017, p. 273.

Podemos considerar que a forma de se evitar a estabilização, é por meio da interposição do Agravo de Instrumento. Conquanto, SICA efetua uma arguição necessária, no sentido de chamar atenção quanto à interpretação do art. 304 CPC/2015, sugerindo, uma sistemática extensiva, a fim de considerar que não somente o manejo dos recursos dispostos no art. 994, CPC/2015, estaria evitando a estabilização da tutela, mas qualquer outro meio de impugnar a decisão judicial seria capaz de impedir a sua estabilidade.

Corroborar com este entendimento os autores MARINONI⁴⁷ *et, al*, ao manifestarem que ao considerar que o oferecimento da contestação seria capaz de evitar a estabilização, ao passo que desta forma seria uma vantagem para o processo, inclusive economizaria um recurso de agravo e assim daria a devida relevância à manifestação de vontade das partes. Conclui-se por consequência que o recurso apto a evitar a estabilização seria o Agravo de Instrumento, por outro lado, pela interpretação doutrinária, a apresentação da contestação seria capaz de evitar a estabilização.

47 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil; Volume 2; Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015, p. 216.

4. Recurso especial N° 1.760.966/Sp

4.1 Síntese fática dos autos

Em recente julgamento a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.760.966/SP, decidiu que, muito embora o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, tal interpretação deve ser efetuada de maneira sistemática, para o Ministro Relator Marco Aurélio Bellize a “estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais”.

Diante da interpretação extensiva dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao dispositivo legal, diga-se, art. 304 CPC/2015, se faz necessária uma compreensão dos elementos contidos no acórdão que sustentaram a referida decisão.

A principal arguição a ser efetuada será sobre a fundamentação doutrinária utilizada no acórdão que pautou sua decisão, após, se analisará se a decisão posta é efetiva e se de fato efetua a subsunção dos fatos à norma, uma vez que, tais elementos devem ser analisados ante à relevância do julgado.

4.1.1 Da interpretação extensiva do dispositivo legal

A controvérsia discutida nos autos consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a respeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno e se a alegação da parte autora quanto à estabilização seria de fato considerada.

No entanto, no julgamento do referido recurso compreendeu que a ideia do instituto seria que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, e por esta razão o *caput* do art. 304 do CPC/2015 quando determina que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, deveria se efetuar a leitura do dispositivo legal, tomando como base uma “interpretação sistemática e teleológica do instituto, e ainda que a estabilização somente se aplicaria se não houvesse qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, efetuando assim, uma interpretação extensiva do dispositivo.

Sobre o tema, a decisão efetua a menção de 3 (três) doutrinadores que discorrem sobre o tema, NEVES, DIDIER JR *et, al* e MARINONI *et, al*. O conjunto doutrinário mencionado afirma sob a possibilidade de considerar que qualquer manifestação de inconformismo do réu em

primeiro grau seria possível evitar a estabilização da tutela, e que tal entendimento se daria ainda com intuito de “economizar” um recurso, o que vai de encontro com os princípios de efetividade do CPC/2015. Sobre efetividade trataremos mais adiante, a seguir posicionamento doutrinário diverso do tratado no acórdão.

4.1.2 Controvérsia doutrinária

Muito embora grande parte da doutrina ter se posicionado no sentido de considerar qualquer manifestação da parte adversa ter o condão de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, dois doutrinadores são muito excipientes afirmando que o texto legal é muito explícito em determinar que somente o recurso competente seria capaz de impedir tais efeitos. Neste sentido leciona DONIZETTI⁴⁸:

“Segundo disposto no art. 304, *caput*, a tutela torna-se estável se não interposto o respectivo recurso. Respectivo significa competente, devido, cabível. Qual o recurso respectivo? Tratando-se de decisão em tutela antecipada, gênero de tutela provisória, o recurso cabível é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I. Assim, caso o réu não interponha agravo de instrumento, a tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, torna-se estável. A *mens legislatoris* é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado.

48 DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 247.

Não basta contestar. É certo que na contestação o réu adquire a prerrogativa de ver a demanda decidida levando-se em conta também as suas alegações. Ocorre que na ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação/defesa e da celeridade, o legislador optou por este, de sorte que, não obstante a apresentação de contestação, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 304, § 1º), porquanto não houve cognição exauriente, tampouco declaração de prescrição ou decadência. O que prevalece é a vontade do demandante. Se este, embora requeira a tutela antecipada em caráter antecedente, não diz que pretende se valer do benefício da estabilização, o procedimento prossegue rumo à sentença com base em cognição exauriente. A vontade do demandado ao apresentar a contestação é irrelevante. A ele foi imposto o ônus de recorrer ou então de ajuizar ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da decisão cujos efeitos foram estabilizados (art. 304, § 2º).”

Corroborar com este entendimento WAMBIER e TALAMINI⁴⁹ “Se o réu não interpuser recurso contra a decisão que, em primeiro grau, concede a tutela antecipada antecedente, essa estabilizar-se-á

Não obstante o posicionamento dos ilustres doutrinadores trata-se de exceção aos demais pensadores do direito sobre o tema, vez que, grande maioria entende justamente

49 WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Vol. 2 - Cognição jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 891.

ao contrário. Não obstante, tais posicionamentos, estes são necessários no presente estudo para demonstrar que existe outra corrente doutrinária a cerca do tema.

4.2 A relação entre a efetividade processual e o julgado

4.2.1 Efetividade processual como garantia do acesso à ordem jurídica justa

O Relatório do Ministro Relator Marco Aurélio Belizze, cita nas fls. 9 e 10 que o instituto da concessão da tutela antecipada antecedente somente se estabilizaria nos casos em que nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, analisemos a seguir a menção no Ministro;

A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material.

Por essa razão, é que, conquanto o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá

se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária.

Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.

Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma.

Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.

Da mesma forma, tal situação também acarretaria um estímulo desnecessário no ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Nota-se que na decisão citada o Ministro Relator Marco Aurélio Bellize aponta que não seria razoável admitir que somente a interposição do Agravo de Instrumento evitaria a estabilização da tutela, uma vez que esta interpretação estimularia interposição excessiva de recursos a fim de evitar a estabilização e com isso sobrecarregaria os tribunais, e isto de fato não é a ideia do instituto, uma vez que sua finalidade é trazer mais celeridade e efetividade ao procedimento e não ao contrário.

Sobre efetividade processual BEDAQUE⁵⁰ dispõe que o tema vem sendo o motor de várias discussões sobre processo nas últimas décadas, sendo expressivas as análises sobre a tutela antecipada e as tutelas específicas, tudo objetivando o processo de resultados. Na locução de WATANABE⁵¹ o acesso à justiça tem relação direta com o acesso à ordem jurídica justa, e isto só seria possível se o processo trouxesse resultados práticos, capazes de tutelar efetivamente o bem da vida.

50 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2010. p. 17 - *In* GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo - Vol. 1 - Parte Geral**. São Paulo : Forense, 2015, p. 83.

51 WATANABE, Kazuo. *In*. DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002. p. 444.

Para TARUFFO⁵² existem três elementos que são indispensáveis para uma decisão ser considerada justa:

- a) resultado de processo justo, em que asseguradas as garantias fundamentais;
- b) tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão;
- c) fundada em apuração verdadeira dos fatos da causa.

Portanto, uma decisão justa seria aquela que de fato realize o disposto no texto legal, assegurando as garantias da carta magna e observe os fatos verdadeiros do processo, tudo isto demonstraria justiça de uma decisão.

Corroborando com este entendimento o pensamento de CHIOVENDA⁵³ no sentido de que o processo deve “dar a quem tem direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente que ele tem o direito de obter, ou seja, a preservação dos direitos pela via judicial deve ser encarado como o meio útil e efetivo de assegurar os direitos, e isto deve ser feito em tempo hábil, a fim de evitar as custas do ônus do tempo no processo, ou seja, de maneira efetiva.

52 TARUFFO, 2012. p.142. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo - Vol. 1 - Parte Geral**. São Paulo : Forense, 2015, p. 83.

53 CHIOVENDA, Giuseppe. 3. Cfr. Istituzioni di diritto processuale civile, I, n. 12, p.42, essa afirmação foi feita pela primeira vez em 1911, pelo próprio Chiovenda (cfr; também Dell’azione nascente dal contratto prelinare, n.3, pp. 110). In. DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002. p. 445.

O CPC/2015, se apresenta bastante imponente no tocante aos meios capazes de trazer decisões justas e mais efetividade processual. Logo, o princípio da efetividade processual esta intimamente interligado com o direito da parte em obter solução integral do mérito em prazo razoável, nos termos art.5º, inc. LXXVIII da Constituição da República Federal, bem como, no do art. 4º⁵⁴ e do CPC/2015, ocorre que, sua aplicação, é muito mais ampla e sua finalidade mais otimista, que no antigo caderno processual, sob o tema leciona SCARPINELLA BUENO⁵⁵.

Aqui, cabe enfatizar, em caráter de absoluta essencialidade, a compreensão de que o precitado dispositivo constitucional não busca um processo rápido no sentido de que somente o tempo (o menor) de sua duração, independentemente de quaisquer outros fatores é relevante. A questão merece ser tratada, muito mais, em tons de otimização da prestação da tutela jurisdicional e, portanto, de eficiência, vale dizer, da obtenção do maior número de resultados com o menor número possível de atos processuais. Não Há como descurar, contudo, do modelo constitucional” e do tempo que ele, como forma de viabilizar também as garantias do réu, consome.

54 Decisão justa e efetiva. Não é só. Essa visão transcendente do processo, somada a necessidade de dotá-lo de maior efetividade e celeridade (*supra*, artigo 4.º), impõe um compromisso com a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, sob pena daquele se tornar inútil dispêndio de tempo e recursos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo - Vol. 1** - Parte Geral. São Paulo : Forense, 2015, p. 82.

55 SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual De Direito Processual Civil - Volume Único** - 3ª Ed. São Paulo, 2017, p. 98.

O que se busca explicar no presente momento é a relação direta entre a efetividade processual e o julgado, tendo em vista que a decisão do STJ demonstrou em diversos momentos o interesse em proporcionar com sua decisão maior efetividade do processo.

Corroborando com este entendimento SCARPINELLA BUENO, conforme supra mencionado ao expor que efetividade não está relacionada somente ao menor tempo de duração processual, mas sim na obtenção do maior número de resultados com o menor número possível de atos processuais, o que fica claramente demonstrado na decisão do STJ, ao admitir que a Contestação teria o condão de evitar a estabilização da tutela.

Desta forma, conclui-se que a decisão tomada pelo Ministro Relator Marco Aurélio Bellize ao admitir que qualquer insurgência da parte contrária evitaria a estabilização a tutela antecipada antecedente vai em total consonância com o princípio da efetividade e do acesso a justiça.

4.2.2 Subsunção do fato a norma e à vacância da lei

Nos dias atuais, nota-se que as decisões judiciais não se enquadram de forma delimitada no texto legal, segundo GAJARDONI⁵⁶ *et, al*, seria truísmo chamar a atenção para o fato de que a decisão não se enquadra no arquétipo formal

56 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo - Vol. 1 - Parte Geral**. São Paulo : Forense, 2015, p. 84.

da subsunção, porquanto deriva de um processo intelectual multimodo, cujo produto reflete inclusive na concretização do texto normativo”. Isto ocorre, conforme cita o autor, mesmo nos casos mais simples, a letra da lei a qual será utilizada na demanda judicial requer certa interpretação.

Ocorre que, a subsunção do fato à norma, acaba trazendo ao processo certa influência - à expressão “influência é utilizada por GAJARDONI *et, al*, para justificar o fato que a interpretação é o estabelecimento prévio e preciso do sentido determinante da norma - mas nem sempre isto é possível, porque em inúmeras vezes o texto normativo diz menos do que desejava - o que ocorre no acórdão em apreço - e é onde entra a atividade interpretativa dos tribunais, neste sentido corrobora o autor;

A situação se agrava quando tratamos com conceitos vagos e juridicamente indeterminados ou tipos, cada vez mais presentes no ordenamento jurídico, em que se faz indispensável superar algum hiato linguístico da proposição jurídica e, por vezes, realizar um juízo de valor mediatizado por certas vivências sociais. São pautas de valoração que necessitam de preenchimento valorativo (boa-fé, por exemplo - *supra*, artigo 5.º), mas igualmente não são destituídas de qualquer fundamento, uma vez que perfilam uma ideia jurídica específica. A fundamentação, aqui, assume papel fundamental, criando o magistrado do ônus argumentativo, para superar eventual vacuidade (sentido denotativo) e ambiguidade (conotativo).

Esta atividade interpretativa requer fundamentação legal, pois o magistrado irá argumentar a matéria no sentido de superar a vacância da Lei. No caso do Resp 1760966/SP, nota-se que houve uma interpretação extensiva do dispositivo legal, ante a existência de uma vacância nos termos legais.

A vacância legal está justamente no fato do art. 304 CPC/2015 somente dispor que a forma legal de se evitar a estabilização seria a interposição do Agravo de Instrumento, no entanto, deixa vago a admissão de outras manifestações do réu que também evitem a estabilização.

Para tanto, o Ministro relator Marco Aurélio Bellizze buscou fundamentação doutrinária a fim de considerar a interpretação da norma extensiva e conforme exposição acima, a decisão está de acordo com o princípio da efetividade, restou demonstrado que a maneira de solucionar uma vacância na letra da lei foi interpretar o instituto com base na doutrina e no próprio propósito legal o qual foi criado, que seria a proteção do direito material com menor dispêndio de tempo no processo o que de fato não ocorreria se a decisão do ministro tivesse sido diversa.

5. Conclusão

O instituto da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente é sem dúvida uma grande novidade inserida no CPC/2015. Inspirada no direito Italiano e Francês a técnica foi proposta

no Brasil. Ocorre que muito embora o instituto tenha sido programado para ir de encontro com a efetividade processual, a estabilização trouxe diversas dificuldades interpretativas no seu texto legal.

A referida discussão não demorou a chegar ao Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento a Terceira Turma do STJ, no Recurso Especial 1.760.966/SP, onde ficou reconhecido pelo Ministro Relator Marco Aurélio Bellize que a “estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais.

A interpretação dada pelo Ministro Marco Aurélio Bellize, foi extensiva ao instituto, a fim de considerar o processo efetivo dentro da qual sua sistemática foi pensada, sem dúvida sua decisão vai de encontro ao CPC/2015.

Desse modo, por mais oposta que a decisão seja ao descrito no texto legal, a interpretação dada ao dispositivo quanto à forma de evitar a estabilização, por ora, foi solucionada. Por fim, espera-se, que a estabilização da tutela antecipada seja utilizada de forma eficiente, à luz pela qual sua sistemática foi pensada.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro. **Novo Có-**

digo de Processo Civil Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil Lei nº 5.869/1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei Nº 13.105/2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

DIDIER JR, Fredie; S. BRAGA, Paula e A. DE OLIVEIRA. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DOTTI, Rogéria. **A Estabilização Da Tutela Antecipada no CPC de 2015: A Autonomia Da Tutela Sumária e A Coisa Julgada Dispensável.** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Curitiba. Dez. 2018.

FPPC. **Fórum Permanente De Processualistas Civis** - Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo - Vol. 1 - Parte Geral**. São Paulo : Forense, 2015.

GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização Da Tutela Antecipada**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20-%20D%20%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?-sequence=1&isAllowed=y>.

LEITÃO, Cristina. **Estabilização Da Tutela Antecipada Antecedente: Seus Propósitos e Requisitos**. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*. Curitiba. Ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil; Volume 2; Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**, São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A tutela provisória no or-**

denamento jurídico brasileiro: A nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.11.PDF.

PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PUGLIESE, William Soares. ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. **Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no código de processo civil de 2015.** Revista dos Tribunais online.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual De Direito Processual Civil - Volume Único - 3ª Ed.** São Paulo, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e Onze soluções Quanto À Chamada “Estabilização Da tutela Antecipada.** Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ - **RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966 – SP.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1778262&tipo=0&nreg=201801452716&SeqCgrma->

Sessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181207&formato=PDF&salvar=false.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela provisória no novo CPC: panorama geral**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236728,81042-Tutela+provisoria+no+novo+CPC+panorama+geral>.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Vol. 2 - Cognição jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**, 2ª ed., Campinas: Booskseller, 2000.

Alberto Maia da Rocha Paranhos

Ana Paula de Barcellos

Antônio Carlos Efig

Hélio Gomes Coelho Júnior

Loriane Kavalkeviski

Luciana Pedroso Xavier

Rafael dos Santos-Pinto

Rodolfo Fernandes de Souza Salema

Vanessa de Mello Brito Arns