

PEIXOTO&CURY  
A D V O G A D O S

AS EMPRESAS  
**TAMBÉM**  
TÊM DIREITOS  
**VOL. 2**

PASSANDO O BRASIL A  
LIMPO

**PEIXOTO&CURY**

A D V O G A D O S

**AS EMPRESAS  
TAMBÉM  
TÊM DIREITOS,  
VOL. 2**

**PASSANDO O BRASIL A  
LIMPO**



Porto  
de Idéias  
EDITORA



PEIXOTO&CURY

A D V O G A D O S

AS EMPRESAS  
TAMBÉM  
TÊM DIREITOS,  
VOL. 2

PASSANDO O BRASIL A  
LIMPO

*Ana Luisa Porto Borges  
André Villac Polinesio  
Antonio Carlos Aguiar  
Carlos Eduardo Dantas Costa  
Elisa Balthazar Ferrari  
Fábio Alexandre Lunardini  
Fabio Martins Di Jorge  
Gabriel Neder De Donato  
Gustavo Perez Tavares  
José Nantala Bádue Freire  
José Ricardo de Bastos Martins  
Karine Vasconcelos Omelczuk Loschiavo  
Lisandra Melo de Souza*

*Luana Araújo dos Santos  
Luciana Paula Vaz de Carvalho  
Luiz Vicente de Carvalho  
Marcel Tadeu M. Alves da Silva  
Paloma Costa Santos  
Poliana Banqueri da Silva Guimarães  
Rafael Villac Vicente de Carvalho  
Renata Viana Machado  
Renato de Oliveira Valença  
Rogério Silva Fonseca  
Rodrigo Meni Reis Calovi Fagundes  
Rodrigo Giordano de Castro*

**As empresas também têm direitos, vol. 2:  
passando o Brasil a limpo**

Copyright © 2017 Peixoto & Cury Advogados  
Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem prévia autorização de Peixoto & Cury Advogados. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei 9.610/98 e punido pelo Artigo 184 do Código Penal.

**Organizador** | Carlos Eduardo Dantas Costa

**Editor** | Sebastião Haroldo de Freitas Corrêa Porto

**Coordenação editorial** | Silvana Pereira de Oliveira

**Capa e diagramação** | Otávio Silva

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Advogados, Peixoto & Cury

As empresas também têm direitos, vol. 2 : passando o Brasil a limpo / Peixoto & Cury Advogados. --  
São Paulo : Porto de Idéias, 2017.

Vários colaboradores.

ISBN: 978-85-8061-120-5

1. Direito corporativo - Brasil
2. Direito empresarial
3. Direito empresarial - Brasil
4. Empresas - Departamentos jurídicos I. Título.

17-01207

CDU-34:338.93

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Empresas : Aspectos jurídicos : Direito empresarial 34:338.93

*Este livro é dedicado ao Dr. Walter Duarte Peixoto e Dra. Vera Lucia de Paiva Cicarino, sócios e conselheiros do escritório Peixoto & Cury Advogados, como uma pequena demonstração de gratidão, carinho e reconhecimento de sua importância para o que somos.*



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>Arbitragem</b> FINANCIAMENTO DA ARBITRAGEM POR TERCEIROS. UMA ALTERNATIVA INTERESSANTE PARA AS EMPRESAS EM CRISE <i>José Nantala Bádue Freire   Renata Viana Machado</i>	<b>13</b>
<b>Compliance</b> CAMINHANDO PARA UMA SOCIEDADE MAIS ÉTICA E TRANSPARENTE <i>José Ricardo de Bastos Martins</i>	<b>19</b>
<b>Direito Administrativo</b> O CASO SÓCRATES E OS ESFORÇOS DE PORTUGAL PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO <i>Fabio Martins Di Jorge   Paloma Costa Santos</i>	<b>23</b>
<b>Direito Ambiental do Trabalho</b> DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO: INTERDISCIPLINARIDADE SOCIAL E ATUALIDADE <i>Luiz Vicente de Carvalho   Karine Vasconcelos Omelczuk Loschiavo</i>	<b>29</b>
<b>Direito Comercial</b> O DIAGNÓSTICO E A CURA <i>Rafael Villac Vicente de Carvalho</i>	<b>35</b>
<b>Direito Contratual</b> CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: AS CAUTELAS NECESSÁRIAS QUANTO AO SEU ENCERRAMENTO <i>Rodrigo Giordano de Castro   Luana Araújo dos Santos</i>	<b>41</b>

## **Direito Empresarial**

AS NECESSÁRIAS ALTERAÇÕES PARA O DIREITO DAS EMPRESAS MINIMIZAR OS EFEITOS DA CRISE DAS EMPRESAS

*Ana Luisa Porto Borges | Rogério Silva Fonseca* **47**

## **Direito do Trabalho**

PAUTA (SINDICAL) DE REIVINDICAÇÕES EMPRESARIAL

*Carlos Eduardo Dantas Costa* **51**

A TENTATIVA DE MODERNIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS ATRAVÉS DO PROJETO DE LEI Nº 6.787/2016

*André Villac Polinesio | Lisandra Melo de Souza | Elisa Balthazar Ferrari* **55**

O BOATO COMO ELEMENTO DE DESCONSTRUÇÃO DA IMAGEM

*Antonio Carlos Aguiar | Poliana Banqueri da Silva Guimarães | Rodrigo Meni Reis Calovi Fagundes* **59**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO

*Marcel Tadeu M. Alves da Silva | Luciana Paula Vaz de Carvalho* **65**

## **Direito Tributário**

TRANSPARÊNCIA FISCAL E OS IMPACTOS DO BEPS PARA AS EMPRESAS BRASILEIRAS

*Gustavo Perez Tavares | Fábio Alexandre Lunardini* **71**

COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 406/2016 – “REFORMA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL”

*Gustavo Perez Tavares | Gabriel Neder De Donato* **77**

## **Publicidade**

PUBLICIDADE E COMPLIANCE

*Renato de Oliveira Valença* **91**

## APRESENTAÇÃO

Nós, do Peixoto & Cury, apresentamos, com muita satisfação, o lançamento, em 2017, da continuação do livro *As Empresas também têm Direitos*, agora, em sua versão “2”.

E a sua publicação acontece num momento historicamente diferenciado; numa época de profundas mudanças e dificuldades de toda ordem, que passam (e se constroem) por (e em) pequenas revoluções tecnológicas e éticas, impactantes para a nossa cultura e relacionamentos, muitas vezes perpassadas por medidas e ações além do razoável, sob um manto “quase heroico” que veste uma carranca heroína, por determinados e inconspicuos agentes sociais.

As repercussões dessas novas formas heterodoxas de ação, por óbvio, revelam-se cruciais à própria sobrevivência de cidadãos e empresas, e, por isso, mais do que nunca se torna imprescindível “conversar” com a sociedade sobre os efeitos desses deslocamentos sociais tectônicos,<sup>1</sup> mais especificamente para nós, advogados, com nossos clientes, a fim de buscar alternativas viáveis e compreensíveis de “como” conviver (e sobreviver) inseridos nesse momento de metamorfose social (em conteúdo e velocidade).

Dentro deste contexto dialógico, no início de 2017, tivemos uma “grande baixa”, de expressivo observador que muito nos ajudava a entender um pouco melhor as nuances desse turbilhão de mudanças, que foi a morte, em 9 de janeiro, do sociólogo Zygmunt Bauman.

1. Metáfora com as placas tectônicas. Na teoria da *tectónica de placas*, a parte mais exterior da Terra é composta de duas camadas: a litosfera, que inclui a crosta e a zona solidificada na parte mais externa do manto, e a astenosfera, que inclui a parte mais interior e viscosa do manto. Numa escala temporal de milhões de anos, o manto parece comportar-se como um líquido superaquecido, mas em resposta a forças repentinas, como os terremotos, comporta-se como um sólido rígido.

Seus trabalhos tratam a respeito do vazio e da liquidez que nor-teiam nossa sociedade, que compreendia como pós-moderna, se pautando por observações daquilo que ele denominava de “mundo líquido moderno”, onde as trilhas da vida cotidiana são cambiantes e flexíveis; onde cidadãos, trabalhadores, consumidores e empresas estão sempre em movimento, embora em meio a incertezas.

E, claro, toda essa movimentação do “mundo líquido moderno” traz como consequência a insegurança. Inclusive, jurídica, até porque a todo instante surgem fatos e condicionantes novos e polêmicos, que, não raro, abrem um vazio, deixando lacunas difíceis de ser encobertas, dando-nos uma sensação de desabrigo, ausência de norte e, com isso, desorientação. E

no vazio, a experimentação é fácil e encontra poucos obstáculos – mas o empecilho é que, agradável ou não, o produto experimental nunca é seguro; sua expectativa de vida é curta e por isso a segurança existencial que promete custa a chegar.<sup>2</sup>

Esse é o desafio proposto neste projeto. Preencher (um pouco) o vazio que vai se abrindo em vários espaços e campos do direito, nas mais diversas áreas.

Consolidar entendimentos – dentro da ordem social pautada neste “mundo líquido moderno” – em conformidade com a experiência e solidez de uma entidade jurídica que tem uma vida sedimentada há quase setenta anos, por meio da eticidade e responsabilidade profissional: o Peixoto & Cury Advogados.

Logo, todo o diálogo que se oferecerá aos nossos amigos e clientes neste livro passará e se consubstanciará sempre por esses valores principiológicos.

Não importa o vetor que está a direcionar alguns atores sociais dessa sociedade pós-moderna, ou, como a nomeia Tercio Sampaio Ferraz, “sociedade pantécnica”, inserida num

mundo pantécnico, dominado, sobretudo pela tecnologia da informática, este paradoxo, situado no terreno da instantaneidade e rapidez das trocas de informações, que

---

2. BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 90.

provoca uma espécie de curto-circuito na noção de liberdade: toda decisão de informar torna-se, ao mesmo tempo anárquica e conformada. Com isso, o conteúdo da liberdade torna-se vazio.<sup>3</sup>

Não para nós, do Peixoto & Cury. Nós somos e seremos sim, rápidos, eficientes e conectados com todas essas alterações comunicativas derivadas dessa nova era do hipertexto e toda tecnicidade que permeia o universo digital, porém, sempre, por intermédio do oferecimento de soluções interpretadas ao modo como os gregos faziam com o termo *pharmakón*, ou seja, a um só tempo identificando o que é remédio e o que é veneno, separando, deste modo, toda e qualquer ambiguidade que possa nebulizar uma correta e perfeita compreensão técnico-jurídica daquilo que é valor e aquilo que se ampara em “des-valor”.

Uma ótima leitura!

*Antonio Carlos Aguiar*

---

3. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade da tecnologia. In: *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo faria*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135-153.



## FINANCIAMENTO DA ARBITRAGEM POR TERCEIROS. UMA ALTERNATIVA INTERESSANTE PARA AS EMPRESAS EM CRISE

*José Nantala Bádue Freire | Renata Viana Machado*

A escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias sempre é acompanhada de uma indagação bastante pertinente, principalmente por parte dos clientes: “Mas e o custo, Doutor?”.

Segundo um estudo recente da *Queen Mary University of London*, capitaneado pelo Prof. Loukas Mistelis e pelo advogado Paul Friedland (White & Case), o alto custo seria a principal “reclamação” dos usuários da arbitragem mundo afora.<sup>1</sup> Ora, se o custo é um problema para empresas financeiramente saudáveis, o problema se agrava ainda mais quando a situação é de *crise*.

No entanto, para que se tenha uma atitude mais correta e racional num momento de *crise* (não importa se na vida íntima, profissional ou no ambiente empresarial), devemos sempre nos lembrar que, em sua raiz grega (*krisis*), a palavra *crise* não quer dizer derrocada ou insucesso, mas, sim, momento importante para a *tomada de decisões*.

Hoje em dia, com o grau de internacionalização das empresas brasileiras (ou que fazem negócios no Brasil) e a grande complexidade da teia de relacionamentos que criam para alçarem voos mais altos, a escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias para os “grandes contratos” passou a ser regra, não mais exceção, como era o caso até o fim dos anos 90 e começo deste milênio.

Ora, grandes contratos envolvem grandes cifras e, muitas vezes, deles depende a própria viabilidade econômica da empresa. Empresas

1. Segundo o referido trabalho, “Cost” is seen as arbitration’s worst feature, followed by “lack of effective sanctions during the arbitral process”, “lack of insight into arbitrators’ efficiency” and “lack of speed”. O conteúdo do estudo pode ser acessado em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

focadas na prestação de serviços, por exemplo, não raro têm nos seus contratos os “ativos” mais interessantes de seu portfólio. Assim, como é de se esperar, qualquer questão mais espinhosa envolvendo “grandes contratos” passa a ser um grande (e caro) problema.

É sempre importante escolher, para a solução de controvérsias oriundas de contratos importantes para a vida da empresa, centros de arbitragem de ótima reputação, organizados e com boa experiência na administração de conflitos relacionados com a questão de fundo do contrato. Além disso, iniciada a arbitragem, é fundamental a nomeação de árbitros com o perfil adequado para que a parte faça prevalecer seu ponto de vista (lembramos sempre deste conselho até, digamos, sincero demais: o melhor árbitro, conforme lição insistente do Prof. Carlos Alberto Carmona, é o que nos dá mais chances de ter o maior êxito possível na causa e não, necessariamente, o mais experiente, preparado etc.). Isto sem se falar na também necessária contratação de advogados especializados e experientes em arbitragem, visto que o nível de litígio neste ambiente costuma ser bastante diferenciado, se comparado ao que acontece, hoje em dia, na maioria dos casos que tramitam perante a justiça estatal.

Ocorre que, como é de se imaginar, a conta desta estrutura normalmente fica bem alta para a empresa que, numa situação de penúria financeira, vê inviável a sua participação numa arbitragem, ainda que tenha “bom direito” ao seu lado. Nestes casos, uma tática bastante utilizada pela parte mais forte economicamente é o “estrangulamento” financeiro da mais fraca, prolongando o procedimento arbitral e fomentando a produção de provas igualmente “caras” (como perícias específicas, oitivas de *experts* no assunto, visitas técnicas, audiências e diligências em outros países...), para forçar a outra parte a fechar um acordo que jamais faria se estivesse em “condições normais”.

O alto custo de alguns processos arbitrais acabou por abrir um mercado específico de financiamento, que já é bem desenvolvido em outros países, mas que nos últimos 2 anos já vem sendo utilizado também no Brasil, ainda que timidamente. Trata-se do Financiamento de Arbitragem por Terceiros, mais conhecido por sua expressão em inglês: *Third Party Funding*.

Por meio deste modelo de financiamento, a parte submete seu caso à apreciação de um terceiro que, normalmente, após uma verificação minuciosa e detalhada dos pontos fortes e fracos da sua

causa, decide por investir nela ou não, mediante formas diversas de retorno e remuneração do investimento.

As possibilidades são inúmeras neste tipo de acordo com os financiadores e, em regra, o sucesso da negociação depende de alguns fatores como: i) os valores em discussão e o custo estimado; ii) em que momento da arbitragem a proposta é feita; iii) quem são os advogados da parte interessada no investimento; iv) qual o centro de arbitragem e quais os árbitros, caso já tenham sido escolhidos; v) qual o perfil do investidor; vi) qual a força dos argumentos da parte interessada; vii) quais os documentos e provas que precisam ser produzidas; viii) qual a situação financeira da parte contrária e quais as garantias eventualmente existentes no contrato que deu origem à arbitragem...

Como se vê, o financiador de uma disputa arbitral tem um extenso “dever de casa” para fazer, se quiser investir numa arbitragem com uma boa noção dos riscos e custos que incorrerá e, com isso, chegar a um patamar desejável de remuneração para o seu investimento e, assim, negociar as bases do acordo com o interessado.

Uma das discussões que vem sendo mais debatida mundo afora sobre este tipo de financiamento é a necessidade, ou não, de se comunicar à parte contrária e ao Tribunal arbitral a existência de um financiador que custeia uma das partes. Não existe na doutrina especializada uma resposta simples para este problema, devido a inúmeras variáveis que podem nos levar a uma resposta ou outra em cada caso.<sup>2</sup> A Lei nº 9.307/96 também silencia sobre o assunto, de forma específica. Contudo, ao que parece, prevalece um pouco a posição de que, se não é obrigatória a divulgação, ela se mostra, ao menos, desejável, como se pode ver dos princípios 6 e 7 das recomendações da International Bar Association (IBA) sobre Conflitos de Interesses,<sup>3</sup>

---

2. Ao se buscar o financiamento de uma arbitragem, tanto o financiador quanto a parte devem verificar a existência de eventuais conflitos de interesse que inviabilizem a concretização e a segurança da operação. Os árbitros também se preocupam muito com questões que possam gerar conflitos de interesse graves o suficiente para anular uma sentença arbitral e, mais do que isto, afetar suas reputações e carreiras.

3. *General Standard 6* – (a) The arbitrator is in principle considered to bear the identity of his or her law firm, but when considering the relevance of facts or circumstances to determine whether a potential conflict of interest exists, or whether disclosure should be made, the activities of an arbitrator’s law firm, if any, and the relationship of the arbitrator with the law firm, should be

uma das maiores fontes de *soft law* para a comunidade arbitral internacional.

Um ponto positivo de se comunicar a existência de um terceiro financiador para a causa é que, a depender de quem é o terceiro (os árbitros certamente pesquisarão para verificar quais os métodos utilizados pelo terceiro para investir numa causa, a sua reputação etc.), a parte financiada passa a demonstrar mais força na disputa, afinal, dificilmente qualquer pessoa investe numa causa se não tiver, ao menos, um prognóstico bastante favorável sobre ela. Um ponto negativo, por sua vez, reside no fato de que tal comunicação pode ser ruim estrategicamente, afinal, pode dar a outra parte uma oportunidade de tumultuar o processo arbitral, suscitando conflitos de interesse, ainda que descabidos, com o intuito de intimidar e pressionar a parte, os árbitros ou o próprio financiador.

O que se vê na prática brasileira é que os financiadores que começam a atuar por aqui vêm tomando grande cuidado com este assunto e, via de regra, se colocam favoravelmente divulgar seus investimentos às partes e árbitros nos processos arbitrais em que atuam.

---

considered in each individual case. The fact that the activities of the arbitrator's firm involve one of the parties shall not necessarily constitute a source of such conflict, or a reason for disclosure. Similarly, if one of the parties is a member of a group with which the arbitrator's firm has a relationship, such fact should be considered in each individual case, but shall not necessarily constitute by itself a source of a conflict of interest, or a reason for disclosure.

(b) If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party.

*Explanation to General Standard 6 – [...] Third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party.*

*General Standard 7 – (a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity.*

No entanto, como esta prática ainda é bastante nova no país e, principalmente, como há ainda poucos fundos e investidores que estão dispostos a atuar neste ramo no Brasil, não se trata de uma ferramenta que pode ser usada em “qualquer caso”, afinal, a concorrência é grande (até pela crise que vivemos atualmente). Ainda assim, se você tem “muito direito” mas poucos recursos, vale a tentativa.



## **CAMINHANDO PARA UMA SOCIEDADE MAIS ÉTICA E TRANSPARENTE**

*José Ricardo de Bastos Martins*

Para quem acompanha de perto todo o esforço das autoridades e tribunais brasileiros – e independentemente das divergências de opinião acerca da melhor ou pior atuação de determinado órgão ou grupo de servidores – 2017 deve, de fato, ser mais um ano em que passaremos o país a limpo, diante das expectativas de ainda maiores avanços no combate à corrupção.

Deveremos vivenciar a confirmação de desdobramentos importantíssimos que poderão – finalmente – estabelecer um caminho efetivamente seguro para as empresas que optarem pelo diálogo com as autoridades, diante da constatação de um caso de corrupção.

Isso porque, apesar de todos os avanços inquestionáveis vividos no país desde a deflagração da Operação Lava Jato e da promulgação da Lei Anticorrupção, carecemos, ainda, de clareza quanto aos passos a serem trilhados, bem como com relação às autoridades que deverão ser envolvidas nesse processo.

Observamos – até aqui – pouca sintonia entre autoridades que deveriam atuar de forma coordenada, algo que se torna ainda mais dramático diante das sobreposições de competência existentes em nossa legislação sobre o tema. Some-se a isso o fato de que empresas são feitas de pessoas e, em muitos casos, a resolução do problema da empresa depende também de um desfecho aceitável no âmbito dos indivíduos envolvidos.

E, para complicar ainda mais esse já dramático cenário, atravessamos uma grave recessão, o que nos obriga a pensar mais do que nunca na necessidade de encontrar formas rápidas de viabilizar a sobrevivência da empresa para que possa ela, assim, seguir com suas

atividades, contribuindo para a melhoria do difícil cenário econômico em que vivemos.

Há motivos concretos, porém, para vislumbrarmos um futuro promissor nesse cenário, já que, no final ano passado, mais precisamente em 15 de dezembro de 2016, o Ministro da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), Torquato Jardim, e a advogada-geral da União (AGU), Grace Maria Fernandes Mendonça, assinaram a Portaria Interministerial nº 2.278, que traz importantes alterações aos procedimentos para celebração dos acordos de leniência de que trata a Lei Anticorrupção.

E tais alterações deverão ser fundamentais para destravar os inúmeros processos já em andamento (uma vez que, no âmbito da CGU, nenhum acordo foi firmado até o momento), bem como estimular mais empresas a adotarem esse caminho.

Dentre as alterações trazidas, é de inegável relevância aquela que prevê a participação da AGU em todo o trâmite do processo. As comissões de negociação, por exemplo, serão compostas por um ou mais advogados públicos indicados, que ficarão responsáveis por avaliar a vantagem e a procedência da proposta da empresa. Para muitos dos profissionais que militam nessa área, a ausência de uma maior e melhor integração entre aqueles dois órgãos era tida como um dos principais entraves ao avanço dos acordos de leniência que atualmente tramitam em Brasília.

Entretanto, tão ou talvez ainda mais relevante do que a alteração comentada acima, parece ser a mudança de postura por parte tanto da CGU como da AGU, no sentido de buscar um efetivo envolvimento dos demais órgãos que devem participar da condução dos acordos de leniência, como o Ministério Público Federal (MPF) e o Tribunal de Contas da União (TCU).

Essa mudança pode ser constatada nos próprios comentários publicados no *website* da CGU por ocasião da divulgação da assinatura da referida Portaria Interministerial:<sup>1</sup>

o Ministério da Transparência trabalha no sentido de estender aos demais órgãos envolvidos na condução dos acordos de leniência, como o Tribunal de Contas da União (TCU) e o

---

1. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/12/ministerio-da-transparencia-e-agu-assinam-portaria-para-celebrar-acordos-de-leniencia>.

Ministério Público Federal (MPF), a mesma formalização de cooperação estabelecida hoje com a AGU.

### Segundo o Ministro Jardim:

Esse é o primeiro passo; o embrião. Temos que ir além. Nosso compromisso institucional é com a previsibilidade e a segurança jurídica. O empresário precisa saber que ao fazer a negociação conosco, estará acertando o passo com todas as instituições pertinentes.

Com efeito, as empresas precisam estar seguras de que a celebração do acordo as conduzirá para uma solução com todas as autoridades competentes para tratar da questão. Até o momento, muitas empresas que, por exemplo, já firmaram acordos com o Ministério Público Federal, ainda aguardam desfecho junto a outros órgãos igualmente competentes quanto à matéria, como é o caso da CGU, do TCU e até mesmo dos eventuais órgãos ou entidades lesadas. Essa situação gera uma indesejável insegurança jurídica para tais empresas, além de desestimular tantas outras a seguirem por esse caminho.

E tal caminho traz inegáveis benefícios não só para a empresa, que pode seguir adiante com suas atividades, mas – principalmente – para a sociedade de forma geral, já que, como condição *sine qua non* para a celebração de qualquer acordo, devem ser confirmadas a efetiva e integral reparação do dano, a cooperação irrestrita com as investigações e, ainda, a adoção de um programa *efetivo* de *compliance*, ferramenta que certamente reduzirá o risco de reincidência por parte da empresa, disseminando melhores práticas de governança no mercado.

Assim, ainda que a necessidade de coordenação junto a todos aqueles entes públicos acima citados para a celebração do acordo de leniência possa adicionar maior complexidade ao processo, o fato de que, ao seu final, estará a empresa segura de que resolveu efetivamente a questão se revela primordial para que o instituto do acordo de leniência no âmbito dos casos de corrupção possa deslanchar no Brasil.

Se, por um lado, o avanço da cultura de negociação com as autoridades contribuirá para a melhoria da ética no ambiente empresarial, espera-se um crescimento ainda maior dessa cultura no âmbito preventivo, por meio de iniciativas como o Programa Pró-

-Ética, sistema desenvolvido pela CGU para avaliar a qualidade dos programas de *compliance* das empresas, o qual passou por importante remodelação em seu formato entre 2014 e 2015 e agora conta com uma nova metodologia e também nova forma de divulgação das empresas avaliadas positivamente.

A avaliação é anual e se inicia com uma análise prévia do perfil da empresa, seguida de um questionário com perguntas abertas, possibilitando um exame mais profundo do programa, pois este é avaliado de acordo com as especificidades de cada empresa e também do setor em que atuam.

A forma de divulgação se dá pela publicação de uma lista anual das empresas aprovadas pelo Comitê Gestor da CGU a cada ano, sendo realizado um evento para anúncio da lista e entrega da marca Pró-Ética para as empresas aprovadas. Além disso, todas as empresas que participam da avaliação recebem um relatório com a análise detalhada de seu programa, de forma que, mesmo que ainda não estejam prontas para figurar na lista do Pró-Ética, poderão utilizar-se dos comentários recebidos para aprimorar seu programa.

Portanto, apesar dos grandes desafios que enxergamos pela frente, há razões efetivas para acreditar que estamos no caminho certo e que 2017 será um ano decisivo para consolidar o país num caminho sem volta em direção a uma sociedade mais ética e transparente. A missão é de todos e de cada um de nós.

## O CASO SÓCRATES E OS ESFORÇOS DE PORTUGAL PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO

*Fabio Martins Di Jorge | Paloma Costa Santos*

Desde o chamado Mensalão, julgado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Penal 470, passando pelas operações Lava Jato e Acrônimo, mais atuais, tem se verificado na prática que a mazela da corrupção transcende os limites territoriais dos países, mormente em razão da economia globalizada e da redução virtual de espaços no tempo.

Exemplo mais concreto dessa peculiar circunstância é o caso de corrupção na Fifa, calcado na força da extraterritorialidade da legislação anticorrupção americana (*The Foreign Corrupt Practices Act of 1977*) e, entre nós, ainda bastante latente, o acordo de leniência firmado, outrossim, pela Empreiteira Odebrecht com as autoridades norte-americanas, quando, então, o diretor assistente da área de investigações criminais do FBI, Stephen Richardson, afirmou que a cooperação internacional foi essencial para a realização do que se tem hoje como o maior acordo anticorrupção do mundo:

O combate à corrupção toma tempo, exige coragem e recursos e mais importante: trabalho em grupo. Nenhum país, departamento ou agência pode lutar contra a corrupção sozinho, é necessário um trabalho em grupo. Este caso ilustra a importância da parceria.

A atuação transnacional entre empresas estrangeiras e delas com governos corruptos atrai, historicamente, sinais de alerta para a comunidade internacional, em razão da quebra das regras ordinárias de mercado limpo, leal e fortificado pela disputa concorrencial. Até a década de 90, para termos uma ideia, as empresas alemãs eram

autorizadas a descontarem, em suas declarações de rendas, propinas pagas em países estrangeiros, a fim de que a indústria alemã pudesse concorrer em *igualdade de condições* no mercado internacional.

Os esforços internacionais para redução do fenômeno da corrupção estão intimamente ligados aos objetivos finais de desenvolvimento econômico e competitividade internacionais. A redução da corrupção não pode ser um fim em si próprio, sob pena de insucesso, mas parte do engajamento global para a consecução do bem-estar social.

Daí a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, que adentrou ao nosso sistema promulgada pelo Decreto nº 5.687/06, conquanto a comunidade internacional estava preocupada com:

a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.

Postas essas premissas, dentro da União Europeia, Portugal é constantemente criticado por seus vizinhos pela falta de uma estratégia eficaz na prevenção e combate à corrupção. Tanto assim que o caso José Sócrates, então populista Primeiro-Ministro português, de 12 de março de 2005 a 21 de junho de 2011, emblemático e revolucionário para os padrões europeus, deixou traumas naquele sistema jurídico e chocou a população daquele país.

José Sócrates, que ficou onze meses preso durante 2014 e 2015, era conhecido pela reforma administrativa que realizou em Portugal na tentativa de desburocratização do setor público português. Contudo, estas políticas tiveram pouco efeito e a *dívida pública* do país ficou fora de controle em 2010, juntamente com uma taxa de *desemprego* recorde. Assim, em setembro de 2010, o Governo Português anunciou um pacote de austeridade moderada à Comunidade Europeia, com o objetivo de reduzir pela metade o déficit orçamentário até 2011, com uma série de aumentos de impostos e cortes de salário para *servidores públicos*.

A pressão do *FMI*, da *OCDE* e do principal partido da oposição forçou o gabinete de Sócrates a aprovar sucessivos pacotes de medidas

de austeridade mais radicais do que antes anunciadas, ao contrário do que havia prometido durante as *campanhas eleitorais*. O défict mais alto nas contas públicas da história portuguesa foi em 2010, em que o Governo de José Sócrates deixou um saldo negativo de 11,2% do PIB.

Sem apoio político e perdido o apoio popular, em razão da crise econômica portuguesa, Sócrates viu-se obrigado a renunciar ao cargo. Derrotado nas eleições seguintes, as denúncias em torno do ex-Primeiro-Ministro começaram a ser espalhadas pela imprensa portuguesa. Já no final de 2014, quando retornava de Paris, Sócrates foi preso na pista do aeroporto, às 22 horas, pegando o país de surpresa. A acusação que pesava contra ele era corrupção, fraude fiscal e lavagem de dinheiro de cerca de 20 milhões de euros, mantidos em nome de um amigo seu em um banco suíço.

Quando a revista *Sábado* revelou, em 31 de julho, o envolvimento de Sócrates em escândalos de corrupção, a denúncia foi por ele desmentida. As investigações estavam focadas num apartamento dele em Paris, fruto, segundo Sócrates, de uma herança familiar:

Tenho apenas uma conta bancária há mais de 25 anos; nunca tive ações nem contas no exterior. A primeira coisa que fiz quando saí do Governo foi pedir um empréstimo ao meu banco.

A partir da sua prisão preventiva, com o avanço das investigações, novas denúncias e outros recursos supostamente fraudados foram acrescentados à acusação, iniciando-se uma verdadeira batalha jurídica nos Tribunais portugueses.

A operação ficou conhecida como Marquês e a investigação teve como base quebras de sigilos fiscais, bancários e telefônicos de todos os envolvidos. O processo tem 55 volumes, 21.954 folhas e um peso de 12,5 *gigabytes*.

A partir da Operação Marquês, várias outras investigações foram abertas, principalmente para apuração de envolvimento de gestores em bancos públicos. Uma das críticas hoje levadas a efeito em Portugal é que, apesar das várias notícias que pesam contra Sócrates, ainda não há denúncia formal formulada pelo Ministério Público, sendo que a defesa de Sócrates alega perseguição política (sigilo das investigações e prisão sem provas) e excesso de prazo para a conclusão dos inquéritos.

Jornais portugueses fazem um paralelo entre a Operação Lava Jato e a Operação Marquês. Lá como cá, grandes empresários são acusados de pagarem propinas em busca de contratações públicas; fazem do agente político um trampolim para superarem a concorrência leal. Qualquer semelhança não é mera coincidência.

De 2008 a 2010, Portugal adotou novas medidas legislativas contra a corrupção, inclusive aumento de penas. Pela Lei nº 20/2008, que alterou o Código Penal português, estabeleceu-se um novo regime penal para corrupção ativa e passiva, aplicando-se a funcionários públicos portugueses e a empregados do setor privado. A Lei nº 54/2008, estabeleceu o Conselho para a Prevenção da Corrupção (CPC). Em setembro de 2010, um “conjunto de leis anticorrupção”. Porém, nenhuma estratégia nacional define como a corrupção deveria ser combatida em Portugal, o que é considerado como ponto fraco pela *Transparency Internacional*; estudos apontam que o combate da corrupção em Portugal foi ineficaz e que as leis sofreram de deficiências e representatividade, sendo criticada a falta de visão específica e estratégica sobre o problema.

Em Portugal, o Ministério Público também é o titular da ação penal, mas a Polícia Judiciária possui autonomia técnica e tática para realizar investigações. A Transparência Internacional critica o MP por estar sob pesada influência política. O Tribunal de Contas é um corpo de controle formalmente independente, porém também a independência não é plenamente assegurada, conquanto as nomeações, tais como no Brasil, são políticas. De uma maneira geral, as suas funções de auditoria e de controle são bem cumpridas, porém o órgão vem sendo criticado pela Comunidade Europeia por realizar apenas uma análise sob aspectos contábeis e técnicos de gastos públicos, sem focalizar na prevenção de má gestão financeira, o que levou à derrocada da economia portuguesa.

O CPC é a principal agência anticorrupção de Portugal, possuindo as mesmas funções da Controladoria-Geral da União no Brasil. Foi criado como resposta às exigências da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Auxilia os Poderes com a implementação de instrumentos legais e medidas administrativas mediante esboços de códigos de ética e promovendo treinamento anticorrupção. É um órgão que tem se mostrado ativo no Estado Português e informa no seu *site* que recomenda a todas as entidades públicas portuguesas

a identificarem riscos internos de corrupção e apresentarem planos de gestão de riscos de corrupção (as chamadas *red flags*). Porém, de acordo com a Comunidade Europeia, o CPC, relativamente novo, ainda é um órgão fraco dentro do sistema administrativo português e que está lutando para cumprir o seu papel institucional.

O CPC recentemente publicou um estudo desenvolvido a partir de questionários apresentados ao setor público no segundo semestre de 2014, com o propósito de, por meio das próprias entidades públicas, obter um conjunto de informações objetivas que, em traços gerais, permitiriam conhecer e caracterizar a subsistência de dificuldades no processo de elaboração, adoção e execução do plano de combate à corrupção: 643 órgãos e entidades públicas (355.935 funcionários públicos) responderam ao questionário e as principais conclusões foram:

1. As entidades do Setor Público estão a desenvolver e a adotar Planos de prevenção de riscos de corrupção, porém, na sua grande maioria, esses Planos têm sido elaborados internamente pelos servidores, sem recurso a consultores externos;

2. Metade das entidades reconhece que o seu Plano não é exaustivo na identificação dos riscos;

3. Devem ser adotadas medidas que permitam ações preventivas mais ágeis e eficazes, com a necessidade de que seja designado um responsável geral pela execução do Plano e pela elaboração dos relatórios;

4. A promoção de uma cultura de prevenção à corrupção deve ir além dos dirigentes e chefias, e ser ampliada a todos os trabalhadores das entidades, aos quais devem ser explicadas as medidas previstas para as suas unidades orgânicas;

5. Os Planos devem ser divulgados através do sítio da internet das entidades para promoção da transparência no Setor Público;

6. As entidades que responderam ao questionário consideram que os Planos de prevenção de riscos de corrupção são instrumentos de utilidade para a boa gestão pública;

7. Os Planos de prevenção de riscos de corrupção são reconhecidamente instrumentos com potencial para a promoção de uma cultura de prevenção de riscos, para a sistematização de procedimentos, para o incremento da transparência, do rigor e para a promoção da qualidade do serviço público.

Grosso modo, a grande questão é que, tanto em Portugal quanto no Brasil, a legislação e as agências anticorrupção não foram suficientes para evitar o fenômeno social da corrupção. Faltaram a ambos os países um senso maior de transparência, reforço de cidadania, *accountability* e uma cultura política intolerante às delinquências do homem público, principalmente em razão de populismo de seus governantes. Não por menos, em recente pesquisa da Transparência Internacional, metade da população portuguesa considera a corrupção um dos maiores problemas do país, sendo que os deputados e membros do Executivo são o grupo mais corrupto. O barômetro da Transparência Internacional mostra ainda que 80% dos portugueses consideram que o Estado sofre influência indevida do poder econômico, o que tem contribuído para o crescimento dos movimentos nacionalistas.<sup>1</sup>

---

1. Disponível em: <http://www.techitt.com/sera-corrupcao-grande-problema-portugal-portugueses-dizem-sim/>.

## **DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO: INTERDISCIPLINARIDADE SOCIAL E ATUALIDADE**

*Luiz Vicente de Carvalho | Karine Vasconcelos Omelczuk Loschiavo*

Os Direitos Ambiental e do Trabalho, por suas características essencialmente sociais, revelam garantias constitucionais e têm por primazia a proteção do indivíduo e sua consagração no meio ambiente em que está inserido.

O Direito do Trabalho contextualiza-se na Constituição Federal exatamente sob o viés de proteger e dignificar o ser humano, por meio da valorização da sua força de trabalho e promoção de suas habilidades sociais e pessoais a partir do labor.

O Direito Ambiental, por sua vez, tutela o meio ambiente natural e artificial (aqui compreendido aquele essencialmente construído pelo homem), com o intuito de dignificar o cidadão pela sadia qualidade de vida, nos exatos termos do artigo 225, da Constituição Federal.

É justamente neste ponto que as disciplinas interagem, para atingir o objetivo constitucional de proporcionar ao homem o desfrute do exercício de sua profissão, em um ambiente adequado às condições de segurança, medicina do trabalho e equilíbrio ambiental.

Esse equilíbrio abarca o Direito Ambiental em seu significado mais amplo. A tutela desse Direito representa a proteção do homem tanto na condição de trabalhador quanto de indivíduo inserido em uma sociedade, da qual o labor é apenas uma das garantias.

Nesta linha, a interdisciplinaridade do Direito Ambiental e do Trabalho cria um terceiro direito a ser tutelado: o Direito Ambiental do Trabalho.

O homem tem em sua essência a transformação conceitual da sociedade e do meio no qual está inserido. Nos idos das revoluções industriais, a humanidade vivenciou a transformação da produção

laborativa, antes predominantemente rural e artesanal, para o desenvolvimento da era industrial, o que alterou substancialmente o meio ambiente do trabalho, pela expansão das áreas fabris e transformação do meio ambiente natural em artificial.

Historicamente, no Brasil, a legislação constitucional tinha como premissa a expansão social por meio da construção de grandes cidades e centros expandidos. Isso é o que se pode observar da Constituição Federal vigente à época de Getúlio Vargas, então precursor da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que representa o exercício do direito social, hoje consubstanciado nos artigos 6º e 7º, da Constituição da República de 1988.

Com o passar dos anos e com o pleno exercício dessa característica humana de transformação social, a proteção ao meio ambiente, frente às condições sociais entranhadas em decorrência de um sem freio crescimento populacional, especialmente nas grandes cidades, que trouxe imensos prejuízos e danos ao meio ambiente do trabalho, natural e artificial, traz à tona o que podemos chamar de berço do trabalhador: as empresas.

Nesse processo social insere-se a adaptação das relações humanas, que, para tanto, precisam desenvolver regras para a existência de um ideal de justiça e, nesse norte, o direito é a premissa essencial à vida humana em sociedade.

Fica evidente que o objetivo do Direito Ambiental vai além da proteção da fauna e da flora, já que sua ampla atuação também engloba a tutela da qualidade de vida adequada para o cidadão em sociedade.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 154, estabeleceu que:

a observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.

Referido dispositivo de lei amplia a aplicação às relações de trabalho, de toda legislação Municipal, Estadual e Federal, editada para proteção ao meio ambiente do trabalho.

Parte do compêndio protetivo está na Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, com suas 38 Normas Regulamentadoras (NRs), que tratam das condições de segurança e proteção à saúde do trabalhador, nas mais variadas atividades e riscos existentes no ambiente laborativo.

Nada mais é do que o Direito Ambiental inserido, expressamente, no Direito do Trabalho.

No âmbito do direito internacional, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 148 e nº 155, ratificadas pelo Brasil, visam à proteção do trabalhador, respectivamente, quanto às condições salubres de trabalho e segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

Não se tem o propósito de desconstruir as grandes conquistas históricas das classes trabalhadora e industrial, já que a dignidade da pessoa humana não é estranha ao ambiente de trabalho.

Partindo do pressuposto de que o trabalho é essencial à vida humana e como tal tem seu grande valor, é capaz de fundamentar a nova tutela a ser realizada: o Direito Ambiental do Trabalho.

A definição de trabalhador vai além das regras previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, e as mais variadas atividades e exposições a riscos devem ser cuidadosamente avaliadas. E quando se trata de avaliação de risco ao trabalhador, não são observados unicamente os riscos físicos. Existem lesões psíquicas que abalam a saúde do homem, de maneira grave o suficiente para gerar danos passíveis de responsabilidade civil.

E nesta linha de tutela de interesses, as empresas, cada vez mais, são alvo de ações proativas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho, que, constatadas irregularidades, promovem o ajuizamento de ações civis públicas, em que são discutidos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com vultosas quantias envolvidas, relacionadas ao ressarcimento do dano moral e material coletivo, no afã de proteger o Direito Ambiental do Trabalho.

Nesse viés de preocupação, a sociedade observa a atuação administrativa e judicial, cada vez mais intensa, na busca por assegurar que empresas deem cumprimento à legislação trabalhista e ambiental.

Indústrias são, de perto, fiscalizadas por ações do Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público do Trabalho e Órgãos de Proteção ao Meio Ambiente, dado o potencial lesivo da produção para com o meio ambiente do trabalho, natural e artificial.

O equilíbrio e a saúde do trabalhador são amplamente tutelados, o que se pode verificar, inclusive, a partir do ajuizamento de ações individuais, em que são requeridas indenizações decorrentes de práticas de atos lesivos a saúde psíquica e física do trabalhador.

No ímpeto de contextualizar a atualidade do direito tutelado, trazemos julgados recentes, que envolvem a proteção do Direito Ambiental do Trabalho:

EMENTA: LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO . A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a desta Corte Superior firmaram-se no sentido de que o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para ajuizar ação civil pública para tutela de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos socialmente relevantes. No caso destes autos, o órgão ministerial requer sejam impostas obrigações de fazer e não fazer, a fim de compelir a ré a cumprir as normas de proteção ao meio ambiente do trabalho, consistentes em fazer com a empresa deixe de praticar ou continuar praticando ato caracterizador de assédio moral organizacional. Pede, ademais, indenização por dano moral coletivo. Esta ação civil pública visa tutelar normas de ordem pública, que se revestem, simultaneamente, de caráter difuso, coletivo e individual indisponível e homogêneo. De um lado, tem por escopo proteger direitos individuais indisponíveis e com repercussão social, uma vez que inerentes ao meio ambiente do trabalhador; por outro, o interesse da coletividade de trabalhadores de laborar em um meio ambiente de trabalho saudável; e, ainda mais, o interesse difuso de toda a sociedade, em ver concretizados a Constituição Federal e os direitos trabalhistas fundamentais. Assim, patente a legitimidade ativa e o interesse de agir do Ministério Público do Trabalho. Inteligência dos artigos 127, 129, III, da Constituição Federal; 5º, I, da Lei nº 7.347 /85; 1º, 6º, VII, e 83, I e III, da Lei Complementar nº 75 /93. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST. Processo

RR 995009120095030106. Órgão Julgador 7ª Turma. Publicação DEJT 23/10/2015. Relator Cláudio Mascarenhas Brandão)

EMENTA. Competência da justiça do trabalho. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho. Obrigação de não fazer consistente em abster-se o banco de utilizar empregados do setor administrativo para o transporte de valores. Obrigação de pagar indenização por dano moral coletivo. (TST. Processo RR 158000320085230041. Órgão Julgador 2ª Turma. Publicação DEJT 05/06/2015. Relator José Roberto Freire Pimenta)

Constrói-se, assim, o raciocínio da sobreposição dos bens tutelados: o direito ambiental e do trabalho, essencialmente sociais e, portanto, constitucionais, conjugados com a função social empresarial.

Não há produção sem força de trabalho; não há força de trabalho sem o ser humano; e não há ser humano sem um ambiente ecologicamente equilibrado e protegido.

Essa premissa, derradeiramente, busca conscientizar a população quanto à sua importância como indivíduo inserido e responsável que é pelo seu meio ambiente.

Não apenas as ações coletivas, mas também as ações trabalhistas individuais são cada dia mais presentes no Poder Judiciário, com o fito de requerer indenizações, para ressarcimento de danos causados.

Isso decorre da transmutação dos conceitos do que é aceitável, do que é regular e adequado ao homem médio, o que antes era impensado e andava à margem dos atuais conceitos de meio ambiente do trabalho e social sadios.

O planejamento empresarial deve, com isso, se atentar a essas questões que, a depender da proporção dos fatos, chegam, por vezes, a ações coletivas em prol de um grupo de trabalhadores.

Diante dessa dinâmica e frenética mudança conceitual dos direitos sociais, o Direito Ambiental do Trabalho está intimamente ligado ao planejamento da atividade empresarial, que deve ser uma das premissas fundamentais do regular exercício do trabalho.

Está, assim, o Direito Ambiental do Trabalho inserido de maneira definitiva nas relações sociais e remete-nos quase que instintivamente à proteção do meio ambiente. O homem não mais admitirá a prática de ações lesivas a esse patrimônio, de modo que as ações levadas ao Poder Judiciário terão mais força em seu cunho repressivo, o que

desencadeia a necessidade imperiosa de planejamento empresarial preventivo.

Concluimos, portanto, que a proteção ao meio ambiente do trabalho necessita de uma análise dos elementos da atividade empresarial, das condições de trabalho e dos riscos físicos, químicos, sociais e psicológicos, que podem trazer implicações ao indivíduo na qualidade de trabalhador, já que o desequilíbrio ambiental e ecológico inviabiliza a vida humana.

## **O DIAGNÓSTICO E A CURA**

*Rafael Villac Vicente de Carvalho*

No meio empresarial, em matéria de inovações legislativas, muito se tem discutido com relação à necessidade de medidas governamentais que visem à proteção do empreendedorismo, da livre iniciativa e da capacidade produtiva. Nesse contexto, recentemente muita atenção do meio jurídico tem sido dedicada à proteção jurídica do investimento privado, ao que se cunhou a sigla PJIP.<sup>1</sup>

É fato que, em países nos quais a PJIP é baixa, a atração de investimentos para atividades produtivas é, por consequência, também baixa, pois são raros os investidores que se aventuram a correr riscos regulatórios. Aqueles que se aventuram a realizar investimentos em jurisdições com PJIP baixa, deterioram a economia local, pois, em geral, repassam aos trabalhadores e consumidores locais muito do risco associado às suas atividades, como consequência lógica da busca pelo maior retorno.

A melhoria, simplificação e a correta e previsível aplicação do arcabouço legislativo que cerca o investimento privado têm se demonstrado como catalisadoras de investimentos, mesmo em locais com mercado consumidor inexpressivo, pois a globalização fez com que investidores tenham maior segurança jurídica em produzir bens e serviços em locais de elevada PJIP e dos quais possam exportá-los, ao invés de produzi-los em locais com grande concentração populacional – e, portanto, com mercado consumidor mais expressivo – mas de baixa PJIP.

---

1. COELHO, Fábio Ulhoa. O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 112, p. 237-255, jun.-set. 2015.

Por isso é que diversos Estados, com mercado consumidor inexpressivo, porém com elevada PJIPP, têm atraído, cada vez mais, investimentos privados, em detrimento de outros que, apesar de possuírem maior mercado consumidor, apresentam baixa PJIP. Só como exemplo podemos citar Cingapura, Emirados Árabes Unidos, Chile, Peru que, por possuírem, ou terem passado a priorizar a PJIP, têm sido capazes de atrair investimentos em detrimento de mercados muito maiores, incluindo o Brasil, nos quais, porém, a PJIP é baixa.

Em nosso país, no qual predomina um Estado historicamente paternalista, que se julga protetor dos pobres e oprimidos, os quais, aos olhos do Estado, são incapazes de gerir e cuidar de seus próprios interesses, ainda estamos longe de ser um local no qual a PJIP é uma realidade, pois aqui ainda prevalece a visão torta de que é no melhor interesse do Estado proteger aqueles que seriam mais vulneráveis economicamente em detrimento da atividade produtiva.

E isso se vê, nítida e principalmente, em duas situações que acompanham qualquer empresário brasileiro: (i) a facilidade com que, com canetadas, se desconsidera a personalidade jurídica atingindo os bens pessoais de sócios e (ii) a indevida e danosa intromissão do Poder Judiciário em contratos empresariais.

Apesar do conceito da personalidade jurídica ter sido uma das mais eficientes ficções criadas pelo sistema jurídico e ter sido responsável pela rápida expansão mercantilista e das atividades produtivas, já que segrega aquele patrimônio que o empresário está disposto a arriscar de seus demais bens, o que culmina com maior geração de riqueza, de empregos e recolhimento de impostos, tal princípio básico do capitalismo, infelizmente, tem sido relativizado no Brasil em diversas instâncias.

Apesar da personalidade jurídica ser, geralmente, respeitada em questões civis e comerciais, em razão do já mencionado caráter paternalista do Estado brasileiro, é costumeiro que a Justiça do Trabalho, que deveria aplicar o direito laboral de forma isonômica a empregadores e empregados, ao mesmo tempo que dá guarida à hipossuficiência do empregado, rasgue a lei federal (Código Civil) e, sem qualquer formalidade e sem observar as normas processuais que regem a matéria, violente o mais básico princípio da separação patrimonial e do sistema capitalista e espolie os bens dos sócios para que venham a responder pelas dívidas sociais de caráter empregatício.

Isto poderia ser louvável se o pagamento das verbas trabalhistas do empregado fosse o único efeito desta ilegalidade. Porém, o seu efeito é trágico e nefasto e, em última análise, se volta contra a própria classe trabalhadora, cuja ilegal decisão visava proteger.

Isto porque se os bens dos sócios podem vir a responder pelas dívidas sociais, mesmo não se configurando os requisitos estabelecidos pela lei – material e processual – para tanto, a PJIP diminui, aumentando o risco da atividade empresarial, o qual é repassado pelo empresário aos consumidores, na forma de aumento de preço, e à própria classe trabalhadora, na forma de criação de menos empregos e pagamentos de menores salários àqueles que são contratados.

O mesmo se observa em questões envolvendo o próprio Estado, como em causas envolvendo o fisco e questões ambientais, em que, não raro, o conceito de personalidade jurídica é sumária, indevida e ilegalmente desconsiderado, atingindo bens que não haviam sido alocados à atividade empresarial, deteriorando a base sobre a qual todo o sistema produtivo-empresarial deve se erigir.

Por outro lado, a indevida intromissão e revisão de contratos empresariais pelo Poder Judiciário também são mazelas que põem em risco a PJIP, pois tornam as decisões judiciais imprevisíveis, corroendo a credibilidade do poder que deveria se limitar a resolver os conflitos empresariais nos estritos limites daquilo que as partes legalmente contrataram.

A larga utilização da Lei de Arbitragem no Brasil deveria ser causa de regozijo, porém é, em grande parte, um efeito colateral da falta de confiança no Poder Judiciário para tratar de causas empresariais. Muitos empresários, mesmo cientes que os custos da arbitragem são muito superiores, preferem submeter seus conflitos comerciais para serem resolvidos por caríssimos árbitros que cobram com base em tabela de horas, porém cujas decisões são minimamente previsíveis e comercialmente adequadas, a pagarem as custas judiciais e apostarem na roleta-russa do Poder Judiciário, em que raros são os juízes acostumados a lidar com questões relacionadas ao dia a dia empresarial.

Novamente há um efeito que extrapola a relação das partes, pois sendo o custo de resolução de conflitos maior em um país com baixa PJIP como o Brasil, tal custo tem de ser repassado pelo empresário ao consumidor.

E é nesse cenário de baixa PJIP e de generalizada insegurança jurídica que uma nova iniciativa tem tomado corpo, com o claro objetivo de proteger a classe empresarial das mazelas que tornam o Brasil pessimamente colocado no *ranking Doing Business* do Banco Mundial: o Projeto de Código Comercial (PL 1.572/11, de autoria do Deputado Vicente Cândido, ora em trâmite na comissão especial da Câmara dos Deputados).

Diante deste diagnóstico, comum a todos que militam na área do direito empresarial, na defesa pela aprovação do Projeto de Código Comercial, tem-se argumentado que um sistema codificado, que reúna todas as normas esparsas do direito empresarial brasileiro, teria um efeito positivo para correta aplicação de suas regras, protegendo a livre-iniciativa, o investimento privado, com diminuição dos preços dos produtos e serviços, o que culminaria com aumento do emprego e melhoria do ambiente de negócios.

De fato, o direito positivado pode ser um catalisador das mudanças propagadas por aqueles que defendem o Projeto do Código Comercial. Todavia, pairam dúvidas se a cura proposta ao correto diagnóstico, com a codificação das normas de direito empresarial, serviria para eliminar os gargalos que sufocam a atividade produtiva no país.

De uma forma ou de outra, as principais leis que regulam o direito comercial brasileiro já vêm sendo aplicadas no dia a dia empresarial há muitos anos, sendo, em sua maioria, adequadas às atividades empresariais, possuindo mecanismos que protegem a classe empresarial. Somente como exemplo, temos a Lei das S.A., um marco legislativo que acaba de completar 40 anos e ainda se mantém atual; o Código de Defesa do Consumidor de 1990, que trouxe proteção legislativa às relações de consumo (mas que, não raras vezes, é aplicado indevidamente a contratos empresariais); o Código Civil de 2002, com sua parte dedicada ao direito de empresa; a Lei de Falências de 2005 e, no ano passado, o Novo Código de Processo Civil, que regula o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ademais, raras são as queixas das entidades empresariais sobre a inexistência de um sistema codificado que reúna as normas de direito empresarial. Tampouco se queixam os empresários da inadequação das atuais regras esparsas que regem o direito comercial. As queixas da comunidade empresarial são as mesmas que levam o Brasil a ter pífia colocação em *rankings* de realização de negócios (complexidade

do sistema tributário, burocracia, leis trabalhistas ultrapassadas, falta de previsibilidade das decisões judiciais, morosidade da justiça etc.).

Não nos parece que o Brasil padeça de um problema legislativo relacionado à proteção das atividades empresariais, apesar de modernizações e aperfeiçoamentos serem sempre necessários ao conjunto legislativo em razão da rápida modernização das relações humanas, com reflexos imediatos nas relações jurídicas e empresariais. Tais modernizações e aperfeiçoamentos podem ser realizados de forma muito mais simples, econômica, célere e eficaz do que por meio da condensação das normas de direito empresarial num só diploma legal, como se pretende fazer com o Projeto de Código Comercial, o qual, inclusive, é objeto de pesadas críticas.<sup>2</sup>

É louvável que existam iniciativas no país que visem proteger a classe empresarial, hoje tão sufocada por leis trabalhistas ultrapassadas, por um sistema tributário disfuncional, por questões burocráticas da época colonial e por um Poder Judiciário moroso e que teima em desconsiderar os princípios básicos que regem o direito empresarial.

Contudo, ao que nos parece, seria mais eficiente, e certamente menos custoso, que houvesse, antes de qualquer mudança legislativa, uma mudança cultural, a começar pela Faculdade de Direito e pela correta aplicação das atuais normas de Direito Comercial pelo Poder Judiciário, relacionada à importância e necessidade da classe empresarial para guindar o Brasil a um novo nível de desenvolvimento, por meio da qual reste claro e evidente que a atividade produtiva, realizada de forma consciente e juridicamente equilibrada, terá efeitos automáticos e positivos a todos aqueles que o Estado brasileiro, de forma torta e ineficaz, visa proteger em detrimento do empresário.

---

2. Vide editorial “A reforma do Código Comercial”. *O Estado de S. Paulo*, p. A3, 5 jan. 2016.



## **CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: AS CAUTELAS NECESSÁRIAS QUANTO AO SEU ENCERRAMENTO**

*Rodrigo Giordano de Castro | Luana Araújo dos Santos*

O que podemos esperar de 2017? Considerando os juros altíssimos, inflação acima da média e o índice de desemprego mais alto desde 2012, aliados a uma instabilidade política, assuntos tão discutidos nesses últimos tempos, nem sempre é possível começar o ano com a perspectiva de que haverá aumento de produção e, conseqüentemente, das vendas, o que certamente vem preocupando diversos setores da economia brasileira.

Com um cenário crítico, seguramente o melhor a se fazer é adotar medidas simples, porém eficazes, para, ao menos, tentar reduzir custos. Uma dessas medidas é a gestão dos contratos por parte das empresas, por meio da instituição de processos e procedimentos internos, já que gerir um contrato do começo ao fim é um ato de planejamento e controle, de forma a mitigar riscos e despesas desnecessárias. Esses temas, tão em moda em diversos setores, muitas vezes são esquecidos quando falamos em contratos.

A combinação de necessidade de atuação firme da área comercial das empresas (para gerar mais movimentação e incrementar lucro) aliada ao planejamento, controle e gestão de contratos a ela relacionados traz à tona um dos mais importantes modelos de negócios que, se por um lado, possui o poder de aumentar a oferta de produtos e, conseqüentemente, de vendas, por outro, pode causar desequilíbrio econômico no momento de seu encerramento: a representação comercial.

O contrato de representação comercial é um contrato típico, regulamentado por Lei específica (4.886/65), que busca viabilizar e estabilizar relações negociais, garantindo a presença da empresa em

mercados distantes, bem como racionalizar a circulação de bens e de serviços.

Em outras palavras, atividade de representação comercial se dá quando uma pessoa, física ou jurídica, devidamente registrada perante os Conselhos competentes, sem qualquer relação de emprego, obriga-se a obter pedidos de compra dos produtos fabricados ou comercializados pela empresa, recebendo retribuição mediante o pagamento de comissão. Além disso, a atividade do representante tem como consequência desejável a criação e consolidação de um novo flanco de mercado explorado pela empresa, que assume o papel de representada.

Assim é preciso debruçar-se um pouco mais sobre os cuidados a serem tomados pelas empresas, não apenas durante a vigência desse modelo contratual, mas, sobretudo, no seu encerramento, visto que, nos termos da Lei, além do pagamento de verbas que podem atingir considerável quantia, um encerramento sem as devidas cautelas pode ser motivo de disputas judiciais com alto custo envolvido.

A relação mantida entre o representante comercial e a empresa representada pode ser encerrada das seguintes formas: (i) por iniciativa do representante; ou (ii) por iniciativa da empresa – nesse caso, com mais desdobramentos – pela rescisão do contrato por justa causa e sem justa causa, tenha o contrato prazo determinado ou não.

Nos termos da Lei nº 4.886/65 quando se verifica a primeira hipótese, ou seja, quando a relação é rompida por iniciativa do próprio representante, nenhuma indenização deve a empresa pagar. Não seria justo, tampouco razoável que o representante, mesmo partindo dele a iniciativa do rompimento da relação, ainda assim recebesse alguma verba indenizatória pela rescisão.

A controvérsia se dá quando o interesse de colocar um ponto final na relação contratual parte da empresa – a segunda hipótese acima destacada.

O artigo 35 da já mencionada Lei é taxativo quanto aos motivos que legitimam a justa causa para o encerramento do contrato e, somente nessas hipóteses, não incidirá indenização, sendo devidas apenas as comissões e/ou diferenças até então apuradas.

Por outro lado, se o interesse no término da relação contratual não estiver amparado no rol do artigo 35 da Lei nº 4.886/65, a empresa

deverá pagar uma indenização ao representante e sua sistemática dependerá do prazo de vigência do contrato.

Se o contrato tiver prazo determinado – considera-se determinado apenas o prazo indicado num primeiro contrato, independente do prazo indicado na renovação ou aditamento<sup>1</sup> – a indenização corresponde à média mensal de comissão multiplicada pela metade dos meses faltantes da vigência pactuada.

No entanto, caso a relação contratual seja por prazo indeterminado, além da denúncia com 30 dias de antecedência (que pode ser indenizada com o pagamento de valor equivalente à média das comissões pagas nos últimos 3 meses), incidirá também uma indenização equivalente a 1/12 do total das comissões recebidas durante toda a vigência contratual, devidamente corrigidas desde a data de cada pagamento.

Oportuno destacar que se a relação contratual vigora há muitos anos a depender dos valores pagos a título de comissão, a indenização ao representante comercial pode atingir valores altíssimos – o que representa um alto custo, muitas vezes não contingenciado pelas empresas. A contingência dessa verba, portanto, seria uma medida preventiva e que evitaria um “desencaixe” no fluxo de caixa caso a rescisão ocorra nesses termos.

Após delinear os brevemente as hipóteses de encerramento do contrato de representação comercial, em qualquer uma delas o que se verifica, na prática, é que esse encerramento se dá sem que algumas peculiaridades sejam observadas, o que acaba por trazer uma maior exposição à empresa em termos de uma potencial ação judicial questionando fatores que, se bem amarrados por documento específico, ofereceriam maiores probabilidades de não se tornarem efetivos prejuízos.

Assim, para que a empresa tenha o mínimo de segurança caso resolva encerrar a relação contratual mantida com o representante

1. O que, nos termos do artigo 27, §§ 2º e 3º, da Lei nº 4.886/65, tem efeito de prorrogação do contrato por prazo indeterminado:

Art. 27.

[...]

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado.

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

comercial, aconselha-se que além de um contrato bem redigido, com a clara definição de suas cláusulas, haja cientificação formal do representante acerca dos inadimplementos contratuais (nos casos de justa causa) ou da simples intenção de encerrar o contrato (nos casos sem justa causa). Nesta última hipótese, a comunicação deve assumir caráter de aviso prévio sobre a rescisão contratual, evitando, assim, o pagamento da multa indicada no artigo 34 da Lei nº 4.886/65. Essa medida, a depender do volume de negócios gerados em decorrência da relação que será encerrada, pode poupar uma quantia considerável.

Ainda que esses cuidados sejam observados, independentemente das razões para término do contrato, a empresa continuará exposta ao pagamento de eventuais valores se não formalizar o encerramento da relação por meio do distrato, instrumento capaz de delinear as condições e causas do encerramento da relação, bem como dificultar (ou até mesmo impedir) possíveis discussões sobre o pagamento de comissões e/ou indenização eventualmente pagas.

Importante ressaltar que é indispensável que no distrato sejam especificadas todas as verbas pagas ao representante comercial em razão do término contratual de forma individualizada e específica, sejam elas decorrentes de comissões pendentes, pagas a menor ou de natureza indenizatória. Isso porque nos termos da jurisprudência aplicável ao tema, essa é a maneira mais segura e eficaz de se obter o caráter liberatório do distrato.

Não se recomenda, portanto, a elaboração de termo de distrato de relação de representação comercial com a inserção da tradicional cláusula de quitação genérica, o que permitiria, em tese, discussão sobre direitos e verbas que não estivessem especificamente contempladas pelo documento que entabula o distrato. O risco reside na possibilidade de aplicação de entendimento de que quitação outorgada de forma genérica, mas relativa a obtenção de parte do direito legalmente assegurado, não traduz renúncia a este direito e, muito menos, extinção da obrigação.

Por fim, como não se pode tolher de ninguém o direito de ação, constitucionalmente garantido, ainda que sejam observadas as cautelas necessárias quando do encerramento do contrato de representação comercial, a empresa não estará totalmente livre de demandas judiciais. Contudo, as possibilidades de êxito de um possível questionamento sofrem uma drástica queda quando

em resposta se apresenta um documento firme, específico e bem elaborado que não deixa dúvidas sobre a transação havida entre a empresa e o representante, tornando seguro o encerramento da relação entre as partes.

Embora não se tenha esgotado todas as considerações relativas ao contrato de representação comercial, já que se trata de uma relação com muitos detalhes, importante destacar que a atuação preventiva – tanto jurídica quanto de gestão propriamente dita – é extremamente eficaz, para que se evitem litígios, ou, ao menos, sejam mitigados seus riscos. A adoção de comportamentos e decisões amparadas no ordenamento jurídico e pautadas pela conduta ética e moral, desde a formação até o efetivo encerramento do contrato, são medidas salutares que contribuem para que se evitem prejuízos futuros.



## **AS NECESSÁRIAS ALTERAÇÕES PARA O DIREITO DAS EMPRESAS MINIMIZAR OS EFEITOS DA CRISE DAS EMPRESAS<sup>1</sup>**

*Ana Luisa Porto Borges | Rogério Silva Fonseca*

O ano de 2016 bateu o recorde em pedidos de recuperação judicial de empresas. Para termos uma ideia da dimensão, basta verificar os números em relação aos anos anteriores.

Desde a entrada em vigor da Lei, em junho de 2005, os números não param de crescer, sendo que 2016 teve um aumento de 45% em relação ao ano anterior. Em 2014 tivemos 828 pedidos de recuperação judicial, em 2015 foram 1.287 e no ano de 2016 fechamos com 1.863 pedidos, sendo que somente no mês de dezembro foram ajuizados 145 pedidos.

Não há dúvidas de que a recessão no país prejudicou a geração de caixa das empresas que, para enfrentar o crédito mais caro e escasso, se viram com poucas opções, entre elas o ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

A questão é: a Lei nº 11.101/2005 tem dispositivos suficientes para de forma efetiva possibilitar a recuperação das empresas?

Vale lembrar que a Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 tramitou por longos 10 anos no Congresso Nacional. A longa tramitação se deu pelo desejo de alterar profundamente o sistema falimentar vigente, buscando a manutenção da atividade produtiva, dos empregos e da fonte geradora de tributos.

Já no seu nascedouro, juristas de peso apontaram problemas que poderiam surgir com a sanção do texto aprovado, mas também não deixaram de elogiar a mudança de paradigma, especialmente, em relação à mudança dos princípios do sistema falimentar.

---

1. O direito concursal vem sendo designado como “direito das empresas em crise”.

O fato é que após quase 11 anos da sua sanção e vigência, nítido que a Lei nº 11.101/2005 precisa ser alterada, para que possa auxiliar as empresas em crise e a própria lei sair da crise que se encontra atualmente.

A seguir, sem esgotar o tema e sem o aprofundamento devido, relacionamos parte das mudanças que devem ser realizadas e que são reiteradamente mencionadas como necessárias por todos os segmentos, leia-se, credores, devedores, trabalhadores e aplicadores do direito.

A demora, para o empresário, a aceitar a opção do pedido de recuperação judicial, invariavelmente, traz consequências para a viabilidade do plano de recuperação judicial e a consequente saída da empresa da crise.

Apesar de ser um aspecto fático, acredita-se que essa conduta pode ser alterada com modificações no texto legislativo, isso porque, a empresa que pede recuperação judicial perde qualquer possibilidade de obter crédito, uma vez que o pedido de recuperação judicial é visto como um verdadeiro atestado de incapacidade financeira.

Tal fato se dá porque a regulação do mercado bancário não facilita às instituições financeiras que forneçam crédito novo a empresas em recuperação judicial. Pelo contrário, de acordo com a Resolução do Banco Central do Brasil 2.682, de 21 de dezembro de 1999, empresas em recuperação ostentam a pior classificação de risco para operações de crédito bancário (art. 1º, IX, c/c art. 2º, da Resolução do Banco Central do Brasil 2.682/1999). Por conseguinte, as instituições financeiras que fornecerem crédito a empresas em recuperação são obrigadas a provisionar a integralidade do valor emprestado. Ou seja, a regulação bancária em nada auxilia ou facilita o empréstimo das instituições financeiras às empresas de recuperação judicial. Primeiro, porque como dito, a recuperação judicial, em si, já gera um empréstimo de alto risco; segundo, porque as regras bancárias impõem um pesado ônus às instituições financeiras que optarem ou quiserem financiar empresas em recuperação judicial, pois, além do valor emprestado à empresa, a instituição financeira é obrigada a deixar parado, sem investir, outro tanto.

Essas razões, por óbvio, determinam uma elevadíssima taxa de juros cobrada em operações de financiamento de empresas em

recuperação, porque deve ser capaz de remunerar o valor emprestado e mais o valor que não pode ser emprestado por estar provisionado.

Com altas taxas de juros, os empréstimos bancários não viabilizam que empresas em crise financeira possam se reestruturar ou se tornam proibitivos para as empresas em recuperação judicial.

O *debtor-in-possession financing* ou, simplesmente, *DIP Financing* é o mecanismo que viabiliza a abertura de novas linhas de crédito; o financiamento DIP é disciplinado no *Chapter 11* pela Seção 364 do *Bankruptcy Code*, que estabelece generosos incentivos legais para que financiadores emprestem recursos em operações *DIP*. A Seção 364 é sugestivamente intitulada “*obtaining credit*”. Em comum, todas as modalidades de financiamento *DIP* asseguram aos financiadores prioridade no pagamento em relação aos credores existentes e mais, *DIP* significa que a empresa que pede *bankruptcy* em conformidade com o *Chapter 11* continua a administrar e dispor de seus bens ao longo do processo de reorganização. Por esse motivo, por *DIP financing* designa-se todo o financiamento concedido *post-petition* de *bankruptcy* pelo *Chapter 11*, isto é, aquele concedido à empresa que protocolou pedido de reorganização judicial.

Apesar da Lei de Recuperação de Empresas e Falências possuir regras análogas às adotadas no direito norte-americano. As dificuldades que as empresas brasileiras encontram em se financiar em processos de recuperação judicial se dá pela insegurança jurídica de que os financiadores terão a proteção ao DIP, faltam ainda regras procedimentais que tratam de como o pedido de autorização do DIP é endereçado ao juiz e, sobretudo, regras que confirmam estabilidade à decisão de autorização do DIP, portanto, mecanismos devem obrigatoriamente ser criados para que realmente haja o incentivo à concessão de crédito, atribuindo ao credor, entre outros mecanismos, o recebimento de seu crédito na própria recuperação judicial.

Outra alteração necessária, e muito mais simples, mas que traria, sem dúvidas, inúmeros benefícios é a introdução à possibilidade da opção do foro. Atualmente, o foro competente é do local em que a devedora possui o seu principal estabelecimento comercial.

A razão para fixar a competência do local do estabelecimento é facilitar aos credores o acompanhamento do processo e a participação na Assembleia Geral de Credores.

Todavia, atualmente com a implementação do Processo Judicial Eletrônico (PJE) e também com a atuação do Administrador Judicial que facilita sempre mais o acesso dos credores, inclusive, com ampla atualização de tecnologia (implementação de sites, entre outros), não há dúvida que manter a possibilidade de fixar competência em Comarca com Varas Especializadas somente pode permitir um andamento mais fluido a recuperação judicial, afetando de forma direta e favorável todos os envolvidos, inclusive, os credores.

Como se sabe, foram criadas Varas Regionais e Câmaras Especializadas em determinadas Comarcas e Estado, a implementação dessas Varas em um país tão grande é totalmente inviável, por outro lado, submeter a um magistrado, por vezes em início de carreira e também cumulando diversas questões de ramos do direito, prejudica sobremaneira a entrega do direito ao jurisdicionado, inclusive, pelos infundáveis desdobramentos e incidentes que gera uma recuperação judicial.

A questão, apesar de simples, poderá evitar discrepâncias existentes de interpretações da lei que podem ser funestas não só a empresa em recuperação judicial como também aos credores e à comunidade como um todo.

As alterações sugeridas, longe de esgotar o assunto, demonstram a necessidade do aprimoramento da Lei nº 11.101/2005 para que as empresas possam utilizar essa ferramenta para efetivamente saírem da crise e se tornarem viáveis cumprindo assim a sua função social.

# PAUTA (SINDICAL) DE REIVINDICAÇÕES EMPRESARIAL

*Carlos Eduardo Dantas Costa*

## I. Contextualização

A Operação Lava Jato já reescreveu (e continuará, por algum tempo, reescrevendo) a história recente do Brasil.

Tudo o que até aqui já veio à tona – e que parece ser apenas a ponta de um *iceberg* – tem gerado reflexos, até então inimagináveis, em todas as esferas do Poder e, como consequência, também vem influenciando nosso modelo econômico, tendências legislativas e posicionamentos jurisprudenciais.

Para comprovar este fato, tomemos, como exemplo, a frase do então Ministro-Chefe da Secretaria de Governo, Geddel Vieira Lima,<sup>1</sup> que comparou a necessidade de reforma trabalhista a uma injeção, afirmando ser dolorosa, porém necessária, e que fará com que o país se sinta melhor em breve.

Ainda para evidenciar essa mudança de tendências, vale lembrar que Gilmar Mendes, Ministro do STF, apresentou duras críticas ao TST que, segundo ele, desfavorece as empresas e adota uma “hiperproteção” dos trabalhadores. Na ocasião, chegou a afirmar que:

O TST é formado por pessoas que poderiam integrar até um tribunal da antiga União Soviética, salvo que lá não tinha

---

1. Pouco tempo depois da declaração, o próprio Ministro Geddel foi acusado de pressionar indevidamente o então Ministro da Cultura, Marcelo Calero, para interferir em parecer do Iphan (órgão vinculado ao Ministério da Cultura), de modo a revogar parecer desfavorável à construção de empreendimento imobiliário em área tombada em Salvador, no qual tinha interesse. Ambos abandonaram o Governo.

tribunal. [...] Eles (integrantes do TST) têm uma concepção de má vontade com o capital.<sup>2</sup>

Na mesma linha, até mesmo o Presidente do TST, Ministro Ives Gandra da Silva Martins, recomendou a mudança do entendimento que limita as terceirizações; declarou-se favorável à reforma trabalhista; e criticou o TST por favorecer os trabalhadores em suas decisões.

Até bem pouco tempo (época da gestão Petista: ☆01-01-2013 | † 31-08-2016) falar-se em reforma trabalhista no Brasil, com viés liberal (leia-se: “flexibilização”), era visto quase como um palavrão, porém, ao que parece, o Governo atual está mesmo disposto a comprar uma briga que seus antecessores não quiseram.

A essa altura, você, que está lendo esse artigo, deve estar se perguntado o que tudo isso tem a ver com o movimento sindical e, mais especialmente, com a mencionada “Pauta (Sindical) de Reivindicações Empresarial”.

A resposta é: absolutamente tudo (!), como veremos a seguir.

## II. A cultura sindical empresarial e os novos tempos

Ressalvadas todas as críticas que merece,<sup>3</sup> nosso modelo sindical tem, como figura central, a negociação coletiva de trabalho,<sup>4</sup> instrumento pelo qual é dada às partes (empregados e *empregadores*) a possibilidade de ajustar as condições de trabalho.

Uma das grandes bandeiras do Governo Temer, a reforma trabalhista foi enviada ao Congresso por meio do Projeto de Lei nº 6.787/2016, em 23-12-2016.

Lá, está prevista a alteração do artigo 611, da CLT, de modo a autorizar a famigerada “prevalência do negociado sobre o legislado”,

2. Ministro do STF Gilmar Mendes, em palestra durante evento promovido pela Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib) e pela Câmara Americana de Comércio (Amcham), em 21-10-2016.

3. Sugiro, para aprofundamento dessas críticas, a leitura do artigo: “Dinheiro e poder: os chifres do Diabo na estrutura sindical brasileira”. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/dinheiro-e-poder-os-chifres-do-diabo-na-estrutura-dantas-costa?trk=mp-author-card>.

4. Constituição Federal, art. 7º, XXVI: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI – *reconhecimento* das convenções e acordos coletivos de trabalho.

ou seja, a alteração confere força de lei aos acordos e convenções coletivas de trabalho, quando dispuserem acerca de um rol de direitos lá elencados.<sup>5</sup>

Aqui, cabe uma explicação mais detalhada: hoje, já existe, na Constituição Federal, um dispositivo (art. 7º, XXVI) que prevê o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Contudo, não estão claramente definidos quais os direitos passíveis de negociação, nem tampouco os limites do que pode ser objeto de negociação.

Essa limitação, na prática, é feita, a duríssimas penas, pelo Poder Judiciário. Com isso, convenções e acordos coletivos de trabalho discutidos e negociados pelas partes são, por vezes, simplesmente desconsiderados, criando passivos que até então inexistiam e descreditando, ainda mais, nosso já tão questionado modelo sindical.

O Projeto de Lei promete dar maior clareza e, com isso, segurança jurídica às partes, acerca daquilo que poderá ser objeto de negociação.

O cenário, como se vê, é otimista e aponta para a evolução das relações sindicais. Entretanto, ainda falta a quebra de um grande paradigma para as empresas, no que diz respeito à forma com que elas lidam e interagem com as respectivas entidades sindicais.

Explico: independentemente da aprovação ou não do Projeto de Lei e as inovações nele contidas, a legislação que já está posta é suficiente para a tão esperada modernização e adaptabilidade das relações trabalhistas.

Já há muito tempo, por meio de normas coletivas, fruto de negociação sindical, é possível planejar e, mais do que isso, sempre que necessário “calibrar” os rumos das relações de trabalho, criando regramentos próprios, específicos e mais adequados às necessidades das partes envolvidas.

Os sindicatos, que têm na negociação coletiva sua “atividade-fim” (para usar uma expressão que cada vez mais vai ficando no passado), sempre estiveram atentos a isso e usam de suas pautas de reivindicações para mover a roda das relações trabalhistas a favor de seus representados.

5. Para conhecer melhor o teor dos direitos passíveis de negociação, com base no Projeto, recomendo a leitura do artigo “A tentativa de modernização das normas trabalhistas através do Projeto de Lei nº 6.787/2016”, neste mesmo livro.

De outro lado, mesmo diante desse universo de possibilidades, a cultura empresarial sindical faz com que as empresas, em sua grande maioria, apenas figurem nessa relação como um verdadeiro *Sparring*, recebendo as investidas sindicais e tentando, o quanto possível, esquivar-se dos golpes, mas nunca buscando o ataque.

O “ataque”, acima referido, não deve ser entendido como uma atitude de confronto ou combate, mas, sim, como uma postura ativa, por intermédio da qual se toma a iniciativa de buscar a entidade sindical, com a finalidade de apresentar uma pauta de reivindicações e interesses empresariais a serem defendidos e implementados.

O *Labor Planning* amparado na negociação coletiva de trabalho permite colocar em funcionamento, com segurança jurídica, um amplo conjunto integrado de medidas, visando à redução de custos e otimização dos recursos disponíveis.

Apenas para dar alguns poucos exemplos, é possível falarmos em (i) formas alternativas de remuneração variável; (ii) jornadas de trabalho diferenciadas; (iii) contratos de trabalho com condições específicas e mais adequadas às necessidades empresariais; (iv) administração de crises, dentre outros.

### **III. Considerações finais e conclusão**

As empresas devem buscar uma espécie de *reset*, seguido da instalação de novos *mindsets*, que permitam abandonar a timidez e repensar a forma com que lidam com os sindicatos, passando a organizar e defender medidas que lhes interessem e possam colaborar para o êxito do negócio. Enfim, também devem apresentar suas próprias pautas de reivindicações.

Aqui pode estar a verdadeira “Eureka!” de nossas relações trabalhistas.

Por óbvio, a proposta aqui apresentada dá bastante trabalho e não é tarefa simples. Contudo, os resultados obtidos são animadores e, por vezes, podem ser decisivos ou, no mínimo, significar melhora da competitividade.

Temos, agora, que investir e apoiar o amadurecimento das relações sindicais.

Esse é o caminho!

## **A TENTATIVA DE MODERNIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS ATRAVÉS DO PROJETO DE LEI Nº 6.787/2016**

*André Villac Polinesio | Lisandra Melo de Souza | Elisa Balthazar Ferrari*

De acordo com o Governo, a CLT, que foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, sofrendo, após, modificações, precisa ser atualizada, por não conseguir atender, de maneira adequada, todos os setores da economia.

Lembre-se de que a norma legal, que atualmente codifica as regras do direito laboral, foi editada sob a ótica de uma relação empregatícia totalmente distinta daquela dos dias atuais, sendo certo que, infelizmente, o dinamismo das atuais relações sociais esbarra no caráter burocrático e limitativo da CLT.

Não podemos deixar de mencionar que, com o passar dos anos, as relações de trabalho foram se modernizando e tornando-se mais complexas, com uso de tecnologias inovadoras, maquinários cada dia mais sofisticados, aumento significativo do polo industrial, surgimento de multinacionais, novas oportunidades no mercado exterior, estabelecimento de regras e cláusulas contratuais que até então inexistiam (citamos, a título de exemplo, as cláusulas restritivas de liberdade, o *hiring bonus*, a PLR, o bônus de retenção, o *home office*, dentre tantas outras); não tendo a CLT acompanhado adequadamente essa evolução.

Diante desse cenário, empresários pedem, há anos, a modernização desses dispositivos legais, sendo certo que, nesse período, boa parte das tentativas foram quase que inócuas, como é o caso do *Lay-Off* (artigo 476-A, da CLT); Banco de Horas (artigo 59, §2º, da CLT), Programa de Proteção ao Emprego (PPE) ou Programa Seguro-Emprego (PSE) (Lei nº 13.189/2015), contratos por prazo determinado, conforme Lei nº 9.601/1998), dentre tantas outras.

Nova tentativa se dará, nesse momento, pela proposta de reforma trabalhista, fundamentada no Projeto de Lei nº 6787/2016.

Do referido projeto, destacamos a pretensão de inclusão do artigo 611-A, na CLT, que teria a seguinte redação: “*A convenção ou acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre*”, admitindo-se, assim, que poderão ser negociadas entre as partes (Sindicato Profissional e Patronal ou Sindicato Profissional e empregadores), as seguintes regras:

- 1) *Parcelamento das férias anuais em até três vezes*, com pagamento proporcional aos respectivos períodos, sendo que uma das frações deve corresponder ao menos duas semanas ininterruptas de trabalho;
- 2) *Jornada de trabalho* – a jornada de trabalho poderá ser diferente da de 8 horas diárias e 44 horas semanais, podendo ser estabelecida jornada parcial, limitada, por exemplo, a vinte horas mensais;
- 3) *Participação nos lucros e resultados* – o acordo coletivo poderá definir as regras para a participação nos lucros e resultados, incluindo parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas;
- 4) *Horas in itinere ou tempo de deslocamento* – trabalhadores que vão e voltam ao emprego em transporte oferecido pela empresa poderão estabelecer regras específicas quanto ao cômputo de tal período como jornada de trabalho, inclusive apenas parcial período;
- 5) *Intervalo intrajornada*, respeitado o limite mínimo de 30 minutos. Pela proposta do Governo, poderá ser negociado da forma que melhor convier para o patrão e empregado;
- 6) *Ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria – extensão de acordo coletivo após a expiração*. A proposta do Governo prevê que as partes podem concordar com a extensão de um acordo coletivo após sua expiração. Neste ponto, importante faz-se destacar que a CLT, em seus artigos 613 e seguintes, estipula um prazo de validade para esses acordos, portanto, são de prazo determinado, não podendo ser renovados automaticamente;
- 7) *Entrada no Programa de Seguro-Emprego* – Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015 – trabalhadores e empregadores,

de acordo com o projeto de lei, deverão decidir juntos sobre a entrada no Programa de Seguro-Emprego (PSE);

8) *Plano de cargos e salários*. O estabelecimento de um plano de cargos e salários também ficará a cargo das negociações entre trabalhadores e empregadores;

9) *Regulamento empresarial*. O regulamento pode ser uma via de mão única, mas se for discutido coletivamente, pode ser vedada qualquer discussão no judiciário;

10) *Banco de horas* – as negociações em relação a banco de horas ficarão nas mãos das partes, de acordo com o projeto de lei. No entanto, fica garantido o acréscimo de 50% no valor pago pela hora extra;

11) *Remuneração por produtividade* – a remuneração por produtividade será decidida também em acordo coletivo, por exemplo, temos as gorjetas;

12) *Trabalho remoto* – cada vez mais comum, as regras sobre o trabalho por telefone, internet e *smartphone*, pois estamos vivendo um mundo moderno, com avanço em tecnologia a cada dia. Ficará nas mãos de trabalhadores e empregadores, adequar a realidade à proposta de lei;

13) *Registro de ponto* – a forma de registro e acompanhamento de ponto pode ser definida em acordo coletivo.

Há de se ponderar, ainda, que alguns direitos não poderão ser negociados, tais como:

1) *FGTS*;

2) *13º salário*;

3) *seguro-desemprego e salário-família* (benefícios previdenciários);

4) *remuneração da hora de 50% acima da hora normal*;

5) *licença-maternidade de 120 dias*;

6) *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*, sendo no mínimo de 30 dias e normas relativas à segurança e saúde do trabalhador.

Todavia, uma vez mais, entendemos que o Governo incide no mesmo erro das tentativas anteriores (conforme exemplos

citados), qual seja: a necessidade de envolvimento do Sindicato e obrigatoriedade de celebração de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, para validade dessas novas regras, o que tende a dificultar a efetividade da pretendida “modernização”.

Ademais, não podemos deixar de mencionar que, infelizmente, para alguns dos itens constantes do referido Projeto, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já possui entendimento pacificado sobre os assuntos, alguns deles contrários à pretensão exposta no Projeto, o que poderá trazer ainda mais insegurança jurídica aos empregadores, o que tende a desestimular ainda mais a adoção de tais medidas.

Resta-nos, assim, aguardar a tramitação do referido Projeto, que deverá enfrentar ainda muitas discussões e alterações.

Entretanto, da forma com que está apresentado, entendemos que as chances de efetiva “modernização” são efetivamente baixas, deixando o Governo de enfrentar o efetivo problema de nossa legislação, que é seu caráter protecionista e altamente custoso ao empregador.

## **O BOATO COMO ELEMENTO DE DESCONSTRUÇÃO DA IMAGEM**

*Antonio Carlos Aguiar | Poliana Banqueri da Silva Guimarães |*

*Rodrigo Meni Reis Calovi Fagundes*

2016 ficou, definitivamente e sob a perspectiva global, para a história.

O Reino Unido, depois de 44 anos, decidiu abandonar a União Europeia; Barack Obama protagonizou visita a Hiroshima, palco, durante a II Guerra Mundial, de um dos mais agressivos ataques bélicos de todos os tempos, conduzido pelos Estados Unidos, e Cuba, histórico rival estadunidense; Bob Dylan, quebrando paradigmas, conquistou o Prêmio Nobel de Literatura; Donald Trump, empresário multimilionário e ex-apresentador de TV, foi eleito o presidente dos Estados Unidos, apesar de contar com menos votos diretos da população americana do que sua rival, Hillary Clinton (a definição se deu em razão da supremacia do Republicano no voto dos chamados Delegados, figura importante no sistema federativo estadunidense).

Em âmbito nacional, a situação não foi diferente: os escândalos de corrupção descobertos em 2015, envolvendo algumas das principais empresas brasileiras, continuaram a propagar seus efeitos, resultando na (antes inimaginável) prisão de parlamentares e, inclusive, no *impeachment* da presidente Dilma Rousseff (o segundo na recente democracia brasileira). Sem adentrar, aqui, no mérito a respeito da correção, sob os prismas jurídico e político, de cada uma das etapas da condução do processo de mudança pelo qual passa o país – que está longe de ser o objeto de estudo proposto –, fato é que novos paradigmas vêm sendo construídos. A realidade brasileira, hoje, é de verdadeira revolução; o Brasil está sendo passado a limpo.

Embora a conclusão individualizada seja verdadeira, o ano, na realidade, consolidou circunstâncias inerentes ao atual contexto histórico, pós-moderno em todos os aspectos. O mundo,

inquestionavelmente, mudou. A evidência é tamanha que a afirmação, curiosamente, embora nova, chega ao ponto de ser ultrapassada. Muito pouco do hoje se assemelha ao ontem, assim como há a certeza de que muito pouco do amanhã se assemelhará ao hoje. O ritmo da vida, das relações sociais e, mesmo, da história foi, está e permanecerá determinante e definitivamente alterado. E a tecnologia é a maior responsável por tal constatação.

Afinal, a tecnologia, além de, efetivamente, modificar a dinâmica da vida sob as perspectivas social, econômica, empresarial, profissional, etc., mudou, também, a forma pela qual se concretiza o acesso à informação e a propagação respectiva. O fenômeno das redes sociais não deixa margem a dúvida: atualmente, qualquer um possui um espaço específico (o chamado “perfil”) para compartilhar com sua rede de contatos (e, porque não, com o mundo todo) notícias, sentimentos e opiniões sobre tudo, absolutamente qualquer coisa. Mais ainda: caso ocorra uma aceitação em massa daquela notícia, sentimento ou opinião, a republicação provavelmente será exponencial, atingindo (e influenciando) um incontável e imensurável contingente de indivíduos, no fenômeno hoje chamado de “viralização”. Em outras palavras, o poder da influência de pensamento não é mais exclusividade dos veículos da imprensa e da grande mídia, muito embora eles ainda possuam grande força sob o viés da disseminação de conceitos e concepções. Atualmente, todos possuem voz e o poder de serem ouvidos; a democracia digital consagra, em última instância, a ideia de que “todo o poder emana do povo”, preceito consagrado na Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Nem tudo, todavia, são flores. Não obstante a tecnologia sirva, realmente, para a democratização da opinião, há, em contraposição, elemento que, se mal utilizado, compromete qualquer noção de liberdade que, a princípio, provém do cenário: no Mundo Virtual, todos são (ou, ao menos, podem ser) anônimos. Isso significa, ao final e ao cabo, que ninguém precisa assumir a responsabilidade por aquilo que profere em meio virtual; basta que se crie um “perfil” falso (“fake”) e, então, não se conseguirá definir, com precisão, a fonte da informação; o nome virtual não necessariamente encontrará correspondência no mundo real. Não são necessárias grandes elucubrações para que se enxergue a problemática da questão: o abuso da livre propagação de

informações se torna muito mais simples, ninguém saberá quem deu início à mentira, que, como já explicado, se possuir adesão maciça, “viralizará” e, no fim das contas, será tida, pelo grande público, como verdade (ou “pós-verdade” – *“post-truth”* –, adjetivo eleito pelo Dicionário Oxford como palavra do ano e que, segundo a entidade, “se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”<sup>1</sup>). Aqui, vale o provérbio “mentiras repetidas à exaustão viram verdades”, consagrado, curiosamente, por Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda de Adolf Hitler.

Amplia-se, assim, a possibilidade de criação e propagação de boatos, informações que, circunstancialmente, podem se demonstrar verdadeiras ou falsas, mas apresentam a característica comum de não possuírem fundamento em investigação ou comprovação de seu conteúdo; são “achismos”; opiniões que, sem o necessário subsídio, são apresentadas como fatos. Aliás, não apenas se aumenta a facilidade do início do boato, mas, também e especialmente, o rol de possíveis vítimas (que, em análise generalista, podem ser quaisquer indivíduos). Nesse sentido, ensinamento do advogado estadunidense Cass R. Sunstein, especialmente dedicado ao estudo dos boatos:

Na era da internet, tornou-se fácil espalhar boatos falsos ou enganosos praticamente sobre qualquer pessoa. Um estudante de ensino médio, um vendedor, um professor universitário, um banqueiro, um empregador, um corretor de seguros, um corretor de imóveis – cada um desses está vulnerável a uma acusação não comprovada que poderá gerar um efeito doloroso, prejudicial ou até mesmo devastador. Se uma alegação de má conduta aparecer na internet, aqueles que pesquisarem no Google o nome em questão ficarão sabendo dela imediatamente. A alegação servirá para definir a pessoa. (Pode até acabar constando da Wikipédia, ao menos por algum tempo.) O boato pode implicar organizações assim como indivíduos – a Central Intelligence Agency, a General Motors, o Bank of America, os Boy Scouts (Escoteiros), a Igreja Católica. Os conteúdos da internet têm grande longevidade. Na prática,

---

1. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>. Acesso em: 1 jan. 2017.

podem até continuar lá para sempre. Por esse motivo, um boato falso pode ter um efeito prolongado.<sup>2</sup>

Desse modo, passa a ser muito tênue a linha entre, de um lado, liberdade<sup>3</sup> e democracia e, do outro, cerceamento de direitos. Um boato mentiroso que se propague para a multidão e seja aceito como (pós-)verdade pode ter como consequência final o prejuízo à imagem, à honra ou, mesmo, à “sobrevivência” do ser (seja ele um indivíduo ou uma empresa).

Tratando-se o alvo do boato de um indivíduo (pessoa física), é possível que haja, como resultado do processo difamação, prejuízo às suas relações sociais, situação que enseja dano à própria natureza da pessoa humana e, conseqüentemente, à sua existência (dano existencial). Afinal, como leciona Alaôr Caffé Alves:

Se a organização social não se reduz a uma simples soma de práticas interindividuais, o indivíduo enquanto tal, por paradoxal que pareça, só pode ser considerado como uma instância abstrata, exatamente porque sua caracterização não decorre de uma singular “natureza” que por si só o especifique como indivíduo personalizado e autônomo. O indivíduo, enquanto tal, não pode ser a expressão material de uma essência plena inserida em cada ser humano. O ser humano é antes um produto resultante de relações materiais entre eles. Eles produzem bens e os trocam entre si, perfazendo cada um a condição de existência dos outros. Eles são socialmente interdependentes, no estrito sentido da interdependência mútua, sem exceção.<sup>4</sup>

Por outro lado, as conseqüências também podem ser bastante severas quando atingida por boato falso a reputação empresarial. Nesse aspecto, caso paradigmático é o da Escola Base, instituição de

2. SUNSTEIN, Cass R. *A verdade sobre os boatos: como se espalham e por que acreditamos neles*. Tradução de Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 5.

3. Conceito que, rememora-se, corresponde a “poder fazer tudo que não prejudique o próximo”, conforme artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

4. CAFFÉ ALVES, Alaôr. A produção do indivíduo na dialética das relações sociais. In: *Filosofia e Teoria Geral do Direito*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 98.

ensino cujos donos, em 1994, foram injustamente acusados, em caso de ampla repercussão midiática, de pedofilia e abuso sexual, a partir da prática de atos libidinosos com alunos da instituição.<sup>5</sup> Não obstante a incorreção das informações veiculadas, o resultado prático lesivo foi inevitável: a escola, diante da fama que lhe foi sumariamente atribuída, não teve outra alternativa além de simplesmente fechar as portas. Evidentemente, todos os responsáveis pela origem e propagação do boato foram judicialmente condenados ao pagamento de indenização aos lesados.

Verifica-se, pois, a concreta possibilidade de, a partir da disseminação irresponsável de boatos falsos, afrontarem-se preceitos tidos como fundamentais, como, exemplificativamente, a dignidade (art. 1º, III, da Constituição Federal), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, X, da CF) e, mesmo, em última análise, a livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CF) e a propriedade privada (art. 170, II, da CF). Nesse sentido é que se justifica a possibilidade, consagrada pelo Judiciário brasileiro, de a propagação de boato, quando prejudicial a sujeito(s) jurídico(s) determinado(s), servir de fundamento ao dever de indenizar, que se torna ainda mais relevante diante da complexa e atual dinâmica da internet, limitadora da eficácia dos direitos ao esquecimento e de exigir retratação (*“Efeito Streisand”*<sup>6</sup> é o termo utilizado em referência ao efeito causado pela cantora Barbra Streisand, que tornou “viral” uma imagem após acionar o judiciário para removê-la da rede). Ademais, quando a especulação falsa e danosa é oriunda da conduta de agente de ente empresarial, é possível a responsabilização civil da companhia, resguardado, conforme o caso, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil).

Mas por qual motivo alguém disseminaria boato falso sobre outro indivíduo? São infinitas as possíveis razões: (i) o desejo de atração de atenção, seja em razão da atividade exercida pelo propagador (no caso da imprensa) ou pela vontade de reconhecimento do indivíduo responsável pelo boato; (ii) o “instinto” de detração, ou seja, a intenção

5. A história é explicada de modo mais aprofundado em documentário produzido pela TV Brasil, em 2014. Conteúdo disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/escola-base-20-anos-depois>>, acesso em 23/08/2016. Acesso em: 3 jan. 2016.

6. Referência disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/888359/sony-sofre-com-o-efeito-streisand>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

de atacar, de diminuir, de jogar lama no alvo do veneno do detrator, com o objetivo final (implícito) de elevar sua própria posição;<sup>7</sup> (iii) a utilização de informação falsa como forma de prejudicar o adversário, em âmbito político ou profissional, e, assim, obter vantagem na consecução de objetivo;<sup>8</sup> ou (iv) a pura maldade, com seus dois elementos indissociáveis, a ausência de uma razão válida para o sofrimento causado e o prazer que é tido como motivo – o puro prazer de fazer mal.<sup>9</sup>

Pois bem. Caracterizado esse fenômeno social, político e psicológico em que se consubstancia o boato, bem como os possíveis prejuízos por ele ocasionados a todos os envolvidos, resta a análise dos meios para evitar sua propagação em âmbito empresarial (e, conseqüentemente, a sua responsabilização). A questão, na medida em que intrinsecamente relacionada ao controle de comportamentos, é inerente ao tema do *Compliance*, que, recente e emergente na cultura pátria e mundial, se consubstancia em um sistema de atos integrados e concatenados (procedimentos) voltados à instituição e promoção de regras de conduta vinculadas à governança corporativa, com constituição mínima necessária à sua efetividade e inerente distribuição de direitos e deveres entre aqueles vinculados à atuação empresarial.

Destarte, a mitigação dos riscos empresariais vinculados à propagação de boatos depende da instituição de programa adequado de *Compliance*, pelo qual se definam regras claras de ética e de conduta, se fiscalize o comportamento dos agentes empresariais e se possibilite a denúncia de condutas tidas como abusivas, promovendo-se, quando verificada irregularidade, sanções proporcionais à gravidade do ato protagonizado. Tal atuação, inclusive em eventual demanda judicial, serve como elemento apto a reduzir ou afastar a responsabilidade empresarial no infortúnio da ocorrência de evento danoso.

7. Cf. KARNAL, Leandro. *A detração: breve ensaio sobre o maldizer*. São Leopoldo: Unisinos, 2016. p. 15

8. Bom exemplo, nesse bojo, foi a recente disputa eleitoral entre Donald Trump e Hillary Clinton, cujas campanhas e apoiadores “usaram e abusaram” dos boatos como forma de desconstrução do oponente. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1807215-trump-e-hillary-fazem-eleicao- virar-campo-fertil-a-teorias-conspiratorias.shtml>. Acesso em: 1 jan. 2017.

9. Cf. KAMBOUCHNER, Denis. *Há bons motivos para ser mau?*. Tradução de Eric Heneault. São Paulo: Alaúde, 2015. p. 32-33.

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO**

*Marcel Tadeu M. Alves da Silva | Luciana Paula Vaz de Carvalho*

Sem sombra de dúvidas, o ano de 2016 movimentou o direito do trabalho pela intensidade de acontecimentos e discussões. A instabilidade econômica e, sobretudo, a fragilidade institucional presente em assuntos de alta sensibilidade, em muito contribuíram para esse cenário. A terceirização, nesse contexto, foi assunto em pauta: discutida em projetos de lei, pautada no STF e, ainda, objeto de controvertida decisão do Carf, cujo precedente traz novamente à luz a controvertida discussão sobre a competência da Fiscalização em declarar o reconhecimento do vínculo de emprego.

Inspirados nessa última discussão, bem como no exponencial aumento das fiscalizações ocorridas, no presente artigo abordaremos a competência do auditor fiscal do trabalho em reconhecer o vínculo de emprego e autuar as empresas pela ausência de registro dos seus reconhecidos empregados.

Indubitavelmente, a atividade fiscalizatória e punitiva do Estado, consubstanciada no poder de polícia administrativa do auditor fiscal é um poder-dever que não comporta discricionariedade, na medida em que, havendo descumprimento à legislação trabalhista, o fiscal deve praticar atos punitivos e sancionatórios em face do administrado, para o aprimoramento das condições de trabalho e das relações entre empregado e empregador.

A inspeção do trabalho é, eminentemente, uma atividade do Estado que “tem por finalidade exercer as funções de vigilância e fiscalização do cumprimento das normas de proteção, propor sanções

aos infratores e prestar assessoramento e informações aos parceiros sociais”.<sup>1</sup>

Entretanto, à luz do princípio da legalidade, que rege todo e qualquer ato administrativo, referidos atos fiscalizatórios devem ser exercidos em conformidade com os limites legais e é sob esse enfoque que o presente artigo se desenvolve, na medida em que o reconhecimento do vínculo de emprego pelo auditor fiscal do trabalho usurpa a competência do Judiciário e viola a Constituição Federal.

Inicialmente, destaca-se a impossibilidade do auditor em averiguar os elementos caracterizadores do vínculo de emprego – pessoa natural, habitualidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade<sup>2</sup> – sem o devido processo legal e a ampla defesa.

Assim, embora seja atribuição do fiscal do trabalho a verificação do cumprimento, no âmbito das relações de emprego, das disposições legais e regulamentares, não poderá, de forma absolutamente subjetiva, constituir relação jurídica, mormente vínculo de emprego, que necessita de amplo contraditório, notadamente diante das consequências daí advindas.

E tal impossibilidade se torna ainda mais evidente diante das novas formas de contratação em tempos de globalização, quando a subordinação encontra-se nitidamente mitigada, em uma zona fronteira entre o trabalho autônomo e o subordinado.

Nesse contexto, surge o trabalhador parassubordinado que possui similitudes com o empregado, pois há a prestação pessoal de serviços de forma não eventual, onerosa e com alguma dependência do tomador de serviços, mas não é empregado.

O trabalho parassubordinado é, conforme melhor doutrina,

[...] uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível,

---

1. MANNRICH, Nelson. *Inspeção do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. p. 71.

2. Art. 3º da CLT.

do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado.<sup>3</sup>

Vê-se, portanto, que a identificação do vínculo de emprego, considerando as variadas formas de trabalho, não é tarefa fácil de ser verificada, uma vez que exige a análise simultânea dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, não afeta aos auditores do trabalho, que não possuem meios objetivos para constatação, notadamente a subordinação jurídica, elemento mais essencial do vínculo celetista.

Por outro lado, as fiscalizações limitam-se à análise de documentos e eventuais entrevistas, sem que seja realizada uma verificação pormenorizada dos requisitos caracterizadores do vínculo.

Desta forma, haverá, sempre, uma presunção da existência de vínculo de emprego que, sem o devido contraditório, violará o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, uma vez que a empresa ficará à mercê do entendimento subjetivo do fiscalizador e o contraditório se limitará à mera defesa administrativa, com chances bastante remotas de serem modificadas na Justiça do Trabalho.

Nem se alegue, outrossim, que a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego pelo fiscal do trabalho estaria amparada pelo art. 41 da CLT, segundo o qual em todas as atividades será obrigatório para o empregador “o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”, uma vez que a fiscalização a que alude o citado artigo refere-se ao vínculo de emprego estabelecido e reconhecido pela empregadora, com ausência do respectivo registro, ensejando a autuação.<sup>4</sup>

---

3. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 418.

4. Nesse sentido, os ensinamentos de Arnaldo Sussenkind, segundo o qual “Releva ponderar, contudo, que em face do preceituado no art. 39 da CLT e no art. 123 da Constituição (hoje art. 114 – observação nossa), não poderá a autoridade administrativa dirimir dissídio alusivo ao vínculo jurídico acaso existente entre o reclamante e o reclamado, nem controvérsia pertinente ao contrato de trabalho. A reclamação administrativa – já dissemos – visa à anotação dos elementos básicos do contrato sobre cuja existência não se questione [...]. Se, entretanto, houver litígio no tocante à configuração da relação de emprego, caberá à autoridade administrativa encaminhar o

Não há, portanto, em nosso ordenamento jurídico, amparo legal para a declaração ou constituição de relação jurídica, nos moldes celetistas, pelo fiscal do trabalho. Ao contrário, não possuindo atribuição jurisdicional, mas exercendo atividade administrativa vinculada à legalidade, não poderia reconhecer, discricionariamente, vínculo de emprego e, neste aspecto, adentramos na segunda e mais importante controvérsia sobre o tema – a competência do auditor fiscal do trabalho para reconhecer vínculo de emprego.

Nesse ponto, a competência atribuída à União Federal para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho<sup>5</sup> não engloba, sob hipótese alguma, o reconhecimento de vínculo pelo auditor fiscal do trabalho, uma vez que referida competência é, exclusiva, da Justiça do Trabalho, conforme art. 114, inciso I da Constituição da República.

É indubitável que a fiscalização do trabalho possui prerrogativas para determinar o registro e a anotação do vínculo de emprego, contudo, conforme dissemos, é necessário que não haja controvérsia sobre a natureza da relação de trabalho, pois, ao agente público, não poderá ser conferido juízo de valoração a fim de identificar, subjetivamente, a relação empregatícia.

Importante destacar, também, que o art. 39 da CLT informa que, havendo controvérsia sobre a existência de vínculo de emprego, o processo administrativo será encaminhado à Justiça do Trabalho, ficando sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado, previsão legal que corrobora a competência exclusiva da justiça do trabalho para reconhecer vínculo de emprego.

Assim, não há como deixar de reconhecer que a atividade do auditor fiscal do trabalho, no exercício do seu poder de polícia administrativa, ao declarar a existência de vínculo de emprego invade a competência exclusiva da Justiça do Trabalho, pois são atuações que não podem coexistir, na medida que não possuem competências concorrentes.<sup>6</sup>

processo à Justiça do Trabalho, tal como estabelece, em sua imprópria redação, o art. 39, da CLT. O art. 38, como bem salienta PIRES CHAVES, “refere-se a julgamento superfluamente, porque o art. 39 pressupõe investigação judicial”. É que a autoridade administrativa “não pode proferir julgamento sobre a existência ou sobre a não existência de contrato de trabalho”. (“Comentários à CLT e à Legislação Complementar”, vol. I, p. 287).

5. Art. 21, inciso XXIV, da Constituição Federal.

6. Alinhando-se a esse posicionamento, o seguinte julgado: "FISCAL DO

Noutro giro, o princípio da unidade de convicção informa que as causas fundamentadas no mesmo fato devem ser apreciadas pelo mesmo órgão jurisdicional, razão pela qual não há como admitir apreciações diversas para o mesmo fato.

Desta forma, o reconhecimento de vínculo de emprego pelo auditor fiscal do trabalho usurpa a competência da Justiça do Trabalho e viola a Constituição Federal pois, repita-se, de acordo com o art. 114, inciso I, somente à Justiça do Trabalho compete decidir pela existência da relação de emprego, sendo inadmissível que os auditores fiscais emitam multas em decorrência do reconhecimento (abusivo) do vínculo de emprego.

No entanto, o entendimento prevalecente no Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o fiscal do trabalho tem competência para reconhecer vínculo de emprego e lavrar o correspondente auto de infração, interpretação equivocada da Constituição que traz insegurança jurídica e enorme prejuízo às empresas.

---

TRABALHO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LIMITES. USURPAÇÃO DE ATIVIDADE JURISDICIONAL. Se os auditores fiscais do trabalho têm por atribuição assegurar, em todo o território nacional, o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e de emprego – e esta atribuição obedece ao princípio da legalidade – daí, entretanto, não se infere que possuam competência para lavrar autos de infração assentados em declaração de existência de contrato de emprego, derivada unicamente de sua apreciação da situação fática subjacente. A transmutação da natureza jurídica dos diversos tipos de contrato que envolvem a prestação de trabalho – como os prestação ou locação de serviços, de empreitada e outros, inclusive o que decorre de associação cooperativa – em contratos individuais de trabalho, depende de declaração expressa, que se constitui em atividade jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário. Recurso Ordinário provido, para se conceder a segurança." Acórdão nº 20070036823 – Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – Processo nº 01096200601702008 – Relatora Juíza Maria Aparecida Duenhas da 11ª Turma.



## TRANSPARÊNCIA FISCAL E OS IMPACTOS DO BEPS PARA AS EMPRESAS BRASILEIRAS

Gustavo Perez Tavares | Fábio Alexandre Lunardini

A questão do sigilo de informações fiscais tomou outra proporção em todo o mundo nos últimos anos, principalmente com ações da União Europeia e dos Estados Unidos da América para evitar a chamada erosão da base tributável, inspiradas em grandes casos de elisão tributária praticadas por empresas como Apple e Facebook.

Uma mudança de paradigma do sigilo fiscal tem origem,<sup>1</sup> em março de 2010, no *Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA*<sup>2</sup> norte-americano, que consiste em exigir que contribuintes que possuam patrimônio em países estrangeiros acima de 50 mil dólares americanos informem ao Fisco daquele país (*Internal Revenue Service – IRS*) em um formulário específico, sob pena de severas multas.

O FATCA também instituiu a obrigatoriedade de diversas instituições financeiras (bancos, corretores financeiros, empresas de investimento, entre outras) reportarem esses ativos financeiros ao Fisco americano. Essa obrigatoriedade de instituições financeiras quebrarem o sigilo de

---

1. Sergio André Rocha identifica ações anteriores, desde 2000, no âmbito da OCDE já tendentes à troca de informações fiscais entre países, com mitigação do sigilo bancário. Na ocasião, afirmou que o assunto ainda não tinha sido identificado pelos contribuintes brasileiros como “relevante”. Diz o autor: “*The work of the Global Forum reflects the international community’s concern with tax transparency and information exchange. It is a subject that has not yet become part of the agenda of most taxpayers in Brazil, despite of its global relevance*” (In: ROCHA, Sergio André. Exchange of Tax-Related Information by Brazil. *Intertax* (Deventer), v. 40, p. 497-502, 2012).

2. *Summary of FATCA Reporting for U.S. Taxpayers*, disponível, em inglês, em: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-u-s-taxpayers>. Acesso em: 1 jun. 2016.

seus clientes e informarem diretamente ao Fisco esses valores teve grande impacto no mundo todo.

Paralelamente ao FATCA norte-americano, ações foram e vêm sendo propostas no âmbito da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) contra o chamado “BEPS” (*Base Erosion and Profit Shifting*), que seriam as condutas dos contribuintes de se valer de acordos internacionais e em regras tributárias em geral para transferir seus lucros para países, estados ou regiões com tratamento fiscal mais benéfico.

Essas ações, como se observa, são uma resposta ao que se poderia chamar de abuso dos contribuintes em se valerem de uma legalidade meramente formal de seus atos, resultando no pagamento de tributos incompatíveis com a rentabilidade auferida nessas jurisdições. Seria um exemplo de atitude mental descrita por Klaus Tipke como do elusor legalístico.<sup>3</sup>

De toda forma, essas ações da OCDE<sup>4</sup> abrangem

desde a fixação de novos padrões mínimos [de conduta dos contribuintes] até a revisão de padrões existentes, abordagens comuns [entre os países] que facilitarão a convergência de políticas nacionais e orientação para melhores práticas.<sup>5</sup>

Ou seja, um movimento global e unificado para eliminar ou minimizar a eficácia de estruturas fiscais que “escondem” lucros tributáveis.

Dentre essas medidas, em 2014, mais de 50 países membros e não membros da OCDE assinaram um acordo de cooperação e troca mútua de informações fiscais relevantes, inspirada no FATCA norte-americano,

3. TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

4. São quinze, atualmente, as medidas propostas pela OCDE, disponíveis, em inglês, em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>. Acesso em: 1 jun. 2016.

5. Tradução livre do inglês, no original consta: “*These measures range from new minimum standards to revision of existing standards, common approaches which will facilitate the convergence of national practices and guidance drawing on best practices*”, como resposta à pergunta “1” no “Top 10 FAQs about BEPS” da OCDE, em <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>. Acesso em: 1 jun. 2016.

incluindo a possibilidade de troca automática de informações bancárias entre países. O Brasil<sup>6</sup> foi um dos países a assinar esse acordo e, com isso, obrigou-se a trocar informações bancárias com relevância fiscal com os demais países signatários. Outros acordos, inclusive anteriores, como a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária,<sup>7</sup> assinado pelo Brasil durante a reunião de Cúpula do G-20, em Cannes, em 2011 e incorporado à legislação brasileira pelo Decreto nº 8.842, de 29-08-2016, também viabilizaram a troca de informações com relevância fiscal.

Contudo, isso criou um problema interno para o Brasil: como conciliar a necessidade de troca de informações bancárias com outros países, quando, internamente, sempre prevaleceu o chamado “sigilo bancário”?

Na legislação interna, havia sido editada, em 2001, a Lei Complementar nº 105, a qual permitiu o acesso do Fisco, independentemente de autorização judicial, aos dados bancários dos contribuintes, em todas as esferas (Federal, Distrital, Estadual e Municipal), quando o Fisco assim entendesse necessário.

A referida Lei Complementar, contudo, era objeto de questionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no qual, em fevereiro de 2016, foram julgadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, além do Recurso Extraordinário 601.314, todos versando sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001. Os contribuintes buscavam que o STF afastasse principalmente as disposições dos artigos 6º e 7º da indigitada Lei Complementar, que permitem aos Fiscos terem acesso às informações bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial.

Note-se que, até então, a jurisprudência do STF era pacífica em não permitir esse acesso sem prévia análise de um órgão independente e equidistante (Poder Judiciário). No entanto, no julgamento das referidas ADIs, consolidou-se, por maioria, o entendimento de que é possível o que se chamou de “compartilhamento” de sigilo (e não

6. Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters. Versão completa do acordo disponível, em inglês, em: <http://www.oecd.org/tax/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

7. Disponível, em português, em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>.

“quebra”), desde que observados alguns critérios e procedimentos administrativos.

Dos votos dos Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli, extraem-se os seguintes fundamentos para a quebra do sigilo bancário em detrimento do direito fundamental de privacidade e intimidade dos contribuintes.

Edson Fachin, ao relatar o RE 601.314, chega a abrir um tópico em seu voto intitulado “premissas jurídico-filosóficas”, no qual, em postura bastante honesta, procura demonstrar os fundamentos que o levaram a votar pela quebra do sigilo. Suas bases são: (i) o tributo é inovação humana com aptidão de redução de desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os homens, ou seja, o tributo é instrumento de justiça social; (ii) essa justiça social, por meio da tributação, pressupõe uma igualdade tributária; e (iii) a tributação deve ser vista para além da dicotomia fisco-contribuinte. Em seguida, analisando a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, afirma que: (i) o sigilo bancário é expressão do direito à personalidade; (ii) o pagamento de tributo seria um dever fundamental do cidadão para a realização da justiça social acima descrita; e (iii) portanto, o sigilo bancário não seria oponível ao fisco de maneira absoluta. Finalmente, atenta o Ministro para a questão acima referida de um compromisso brasileiro com outras nações para o fim do sigilo bancário.

Já o Ministro Dias Toffoli, em seu voto de relatoria da ADI 2.390/DF, concentra-se mais no fato de que não haveria uma quebra de fato do sigilo, mas uma “transferência” de informações sigilosas entre bancos e Fisco. Para a nossa análise, de invisibilidade do contribuinte perante o Fisco, essa diferença se torna inócua. Na parte que nos interessa, o Ministro afirma que, em verdade, há uma confluência entre os deveres do Fisco (de bem tributar e fiscalizar) e do contribuinte (de pagar tributos), na mesma linha de dever fundamental aventada pelo Ministro Edson Fachin, a partir da conhecida tese de doutoramento de Casalta Nabais,<sup>8</sup> para que seja possível o financiamento do chamado “Estado Social”. Há, no mais, as mesmas referências aos acordos firmados pelo Brasil em âmbito internacional de troca de informações fiscais e bancárias.

Enfim, o posicionamento do STF parece claro: o dever do contribuinte é pagar tributos e o do Estado, cobrá-los, a qualquer

8. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

custo. Em nenhum momento se busca averiguar qual o motivo do inadimplemento e, de outro modo, como o Estado está se portando para aumentar o cumprimento voluntário das obrigações fiscais.

Para 2017, outras medidas que tomam por base as ações da OCDE para combater o BEPS estão em implementação, e devem afetar o dia a dia das empresas. Podemos citar aqui a Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.680/2016, que dispõe sobre a identificação das contas financeiras em conformidade com o Padrão de Declaração Comum (*Common Reporting Standard*), e a IN RFB 1.681, que institui a Declaração País-a-País (*Country-by-Country Report*).

O chamado *Common Reporting Standard* faz parte de uma série de ações para viabilizar a troca automática de informações financeiras com relevância fiscal entre países, para que seja possível identificar eventual erosão de base tributável ou de transferências de lucros para regimes mais favorecidos de tributação, com abuso de forma. Ele estabelece um padrão de declaração de informações financeiras.

Nos termos da Instrução Normativa nº 1.680/2016:

As pessoas jurídicas obrigadas a apresentar a e-Financeira, instituída pela Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015, para fatos ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2017, deverão identificar as contas financeiras em conformidade com o Padrão de Declaração Comum (Common Reporting Standard – CRS), estabelecido conjuntamente por diversos países, sob a coordenação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).<sup>9</sup>

Portanto, as instituições financeiras em geral, que já estão obrigadas a apresentar a e-Financeira, deverão se atentar para as novas obrigações relativas ao Padrão de Declaração Comum, a partir dos parâmetros de diligência nas contas por elas mantidas.

---

9. De acordo com o artigo 4º da IN RFB 1.571/2015, ficam obrigadas a apresentar a e-Financeira as instituições financeiras em geral, incluindo as pessoas jurídicas autorizadas a estruturar e comercializar planos de benefícios de previdência complementar, a instituir e administrar Fundos de Aposentadoria Programada Individual (Fapi), bem como as sociedades seguradoras autorizadas a estruturar e comercializar planos de seguros de pessoas.

Já a Declaração País-a-País (DPP), instituída pela Instrução Normativa nº 1.681, é a versão brasileira da ação 13 do BEPS, originariamente relativa a informações de preços de transferência, e também visa facilitar a troca de informações fiscalmente relevantes entre países, especificamente para empresas que possuem residência tributária no Brasil, e que sejam controladoras finais de grupo multinacional (entre algumas exceções). Essa obrigatoriedade na declaração já é válida para 2017, relativamente às atividades da empresa em 2016.

Conforme se observa, são diversas medidas com vistas a um objetivo: aumentar a transparência fiscal e apertar o cerco em empresas com planejamentos tributários mais agressivos. Nesse contexto, e tendo em vista a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 601.314, as empresas deverão redobrar a atenção tanto no que diz respeito à implementação de novas estruturas societárias quanto na revisão daquelas já existentes.

Ademais, mesmo as empresas que estão confiantes na solidez de sua estrutura societária internacional devem tomar os cuidados necessários para o cumprimento correto dessas novas obrigações acessórias, evitando multas e questionamentos desnecessários.

Por fim, para aqueles contribuintes que não concordam com as novas obrigações impostas pela Receita Federal, há relevantes argumentos que poderiam ser invocados, judicialmente, para afastar a necessidade de divulgação dessas informações, como, por exemplo, a criação de obrigações e divulgação de informações com base em mera instrução normativa (e não com base em lei formal).

# COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 406/2016 – “REFORMA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL”

*Gustavo Perez Tavares | Gabriel Neder De Donato*

## **Introdução**

Após completar seus 50 anos em 2016, o Código Tributário Nacional pode sofrer uma de suas maiores reformas, em razão de projeto de lei elaborado pela “Comissão de Juristas da Desburocratização”, capitaneado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell, e encaminhado como PLS nº 406/2016<sup>1</sup> à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado em 9-11-2016.

Segundo se divulga, o objetivo do projeto é alinhar a legislação às posições consolidadas da jurisprudência e, ademais, “estabelecer uma isonomia, um equilíbrio já muito cobrado pela sociedade brasileira,”<sup>2</sup> nas palavras do Senador Renan Calheiros, atual Presidente do Senado Federal.

Diante da relevância do tema, procuraremos analisar as principais mudanças pretendidas pelo projeto à luz da doutrina e jurisprudência aplicáveis.

## **I. Mudanças com relação às obrigações acessórias**

Especificamente no que diz respeito às obrigações acessórias, o

---

1. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127405>. Acesso em: 18 nov. 2016.

2. Conforme divulgado em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/09/proposta-para-simplificar-regras-tributarias-sera-analisada-nacj>. Acesso em: 18 nov. 2016.

projeto de lei complementar nº 406/2016 dispõe sobre a alteração do artigo 113, do Código Tributário Nacional.

A alteração do referido normativo traz vedação à exigência de obrigação acessória instituída ou ampliada após 30 de junho do mesmo exercício, e determina que obrigações acessórias que impliquem sanções somente poderão ser instituídas mediante lei, bem como dispõe que as obrigações acessórias deverão ser pautadas pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, respeitada a capacidade colaborativa dos respectivos sujeitos passivos e vedadas exigências abusivas.

A pretendida alteração, nos termos da justificação apresentada, tem por objetivo prestigiar o princípio da segurança jurídica, na medida em que busca gerar tranquilidade para o contribuinte administrar sua vida fiscal sem surpresas.

Ainda de acordo com a exposição de motivos, busca-se impedir que a Fazenda Pública estabeleça exigências novas, sem previsão legal, quando elas impliquem sanções para o contribuinte, respeitar a capacidade colaborativa dos sujeitos passivos, bem como afastar a abusividade no que tange à imposição de obrigações acessórias e penalidades decorrentes de seu descumprimento, diante dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

De fato, um dos fins (objetivos) precípuos do sistema tributário é dar segurança jurídica ao contribuinte, evitando-se dúvida sobre quais fatos podem ser tributados e em que medida. Nesse sentido, a lição de Heleno Taveira Torres, que conceitua a segurança jurídica como:

princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima na criação ou aplicação das normas tributárias, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais.<sup>3</sup>

Ocorre que, no Brasil, a quantidade e complexidade da legislação tributária representa grave fator de insegurança jurídica do sistema,

---

3. In: *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 184.

uma vez que o contribuinte não consegue acompanhar todas as inovações e alterações das obrigações principal e acessórias, diariamente alteradas.

É o que acusa, por exemplo, o levantamento realizado pela KPMG,<sup>4</sup> no qual o Brasil ocupa a pior colocação entre os países da América Latina na quantidade de horas gastas para o cumprimento das obrigações tributárias, chegando ao estonteante número de 2.600 horas gastas anualmente apenas para o cumprimento dessas obrigações.

Para fechar esse crítico cenário de insegurança jurídica, atente-se ao fato de que, cada dia mais, é o contribuinte o intérprete primeiro da legislação tributária. Com efeito, pelo chamado “lançamento por homologação”, aplicado à grande maioria das situações tributárias, deve o contribuinte interpretar a norma e, a partir dela, verificar a ocorrência do fato imponible, calcular a base imponible, determinar a alíquota aplicável e recolher os valores eventualmente devidos aos cofres públicos.

Helena Taveira Torres, atribuindo o nome de “comunidade de intérpretes” (ao fato de o contribuinte integrar o conjunto de intérpretes da legislação tributária, junto com o administrador público e o juiz), confirma a ocorrência de lesão à segurança jurídica. Confira-se:

Destarte, quando contribuintes orientam suas condutas segundo uma compreensão equivocada da legislação, por não apreenderem adequadamente todas as repercussões derivadas da legislação em vigor, em decorrência de falhas legislativas, este condicionamento psíquico gera interferências na determinação das condutas normadas (insegurança jurídica por deficiência de orientação). Como vimos, à acessibilidade formal deve conjugar-se a acessibilidade material ou cognitiva, que consiste na possibilidade de compreensão dos textos legislados, de forma simples, clara e objetiva. Valores constitucionais de maior suposição amparam sua pertinência ao sistema como meio hábil para a solução de problemas decorrentes da opacidade da legislação, mormente aos fins da orientação ou adequação das

---

4. Notícia veiculada em diversos periódicos, disponível, por exemplo, em: <http://www.infomoney.com.br/negocios/tributos-de-empresas/noticia/2579531/empresas-brasileiras-gastam-600-horas-por-ano-pagando-impostos>.

condutas normadas. A eliminação de opacidade da legislação tributária é um imperativo de segurança jurídica inelutável.<sup>5</sup>

A crescente privatização da gestão tributária, com o aumento de deveres instrumentais, acarreta não só insegurança pela grande quantidade e complexidade da legislação, mas também enseja a aplicação de elevadas multas pelo descumprimento das chamadas obrigações acessórias.

É o caso, por exemplo, das multas disciplinadas na Lei nº 8.218/91, referentes aos arquivos digitais e sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal:

Art. 12. A inobservância do disposto no artigo precedente acarretará a imposição das seguintes penalidades:

I – multa de *meio por cento do valor da receita bruta* da pessoa jurídica no período, aos que *não atenderem à forma* em que devem ser apresentados os registros e respectivos arquivos;

II – multa de *cinco por cento sobre o valor da operação* correspondente, aos que *omitirem ou prestarem incorretamente as informações* solicitadas, limitada a um por cento da receita bruta da pessoa jurídica no período;

III – multa equivalente a *dois centésimos por cento por dia de atraso*, calculada sobre a *receita bruta* da pessoa jurídica no período, até o máximo de um por cento dessa, aos que não cumprirem o prazo estabelecido para apresentação dos arquivos e sistemas.

Da simples leitura do dispositivo acima, percebe-se não apenas a falta de proporcionalidade das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, como também a desvinculação da infração com a base utilizada para apenar o sujeito passivo.

Nota-se, do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.218/91 que o não atendimento à forma de apresentação dos registros dá ensejo à

5. In: *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-172.

aplicação de multa em percentual sobre a receita bruta. Qual a correlação entre a infração (apresentação de arquivo que não atende a forma prevista) e a base aplicada para a multa (0,5% do valor da receita bruta)? Nenhuma.

Diante de situações como estas, o poder judiciário tem afastado a exigência de multas que não se coadunam com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação do confisco.

Na ADInMC nº 1.075-1, o STF suspendeu a eficácia do art. 3º e parágrafo único da Lei 8.846/94, que determinava a aplicação de multa pecuniária de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado, ao contribuinte que não emitisse nota fiscal, recibo ou documento equivalente relativo à venda de mercadorias, prestação de serviços ou alienação de bens móveis.

Portanto, a alteração do artigo 113, do Código Tributário Nacional, traz medidas importantes que, à luz do princípio da segurança jurídica, impõe limites ao Fisco no que diz respeito à instituição de novas obrigações acessórias.

## **II. Mudanças com relação à responsabilidade tributária de terceiros**

No que diz respeito à responsabilidade de terceiros, o Projeto de Lei do Senado nº 406/2016 traz a inclusão do art. 135-A ao Código Tributário Nacional, que disciplina a dissolução irregular da pessoa jurídica para fins de imputação de responsabilidade aos sócios.

Além disso, traz alteração do artigo 142, do Código Tributário Nacional, disciplinando a necessidade de formação de contraditório e de ampla defesa em hipóteses que impliquem responsabilidade tributária de terceiro pelo crédito tributário.

As alterações relativas à responsabilidade tributária de terceiros decorrem de jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), conforme se verá com mais vagar nos tópicos seguintes.

### **II.1. Por dissolução irregular**

Segundo o Código Tributário Nacional, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (artigo 135, III, do CTN).

O tema da responsabilidade tributária de terceiros foi e ainda é muito debatido na doutrina e na jurisprudência, especialmente no que tange aos atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato ou estatuto, capazes de caracterizar a responsabilidade dos sócios administradores pelas dívidas tributárias da sociedade.

Especificamente nas hipóteses de dissolução irregular, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitima a responsabilização do sócio-gerente, com base no artigo 135, do Código Tributário Nacional (Súmula 435, do STJ).

Tal posição, contudo, é criticada por parte da doutrina, para a qual os atos infracionais ou com excesso de poderes praticados pelos sócios-gerentes, ensejadores da responsabilidade prevista no art. 135, do CTN, devem ter relação com o surgimento da obrigação tributária. Nesse passo, a dissolução irregular da empresa somente poderia dar ensejo à responsabilidade com base no artigo 135 do CTN em casos em que a própria dissolução da empresa gerar a obrigação tributária.

Neste sentido, segundo Renato Lopes Becho, há evidente descompasso entre a jurisprudência firmada pelo STJ e o que está atualmente previsto no Código Tributário Nacional:

Para haver adequação da súmula com a lei, seria necessário que a dissolução de empresa gerasse obrigação tributária. Quando a dissolução fosse irregular, o responsável passaria a responder com essa obrigação (em outras palavras, pelo fato gerador do tributo devido pela dissolução regular da empresa). Como a dissolução de empresa não acarreta tributação, o descompasso da súmula com o CTN é evidente.<sup>6</sup>

Diante deste cenário, surge o projeto de Lei Complementar nº 406/2016, com a intenção de adicionar ao Código Tributário Nacional o artigo 135-A, sob a justificativa de disciplinar a dissolução irregular da pessoa jurídica para fins de imputação de responsabilidade aos sócios.

6. In: O desprestígio da lei em decisões 'descuidadas' no aniversário do CTN. *Revista do Advogado*, n. 132, p. 94.

## II.2. Apurada durante a atividade de lançamento

O entendimento predominante tanto na doutrina como na jurisprudência é o de que a condição de responsável tributário deve ser devidamente comprovada em processo administrativo, ou em procedimento prévio à execução. A condição de responsável tributário deve estar devidamente comprovada antes do ajuizamento da execução fiscal, como pressuposto da ação judicial.

Isto porque, o chamamento a juízo de sócios, gerentes ou administradores, sem que tenham previamente figurado no processo administrativo, quando se poderia provar, ou não, terem praticado atos com dolo ou má-fé, caracteriza uma inversão clara e insustentável do ônus da prova. Nesse sentido:

[...] a validade da pretensão responsabilização pessoal do sócio-administrador, forte no art. 135 do CTN, fica à mercê da prova inequívoca, por parte do Fisco, de que o não recolhimento do tributo resultou de atuação dolosa ou culposa do sócio-administrador. À sua minguada de qualquer elemento probatório nesse sentido, não merece guardada a tortuosa consideração objetiva da infração tributária em relação ao sócio-administrador, tendo como injustificável causa, a simples inclusão do seu nome na CDA, e ininteligível consequência, a malsinada inversão do ônus da prova. É, pois, ontologicamente subjetiva a responsabilidade pessoal do sócio-administrador por débito fiscal societário. A regra... é a da autonomia existencial e patrimonial da pessoa jurídica. Sócio-administrador não responde por débito fiscal societário, *ressalvadas as hipóteses contidas no art. 135 do CTN, cujo dever de prova, por exigência do princípio da legalidade, ratificado pela literalidade do art. 142, parágrafo único, do CTN, somado à tessitura dialética do processo e à excepcionalidade da regra em mira, compete vinculadamente à Fazenda Pública.* [...] dever e prova este... insuscetível de flexibilização temperamentos ou inversões, pelo só fato de o nome do sócio-administrador, que sequer figurou no procedimento administrativo que resultou na constituição do crédito, estar incluso na CDA.<sup>7</sup>

---

7. TAVARES, Alexandre Macedo. A inexistência de correlação lógica entre a inclusão do nome do sócio na CDA (= causa) e a inversão do ônus da prova da ausência dos requisitos do art. 135 do CTN (= efeito), *RDDT*, n. 152, p. 7, maio/08.

Ademais, a exigência de débito tributário com base na previsão de responsabilidade constante do art. 135, do CTN, sem que o responsável tenha participado do procedimento administrativo de constituição do referido crédito, fere o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O contribuinte deve ter acesso a todos os argumentos, informações ou elementos de fato ou de direito produzidos pelo Fisco, sob pena de o seu direito de defesa ser cerceado. Tal acesso às ditas alegações, ressalte-se, só se dá na medida em que os atos administrativos sejam devidamente motivados pelas autoridades fiscalizadoras.

Sobre o tema, entendemos relevante transcrever as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

Mas a Constituição diz mais; diz que esse contraditório e essa defesa são assegurados aos litigantes em processo administrativo. [...] Na concepção mais recente, sobretudo dos italianos, sobre a denominada processualidade administrativa, essa processualidade corresponde à transparência, à necessidade de se verificar que o exercício da função administrativa é legal e legítimo. O processo administrativo torna-se então um requisito de validade do próprio ato administrativo. Assim, na doutrina administrativa atual, vamos verificar que toda ela (Allegretti, Pastore etc.), aponta para a obrigatoriedade de contraditório na formação de atos restritivos de direitos e de atos compositores de conflitos de interesses.<sup>8</sup>

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2011, por unanimidade, no julgamento do AgRg no Recurso Extraordinário nº 608.426/PR (rel. Ministro Joaquim Barbosa, D.J. 04.10.11), posicionou-se no sentido de que os administradores só podem ser responsabilizados se tiverem participado do processo administrativo que discutiu a cobrança dos tributos. Para o relator do caso, devem ser aplicados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório desde a fase administrativa. Seu voto foi seguido pelos demais Ministros.

Com efeito, o acórdão em questão, sob o contexto aqui discorrido, houve por bem deixar expressamente consignado que

---

8. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 40-41.

os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em detrimento de qualquer categoria de sujeito passivo (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc.).

Vale dizer, segundo proclamado pelo STF, qualquer intenção atinente ao redirecionamento de dívida fiscal às pessoas dos administradores, com base no artigo 135 do CTN, haveria de trafegar em meio à defesa ampla e ao contraditório (artigo 5º, LV da Constituição Federal), fazendo-se caminhar, *pari passu*, com a prévia existência de um processo administrativo fiscal que também atraísse para si, além da empresa, aquelas figuras, de sorte a restar comprovada, então, uma eventual e inequívoca ocorrência material dos requisitos delineados no artigo 135 do CTN.

Somente dessa forma, portanto, estaríamos diante da possibilidade de um efetivo controle administrativo de legalidade da cobrança, inerente ao ato de inscrição das certidões de dívida ativa, que pudesse bem justificar a presunção de liquidez e certeza que as mesmas possuem.

Verifica-se, pois, que o entendimento predominante é o de que a condição de responsável tributário deve ser devidamente comprovada em processo administrativo, ou em procedimento prévio à execução. Ou seja, a condição de responsável tributário deve estar devidamente comprovada antes do ajuizamento da execução fiscal, como pressuposto da ação judicial.

É justamente nesta linha de entendimento que se propõe a alteração do artigo 142, do Código Tributário Nacional, conforme se infere da exposição de motivos que acompanha o projeto de Lei do Senado nº 406/2016:

Os propostos §§1º a 3º do art. 142 cuida da responsabilidade tributária de terceiro, dispensando à matéria tratamento que observa a regra constitucional do devido processo legal.

É certo que hoje, em virtude de norma infralegal, o fisco federal já trilha procedimento que se coaduna com essa proposição. A intenção da proposta é incorporar a regra ao CTN, com vistas não só de torná-la menos vulnerável aos humores da

administração, mas de ampliar seu âmbito normativo para os Estados e Municípios.

Como se observa, com a positivação e disposição expressa no CTN, o legislador tentará reforçar essa garantia do contribuinte e, principalmente, estendê-la aos Estados e Municípios.

### **III. Mudanças com relação à emissão de certidões de regularidade fiscal**

Ademais, o PLS nº 406/2016 traz diversas alterações com relação à emissão da certidão de regularidade fiscal, quando solicitada pelo contribuinte, dispondo que esta deverá ser expedida no prazo máximo de 24 horas, ou seja, muito inferior ao prazo comumente utilizado pelos Fiscos, de cerca de 10 dias úteis. Para viabilizar esse prazo, a proposta de alteração do art. 206 do CTN prevê que as certidões serão todas virtuais.

Por fim, ainda com relação às certidões de regularidade fiscal, o projeto propõe que a existência de débitos não poderá impedir a participação do contribuinte em licitações, contratos com a administração pública direta ou indireta, nem de praticar atos ou realizar negócios jurídicos com pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Essa alteração visa a facilitar o empreendedorismo no setor público, baixando os custos de *compliance* para participar de certames licitatórios, por exemplo.

O dispositivo que traria essa alteração seria o inédito 207-A, compreendendo algumas exceções, com a seguinte redação:

Art. 207-A. A existência de débitos tributários não impedirá o contribuinte de participar de licitações ou de contratar com a administração pública direta ou indireta, nem de praticar atos ou realizar negócios com pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo:

I – não se aplica aos contribuintes declarados inaptos, na forma da lei, nem afasta a exigência de regularidade fiscal para as atividades para as quais a legislação exija registro especial de funcionamento;

II – não exclui a possibilidade de a Administração Pública proceder à retenção de recursos ou exigir garantias na execução do contrato, visando à quitação do débito, observado os termos do respectivo edital.

Conforme se observa, o dispositivo traz mecanismos para, por exemplo, permitir à Administração Pública a reter recursos ou exigir garantias na execução dos contratos firmados sob essa autorização, justamente para quitar o débito pendente, de forma que, em que pese facilitar o ambiente de negócios públicos, esse novo artigo poderá trazer algumas situações de quitação forçada do débito.

#### **IV. Mudanças com relação à consolidação da legislação tributária**

Houve, ademais, a proposta de alteração e inclusão de um parágrafo único ao art. 212 do CTN, que trata da chamada “consolidação” anual da legislação tributária. Esse dispositivo tinha por objetivo esclarecer aos contribuintes, diante da multiplicidade de leis e atos normativos diariamente editados pelos Entes Federados, qual seria a legislação vigente em cada ano, evitando-se situações de multiplicidade de normas regulando uma mesma conduta, ou, ainda, ausência de norma.

Ocorre que, salvo raras exceções, essa consolidação anual da legislação nunca foi feita pela União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, de modo que o art. 212 se tornou “letra morta” no CTN.

A proposta de alteração, visando a dar força para esse dispositivo, propõe que a não edição desses decretos de consolidação implique crime de responsabilidade para o agente público responsável.

A disposição atual do art. 212 é a seguinte:

Os Poderes Executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Lei, a consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.

Com a alteração, a redação pretendida é a seguinte:

Art. 212. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios consolidarão, por decreto, até

o último dia útil do exercício de entrada em vigor desta Lei, a legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de dezembro de cada ano.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto neste artigo configura crime de responsabilidade, nos termos da legislação aplicável.

Conforme destacamos, a consolidação anual poderá trazer maior segurança ao contribuinte, que se depara diuturnamente com uma abundância de normas novas, dificultando suas atividades e encarecendo o custo para o cumprimento de todas as obrigações tributárias.

## **V. Mudanças com relação aos cadastros de contribuintes**

Por fim, destacamos mais uma alteração relevante para o dia a dia dos contribuintes, a saber, a unificação, no CNPJ, dos cadastros fiscais da administração tributária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com efeito, empresas que atuam nacionalmente gastam valores significativos apenas para manterem suas certidões de regularidade fiscal válidas, tendo em vista os mais de 5.500 Municípios, Estados, Distrito Federal e União Federal, cada um com seu cadastro fiscal do contribuinte e respectiva certidão.

Um cadastro unificado também traria mais segurança no momento de contratar fornecedores, por exemplo, evitando autuações decorrentes de operações com pessoas jurídicas consideradas “inidôneas” para algum Fisco local.

Nos termos do projeto de alteração do CTN, os Entes Federativos teriam o prazo de 365 dias para se adaptarem a essa nova exigência, consolidando suas informações fiscais no CNPJ das empresas.

## **Conclusão**

Na linha defendida por seus autores, o PLS nº 406/2016 tenta trazer alterações para o Código Tributário Nacional que simplifiquem e aumentem a segurança jurídica das relações tributárias.

Muitas dessas medidas, se cumpridas pelo Fisco, trarão agilidade e reduzirão custos de *compliance* para os contribuintes, fomentando, de um modo geral, o ambiente de investimentos no Brasil.

No entanto, em se tratando de alterações na legislação tributária, especialmente em um Código tão bem elaborado como o CTN, os contribuintes devem ficar atentos para eventuais alterações que ampliem discricionariedades do Fisco, ou sirvam de desculpa para restringir garantias constitucionais.



## **PUBLICIDADE E COMPLIANCE**

*Renato de Oliveira Valença*

A história da publicidade no Brasil não é tão distante, mas é possível notar como as coisas mudam rápido. As primeiras memórias da atividade de propaganda no Brasil remontam aos anos de 1809, quando surgiam os classificados de compra e venda de imóveis e avisos de procura de escravos fugitivos ou vendidos. Em 1910, ganham espaço na publicidade os remédios. Os políticos da época se tornavam garotos-propaganda de produtos. Em 1913 nasce a primeira agência de publicidade no Brasil. Em 1920 chega ao Brasil o rádio e, no final daquela década, entra no país a primeira agência multinacional. Já na década de 40, surgem as primeiras tentativas de se criar um código de ética para a atividade publicitária, e então as principais agências do país formaram, em 1949, a Associação Brasileira das Agências de Publicidade, a Abap. A televisão chega ao Brasil em 1950. Em 1957 acontece no Rio de Janeiro o I Congresso Brasileiro de Propaganda, durante o qual foi criado o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda. Em 1968 é criada a primeira lei federal estabelecendo parâmetros e assegurando direitos aos profissionais da área. Para fugir de uma rígida censura de um governo ditatorial, o mercado da comunicação resolveu autorregular o conteúdo publicitário e criou, em 1980, o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). Em 1987, o Brasil já tinha mais de duas mil agências de publicidade. A partir dos anos 90, a indústria brasileira da comunicação vivia seu ápice e o crescimento desse mercado se deu em larga escala e a publicidade brasileira passou a ser conhecida mundialmente como uma das mais premiadas. Em 1998 o mercado cria o Conselho Executivo das Normas Padrão (Cenp), outra fonte de autorregulação voltada à criação de normas e padrões éticos nas relações entre os *players* do

mercado: agências, veículos e anunciantes. O mundo é muito dinâmico e a indústria da comunicação é a primeira a refletir isso. É um dos mais importantes setores da economia, movimentando bilhões todo ano. A cada dia nascem novas estrelas que brilham ávidas por novos troféus dentro e fora do país. A publicidade é, sem dúvida, um dos grandes orgulhos do brasileiro.

Os vultuosos valores envolvidos, além das diversas especialidades e ramificações das operações de publicidade, atribuem alta complexidade à sua mecânica e logística. A operação de uma agência de publicidade geralmente envolve uma extensa cadeia de subcontratações de serviços e produtos. A agência atua por conta e ordem de seu cliente anunciante visando obter o melhor resultado e sempre em busca do menor custo junto a terceiros diversos.

Dentro desse conjunto complexo, algumas práticas foram sendo consolidadas pelo mercado ao longo do tempo – algumas dessas práticas foram incorporadas a normas de autorregulação e, portanto, tornaram-se transparentes e inquestionáveis. Mas algumas outras práticas não foram endossadas pelos representantes do mercado e, embora não sejam ilegais, são questionáveis do ponto de vista ético, muitas vezes por causa da falta de transparência inerente a elas e pela falta de controle do cliente anunciante em relação aos gastos gerenciados pela agência. Algumas dessas práticas têm se mostrado como perigosa janela para um abismo que pode colocar em risco a reputação de todo um mercado. Estamos falando, em especial, da cobrança que algumas agências praticam ao contratar terceiros para a execução de uma determinada campanha, conhecida como “BV de produção”. Trata-se, basicamente, de uma gratificação que o terceiro contratado paga à agência, pelo simples fato de a agência tê-lo contratado ou recomendado. Ocorre que essa gratificação estará explícita ou implicitamente adicionada ao preço final a ser pago pelo cliente anunciante. Além de mal-estar junto ao cliente pela eventual falta de transparência na composição do custo da campanha, o mecanismo complexo e obscuro do BV de produção, por si só, oferece riscos de falhas na contabilização e, pior do que isso, pode servir de ferramenta a pagamentos indevidos a terceiros. As associações que representam esse mercado manifestam-se contrárias a essa prática e incentivam seus representados a não adotá-la.

Um outro fator a ser considerado é que a agência de publicidade acaba por necessitar da contratação de diversos terceiros, o que aumenta o risco de falhas de controle e favorece a corrupção. Para atender ao seu cliente anunciante, a agência depende de terceiros especializados como, por exemplo, para a produção de um filme publicitário, um áudio, uma locução, um *banner*, a locação de equipamentos, espaço e até mesmo a organização de um evento, obtenção de autorizações/licenças perante o governo (despachantes) etc. Essa cadeia de subcontratações, que é natural da atividade de uma agência na qualidade de intermediária entre o cliente final e esses diversos fornecedores, cria espontaneamente um grande risco de exposição para o setor.

Na última década, a publicidade passou a viver em um incômodo contexto em razão de esquemas de corrupção que marcaram negativamente o mercado. A primeira mácula envolvendo empresas de publicidade ocorreu no escândalo do Mensalão, também conhecido como *big monthly allowance*, em que um publicitário foi condenado a 37 anos de prisão por operar um esquema de pagamentos ilegais a parlamentares em troca de votos. Mais recentemente, novamente agências de publicidade se viram envolvidas com práticas pouco transparentes, deflagradas por conta das investigações da Operação Lava Jato.

Em razão desses acontecimentos e levando em consideração todo esse cenário de risco, o mercado publicitário está envidando enormes esforços para melhorar a transparência nas relações com clientes e fornecedores, visando à preservação da reputação de uma indústria de altíssima relevância, que com muito sacrifício construiu uma história de sucesso e contribuiu fortemente para o desenvolvimento da economia brasileira.

As entidades de representação de classe desse mercado estão devotando maior atenção e atuando junto às partes envolvidas visando alertar a todos sobre a importância do combate à corrupção. Palestras sobre o tema estão sendo promovidas ao mercado, destacando-se a responsabilidade da pessoa jurídica em relação à conduta dos seus indivíduos, encorajando cada entidade a elaborar e implementar um programa de integridade efetiva e adaptada às necessidades desse mercado.

Essa movimentação tem ocorrido não só por causa dos escândalos de corrupção, mas também porque o Brasil acaba de ganhar uma lei anticorrupção (a Lei Federal nº 12.846/2013), a qual passou a vigorar a partir de 2014. As empresas brasileiras ainda estão em processo de assimilação quanto às novas regras, sobretudo quanto à implantação de um efetivo programa de *compliance*. Até pouco tempo atrás o Brasil ouvia falar apenas sobre as leis anticorrupção internacionais, como o *FCPA* e a *UK Bribery Act*.

O cenário político do Brasil tem trazido diariamente, para a vida de cada indivíduo, a discussão sobre a corrupção. O momento para a implantação de um programa de integridade não poderia ser melhor.

Muitas agências no Brasil pertencem a grupos internacionais e possuem sofisticados programas de *compliance*. Entretanto, a maior parte das agências ainda padece da falta de ferramentas básicas de controle. Porém, cada vez mais, as agências nacionais e as de menor porte passam a entender que *compliance* não é um programa aplicável apenas aos grandes grupos internacionais.

A Lei Anticorrupção no Brasil é muito severa, pois responsabiliza objetivamente a pessoa jurídica por atos de corrupção praticados por qualquer empregado. Isso significa que é irrelevante se os dirigentes ou sócios conheciam ou se de alguma forma estavam envolvidos com os atos de corrupção, pois a empresa será penalizada mesmo assim. As sanções administrativas implicam multa que varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício (não podendo ser inferior ao valor da vantagem auferida pela empresa), além da publicação em jornal sobre a decisão condenatória. Além disso, a empresa poderá ser obrigada a reparar o dano e devolver bens, suspender atividades e, em caso grave, ser dissolvida compulsoriamente.

As agências de publicidade, mesmo as menores, começam a compreender a importância e os benefícios de se ter um programa de integridade. De acordo com a Lei Anticorrupção, a aplicação da sanção levará 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. Esta é uma excelente razão para se manter um programa de *compliance*, mas talvez não seja a maior. O maior dos benefícios trazidos por um programa sério e efetivo é a criação de ferramentas de controle que possibilitam identificar e

impedir os atos de corrupção por empregados e representantes da empresa. Com isso, o benefício não será apenas a redução da sanção a ser imposta à empresa, mas, sim, a mitigação do risco de a empresa ver-se envolvida em um escândalo de corrupção, tendo manchado o seu nome. Processos administrativos ou judiciais envolvendo corrupção trazem consequências reputacionais incalculáveis para a empresa, cuja recuperação é muito complicada e, muitas vezes, impossível.

Se dentre os ativos mais valiosos de qualquer empresa encontra-se, sem dúvida, a sua reputação, o que dizer, então, da reputação de um agência de publicidade, cuja única razão de existir é o enaltecimento da reputação de seus clientes?

Assim, considerando as peculiaridades do negócio, bem como o momento político vivido pelo Brasil – em que enfrentamos o maior escândalo de corrupção da história – parecemos estar diante de um daqueles momentos ímpares na história de um país e de uma indústria, em que as coisas podem tomar o rumo certo e, assim, virarmos a página da era na qual muitos enxergaram no negócio da publicidade um ambiente de pouca transparência entre os seus *players*, favorecendo práticas ilícitas ou, no mínimo, pouco éticas.

Essa transformação não acontecerá sem solavancos ou tropeços, mas é importante que a indústria se conscientize de que esse é o único caminho possível para garantir a longevidade do seu negócio, com o que esperamos que os programas de *compliance* possam ser definitivamente encarados como uma ferramenta sofisticada de gestão da empresa, e não mais uma obrigação formal e desconectada da sua realidade.



# PEIXOTO & CURY

A D V O G A D O S

[www.peixotoecury.com.br](http://www.peixotoecury.com.br)

## São Paulo – SP

Rua Teixeira da Silva, 560

Paraíso – CEP 04002-032

Fone: (55 11) 3218-8455

## Campinas – SP

Rua Eng. Carlos Stevenson, 80

Sala 91

Nova Campinas – CEP 13092-132

Fone (55 19) 3234-8155

## Rio de Janeiro – RJ

Rua Anfilofio de Carvalho, 29

Salas 913 e 914

Centro – CEP 20030-060

Fone: (55 21) 3553-2702

## New York – NY – USA

200 Park Avenue South

Suite 505/511

New York, NY – CEP 10003

Fone: + 1 646 213 4752



Porto  
de Idéias  
EDITORA

