

PEIXOTO&CURY

A D V O G A D O S

AS EMPRESAS
TAMBÉM
TÊM DIREITOS

REFLEXÕES JURÍDICO-
EMPRESARIAIS PARA O
DIA A DIA CORPORATIVO

PEIXOTO&CURY

A D V O G A D O S

**AS EMPRESAS
TAMBÉM
TÊM DIREITOS**

**REFLEXÕES JURÍDICO-
EMPRESARIAIS PARA O
DIA A DIA CORPORATIVO**



Porto
de Idéias
EDITORA

PEIXOTO&CURY

A D V O G A D O S

AS EMPRESAS TAMBÉM TÊM DIREITOS

REFLEXÕES JURÍDICO-
EMPRESARIAIS PARA O
DIA A DIA CORPORATIVO

*Ana Luisa Porto Borges
André Villac Polinesio
Antonio Carlos Aguiar
Carlos Eduardo Dantas Costa
Claudia Soares Garcia Bergamini
Eduardo Toledo Filho
Fábio Alexandre Lunardini
Fábio Martins Di Jorge
Fernanda Martins Rodrigues
Gustavo Perez Tavares
José Nantala Bádue Freire
José Ricardo de Bastos Martins*

*Luiz Vicente de Carvalho
Marcel Tadeu M. Alves da Silva
Marcella Berenice M. M. Gurgel
Paloma Costa Santos
Poliana Banqueri da Silva Guimarães
Rafael Villac Vicente de Carvalho
Renata Viana Machado
Renato de Oliveira Valença
Rodrigo Fagundes
Rodrigo Giordano de Castro
Rogério Fonseca*

**As empresas também têm direitos:
reflexões jurídico-empresariais para o dia a dia corporativo**

Copyright © 2015 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.

Organizadores | Antonio Carlos Aguiar
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)**

Peixoto & Cury Advogados

As empresas também têm direitos : reflexões
jurídico-empresariais para o dia a dia
corporativo / Peixoto & Cury Advogados. --
São Paulo : Porto de Idéias, 2015.

Bibliografia

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

15-10023

CDU-34:338.93

Índices para catálogo sistemático:

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

Editora Porto de Idéias Ltda. | Rua Perdões, 101 | Aclimação | CEP 01529-030
São Paulo – SP – Brasil | Tel. 11 3884-3814 | www.portodeideias.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
Arbitragem	9
A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM <i>José Nantala Bádue Freire Fernanda Martins Rodrigues</i>	
Compliance	15
A NOVA ABORDAGEM DO COMPLIANCE: ANTES UM DIREITO DO EMPREGADO, DO QUE UM DEVER DO EMPREGADOR <i>José Ricardo de Bastos Martins</i>	
Direito Administrativo	19
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL <i>Fábio Martins Di Jorge Renata Viana Machado</i>	
Direito do Consumidor	31
A TEORIA FINALISTA APROFUNDADA E A PROTEÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR <i>Rodrigo Giordano de Castro Paloma Costa Santos</i>	
Direito do Trabalho	39
FORMAS ALTERNATIVAS DE PRESERVAÇÃO DE EMPREGOS EM MOMENTOS DE CRISE <i>André Villac Polinesio</i>	
Direito do Trabalho	45
O DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS COMPLEXOS <i>Marcel Tadeu M. Alves da Silva Eduardo Toledo Filho Poliana Banqueri da Silva Guimarães</i>	

Direito do Trabalho	51
O PAGAMENTO DE SALÁRIOS DOS DIAS PARADOS EM DECORRÊNCIA DE GREVE E A “CORTESIA COM CHAPÉU ALHEIO” <i>Luiz Vicente de Carvalho Carlos Eduardo Dantas Costa</i>	
Direito do Trabalho	57
O QUE SIGNIFICA “ESTADO DE GREVE” <i>Antonio Carlos Aguiar Rodrigo Fagundes</i>	
Direito Empresarial	63
RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EXTINÇÃO DAS EXECUÇÕES PELA NOVAÇÃO <i>Ana Luisa Porto Borges Rogério Fonseca</i>	
Direito na Publicidade	67
BEBIDA ALCOÓLICA NA PROPAGANDA <i>Renato de Oliveira Valença</i>	
Direito Societário	71
ASSEMBLEIAS VIRTUAIS: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO <i>Claudia Soares Garcia Bergamini</i>	
Direito Societário	75
VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM RISCO À SAÚDE FINANCEIRA DA EMPRESA <i>Marcella Berenice Mesquita de Mendonça Gurgel</i>	
Direito Societário	81
DA AQUISIÇÃO DO DIREITO DE VOTO PELAS AÇÕES PREFERENCIAIS QUE NÃO FAZEM JUS A DIVIDENDO FIXO OU MÍNIMO <i>Rafael Villac Vicente de Carvalho</i>	
Direito Tributário	85
A RELEVÂNCIA DA BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE EM AUTUAÇÕES FISCAIS DIANTE DOS FATORES DE INSEGURANÇA JURÍDICA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL <i>Gustavo Perez Tavares</i>	
Direito Tributário	95
O CONCEITO DE RENDA COMO “ACRÉSCIMO PATRIMONIAL” PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO PELO IR <i>Fábio Alexandre Lunardini</i>	

APRESENTAÇÃO

Há uma história contada na Alemanha, por volta dos anos 1960, nos círculos frequentados por juízes, em que sua origem, certamente, remonta a uma época anterior, lembrada por Jean-Claude Carrière, em sua obra *A Justiça é nossa invenção hesitante*,¹ que diz assim:

Um juiz tirou férias e foi hospedar-se na casa de um de seus primos que vivia no campo. No terceiro dia, tomado por um princípio de tédio e vendo o primo bastante ocupado, ele se propôs a ajudá-lo.

— O que você sabe fazer? — perguntou-lhe o camponês.

O juiz pensou por um momento e não pôde oferecer nenhuma resposta satisfatória. Pelo seu lado, o camponês pensou um pouco e encontrou um trabalho fácil. Levou o juiz até um celeiro cujo piso estava inteiramente coberto por batatas que tinham acabado de ser colhidas.

— Você vai fazer o seguinte — disse. — Vai arrumar estas batatas em três categorias, as grandes, as pequenas e as médias. Nos vemos à noite.

O camponês afastou-se e trabalhou o dia inteiro nos campos. Quando voltou, quase à noitinha, abriu a porta do celeiro e viu que as batatas continuavam exatamente da mesma forma como ele as havia deixado pela manhã.

O juiz estava no meio do celeiro, parecendo abatido, o rosto coberto de suor, os cabelos em desordem. Apertava na palma da mão uma batata.

— O que aconteceu? — perguntou o camponês.

O juiz mostrou a batata e perguntou-lhe numa voz alquebrada:

— É uma grande, uma pequena ou uma média?

1. CARRIÈRE, Jean-Claude. *O círculo dos mentirosos*. Contos filosóficos do mundo inteiro. São Paulo: Cédex, 2004. p. 243-244.

O Peixoto & Cury ao longo de quase setenta anos tem, guardadas as devidas proporções, identificado o tamanho das batatas jurídicas no (e para o) mundo empresarial.

Com uma advocacia voltada a auxiliar empresas, nos mais diversos ramos do Direito, não se cansa de buscar alternativas e formas jurídicas para que empresários consigam caminhar pelos terrenos mais íngremes e difíceis que se apresentam no dia a dia empresarial em nosso País, que, como costuma dizer, *não é para amadores*.

Já vimos, vivenciamos e trabalhamos em condições recheadas por instabilidades políticas, jurídicas, econômicas e estruturais ao longo de toda nossa existência. Momentos praticamente kafkianos, que serviram para solidificar nossos afazeres, aprimorar nossa qualidade e intensificar nossas responsabilidades. Por isso e com isso sempre estivemos atentos, diligentes e lado a lado com nossos clientes, servindo, mais do que uma bússola, como uma espécie de *waze jurídico* a apontar os melhores caminhos na busca por segurança jurídica.

Dentro desse espírito, que se renova a cada dia e renasce mais vívido, forte e atuante, estamos, agora, mais uma vez, trabalhando como vetor, sendo que para esse objetivo estamos entregando, com a presente obra, ferramentas jurídicas para enfrentamento de adversidades técnico-jurídicas atuais e futuras.

Fazemos isso por meio de produção intensiva, por área de atuação, com artigos sobre os mais variados e atuais temas de Direito de interesse às empresas, demonstrando, assim, que elas, empresas, também têm direitos.

Estamos, desse modo, procurando demonstrar atenção e diligência e nos posicionando sempre próximos às oportunidades e às possibilidades jurídico-legais do (e no) mundo empresarial, para viabilizá-las por intermédio de numa práxis de atuação legal e alvissareira, que tem como missão encontrar e pôr em prática uma única coisa: o melhor aos nossos clientes.

Boa leitura.

Walter Duarte Peixoto & Pedro Jorge da Costa Cury

A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

José Nantala Bádue Freire | Fernanda Martins Rodrigues

A lei de arbitragem brasileira, editada em 1996, representa um marco na história da cultura jurídica nacional. Antes da vigência da Lei 9.307/1996, a prática da arbitragem no Brasil era quase inexistente, pois tudo o que era decidido nesse ambiente, para ter exequibilidade, dependia de uma homologação judicial.

Com a Lei 9.307/1996 e, principalmente, após a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em 2001,¹ os brasileiros passaram a se utilizar desse instituto cada vez mais e, por anos a fio, nosso país vem sendo apontado como uma das jurisdições mais receptivas à arbitragem e que se desenvolve com maior notoriedade.

O sucesso da lei e da prática da arbitragem no Brasil fez desse mercado (sabidamente lucrativo e especializado) um dos mais atraentes para os advogados, diante da proposta inovadora que trouxe à prática jurídica nacional. Além disso, a “promessa” desse instituto de apresentar às partes soluções mais especializadas, sigilosas e, muitas vezes, também mais céleres aos litígios, fez com que muitas empresas e pessoas físicas brasileiras, antes acostumadas a resolver tudo nos escaninhos de um abarrotado judiciário, procurassem essa alternativa com maior interesse.

Além da lei de arbitragem, devemos lembrar que o Brasil é parte da Convenção de Nova Iorque, de 1958, que procura uniformizar o tratamento dado pelos seus membros às sentenças arbitrais estrangeiras (aquelas proferidas fora das fronteiras nacionais) nos processos de reconhecimento ou, conforme terminologia adotada pela lei brasileira, “homologação”. O Brasil ratificou essa convenção apenas

1. AgRg – SE 5206 – Reino de Espanha – Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julgado em 12/12/2001.

em 2002, por meio do Decreto 4.311/2002, com um atraso de mais de quatro décadas.

Hoje, o responsável pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras é o Superior Tribunal de Justiça, que herdou essa função do Supremo Tribunal Federal com a Emenda Constitucional nº 45, pretensiosamente denominada de *Reforma do Judiciário*, mas que trouxe muito mais promessas do que as desejadas reformas. Desde essa emenda constitucional, ocorrida em 2005, o STJ tinha um procedimento paralelo ao seu regimento interno e que abordava a homologação de sentenças estrangeiras: a Resolução nº 9. Contudo, no ano passado, essa resolução foi incorporada ao regimento do STJ e, por isso, deixou de ser utilizada.

Passados quase vinte anos de vigência da Lei 9.307/1996, o Senado Federal, em iniciativa não muito prestigiada pelos arbitralistas mais experientes, deu azo a um projeto para alteração da Lei de Arbitragem, sob a batuta do Senador Renan Calheiros, com o declarado fim de que o “país acompanhe e se adapte às novas exigências da realidade negocial internacional, a fim de atender satisfatoriamente a complexidade das relações jurídicas modernas”.

A iniciativa causou nos especialistas e na comunidade jurídica em geral o grande receio de se “mexer em time que está ganhando”, posto que todos sabem o que pode acontecer durante o processo legislativo pátrio, tão frutuoso em produzir leis infrutíferas...

Apesar de muitos percalços, o Ministro Luís Felipe Salomão (STJ), presidente da comissão de juristas que encampou o PL, conseguiu conduzir bem os trabalhos e, ao final, sobreviveram apenas algumas poucas alterações, acompanhando, em regra, o que já vinha se consolidando na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

As principais alterações trazidas pela Lei 9.307/1996 estão ambientadas nos seguintes temas: a) arbitrabilidade; b) prescrição; c) ação anulatória; d) sentença arbitral; e) medidas de urgência. Comentaremos cada um desses temas a seguir.

Arbitrabilidade

A Lei 9.307/1996 definiu como arbitráveis as causas em que se disputam “direitos patrimoniais disponíveis”, como se pode ver

no seu art. 1º. Esse texto de lei acabou por causar grande celeuma jurisprudencial e doutrinária para definir a abrangência desse conceito.

E a abrangência do termo é questão fundamental para definir a aplicabilidade da arbitragem em áreas do direito em que tal “disponibilidade” se torna controversa, como são os casos do direito administrativo, direito de família, direito do trabalho e direito do consumidor, por exemplo.

A versão que tem prevalecido é que um “direito patrimonial disponível” seria aquele passível de negociação por parte da pessoa que o detenha. Mesmo assim, a jurisprudência sempre divergiu sobre a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de consumo, nos contratos de trabalho ou nos firmados com a administração pública.

No texto que foi aprovado por ambas as casas do nosso Congresso, incluíam-se no artigo primeiro da lei menções expressas, embora com algumas condições restritivas, ao uso da arbitragem nos contratos de trabalho e nos de consumo. Além disso, no mesmo artigo 1º, definiu-se de forma clara a possibilidade de a administração pública se submeter à arbitragem nos contratos que firma com particulares.

Contudo, quando o PL foi à sanção presidencial, a única dessas modalidades que sobreviveu ao veto foi, justamente, a da arbitragem entre administração pública e particular. Esse movimento já era esperado, afinal, tudo o que envolve direitos do consumidor ou direitos trabalhistas gera grande polêmica perante à sociedade e isso reflete na popularidade do governo.

Com relação às contratações com a administração pública, a sobrevivência da disposição também já era esperada, visto que se trata de algo muito afeito aos contratos que o país tem de celebrar para incrementar seus acessos a investimentos da iniciativa privada, uma vez que um investidor se sente muito mais seguro para firmar um contrato com a administração pública quando percebe não ter a necessidade de enfrentar o judiciário por ela própria controlado, dotado de varas especializadas totalmente abarrotadas, tendo de se submeter a prazos alargados a favor da administração, além de outras questões, como o reexame necessário.

Assim, a redação atual da lei, no §1º do art. 1º, deixa clara a possibilidade de a administração pública participar de arbitragens, desde que estas privilegiem o princípio da publicidade, proíbam o

recurso à equidade e que o compromisso seja firmado pelo agente público com poderes para realização de contratos ou transações.

Prescrição

Antes da lei de arbitragem, discutia-se muito na doutrina e jurisprudência sobre em que momento no processo arbitral seria possível a interrupção do prazo prescricional. Com a atual redação, o art. 19º, § 2º da lei, define claramente que somente a instituição da arbitragem interrompe o prazo prescricional, retroagindo os efeitos da interrupção até a data do requerimento de arbitragem, que é o primeiro documento utilizado pela parte que pretende dar início a um processo arbitral, comunicando ao árbitro ou à instituição a sua intenção de iniciá-la.

Sentença arbitral

Em tese, pode-se dizer que uma sentença arbitral, para ser formalmente válida, deverá seguir praticamente os mesmos requisitos formais de uma sentença judicial: o relatório (em que o árbitro resume o processo); a fundamentação (em que o árbitro expõe, de forma clara e detalhada, os argumentos que o levaram a uma determinada decisão), o dispositivo (trecho final em que o árbitro apresenta sua decisão às partes) e, ao fim, o local e a data em que a sentença foi proferida.

A única alteração trazida pela lei de arbitragem foi a derrogação do artigo 25 do texto anterior, que exigia do árbitro, ao verificar que sobrevieram à arbitragem questões atinentes a direitos indisponíveis² e, ainda, que da resolução destas dependeria o julgamento, remeter as partes à jurisdição estatal competente e suspender o curso da arbitragem até a decisão judicial final acerca de tais aspectos.

Essa derrogação vem sendo muito debatida e, certamente, trará muitos questionamentos que deverão ser enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência, afinal, se a arbitragem só pode ser utilizada para resolver litígios derivados de direitos patrimoniais disponíveis, poderiam os árbitros, ainda que incidentalmente, se imiscuir no mérito

2. Que não podem ser objeto de negociação.

de discussões, a princípio, não arbitráveis, para chegar a uma conclusão acerca da disputa principal?

De fato, a exclusão do artigo corrobora com a celeridade dos processos arbitrais, posto que mina uma possibilidade de suspensão da lide. No entanto, parece ser um campo bastante pantanoso a ser cruzado pelos especialistas, para que não se acabe abrindo brechas a ações anulatórias, aumentando sua incidência e, ao fim, também postergando a resolução total do litígio entre as partes.

Ação anulatória

A ação anulatória, como já mencionado brevemente, é aquela que visa anular uma sentença arbitral proferida em desconformidade com os ditames legais que a regulam. Normalmente, questões de ordem procedimental (como as alegações de desrespeito ao devido processo legal durante o processo arbitral, por exemplo) são as mais utilizadas pelas partes irrisignadas com o que restou decidido.

Antes da reforma da lei de arbitragem, o art. 33 não definia claramente o termo inicial para a contagem do prazo nonagesimal (90 dias) para o ajuizamento da ação, afinal, poderia ser definido como o da decisão “final” (após feitos todos os pedidos de esclarecimentos cabíveis) ou mesmo da “parcial”. Com o novo texto do art. 33, fica esclarecido que o termo inicial para a contagem desse prazo é o do recebimento da notificação da decisão arbitral pela parte, seja ela parcial ou final. Além disso, a anulação da sentença arbitral também pode ser feita por meio de impugnação (art. 475-L do Código de Processo Civil) e não mais por meio de Embargos do Devedor, o que diminui as possibilidades de suspensão da execução da sentença arbitral pela parte vencida.

Medidas de urgência

A reforma da lei de arbitragem também se mostrou produtiva ao definir, acompanhando o que já se havia consolidado na jurisprudência, os momentos em que as partes deveriam se utilizar do judiciário ou do árbitro quando houvesse a necessidade de algum pedido de urgência.

O que ficou definido nos arts. 22, 22-A, 22-B e 22-C pode ser resumido no seguinte: se o processo arbitral ainda não foi iniciado, a

parte interessada pode fazer o pedido de urgência perante o judiciário. Porém, se o processo arbitral já tiver começado, apenas o árbitro será competente para analisá-lo.

Caso a eficácia da medida de urgência concedida pelo árbitro dependa da colaboração da justiça estatal, ele poderá expedir, nos termos do art. 22-C, um documento chamado “Carta Arbitral” para instruir a autoridade judiciária do que deverá ser por ela cumprido e que fora determinado em sede de arbitragem. Antes da reforma, essa comunicação entre árbitros e juízes já era possível, mas a definição de um documento legalmente previsto, certamente, facilitará a administração desse expediente pelo judiciário.

Conclusões

Como se vê, não foram muito inovadoras as alterações perpetradas no texto da lei de arbitragem, posto que, a grande maioria delas, acompanhou o desenvolvimento jurisprudencial já pacificado em nossas cortes. Contudo, a revogação do artigo 25 e a arbitragem junto à administração pública ainda poderão trazer inúmeras celeumas doutrinárias e jurisprudenciais que devem ser acompanhadas de perto pelos especialistas na matéria afim de não se colocar em risco muitas das conquistas que esse instituto teve no país nos últimos vinte anos.

A NOVA ABORDAGEM DO COMPLIANCE: ANTES UM DIREITO DO EMPREGADO, DO QUE UM DEVER DO EMPREGADOR

José Ricardo de Bastos Martins

Dignificando a pessoa humana, o trabalho tem valor social dos mais relevantes, pelo que a atual Constituição o coloca como um dos pilares da democracia.¹

Muito tem se discutido sobre o tema. Os escândalos que superlotam as páginas dos jornais e os noticiários diariamente tornaram esse o assunto da moda. Ninguém mais aguenta o ambiente de corrupção e falcaturas que se revela pior a cada dia, especialmente (mas não só) nas contratações envolvendo o poder público.

Este artigo pretende lançar outro enfoque sobre o tema, com base no que se verifica nos fatos noticiados sobre as empresas envolvidas nos recentes escândalos. Acredito que praticamente tudo já tenha sido falado acerca das consequências jurídicas decorrentes de atos de corrupção como os que vêm sendo diariamente revelados no âmbito da Operação Lava Jato.

Observa-se um enorme contingente de pessoas que – apesar de não terem qualquer envolvimento com o episódio – tiveram o seu dia a dia fortemente alterado, seja pelo impacto que os simples escândalos geram na atividade empresarial (como diminuição do volume de trabalho, perda de negócios etc.), ou, ainda (e de forma muito mais grave), em razão da maneira com que esses episódios afetam a própria *autoestima do trabalhador*, ou seja, *a opinião que ele tem de si mesmo em relação à sua atividade profissional*.

1. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 58.

Segundo José Afonso da Silva,² os valores sociais do trabalho, garantidos pela nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, tratam não apenas de aspectos ligados à sua função de criar riquezas, mas, também, enquanto atividade social de fornecer à pessoa humana as bases de sua autonomia e condições para uma *vida digna*. E essa dignidade pode ser alcançada apenas com uma remuneração adequada dentro de um ambiente seguro e saudável? Certamente que não. É fundamental que o empregado possa exercer suas atividades com a certeza de conhecer os valores éticos da empresa em que atua.

Talvez um dos mais delicados problemas vividos por empresas hoje envolvidas em escândalos de corrupção seja justamente a falta de motivação, orgulho (e até mesmo revolta) que muitas vezes tem se alastrado pela sua base de empregados. Ora, se a dignidade da pessoa humana só se verifica de maneira plena se também estiver presente na atividade laboral, forçoso é concluir que, antes que uma obrigação da empresa, como forma de prevenir condutas que podem causar-lhe prejuízos milionários, *é direito do empregado, constitucionalmente protegido como corolário de seus direitos e garantias individuais, trabalhar em uma empresa que o proteja de situações que possam macular sua autoestima profissional!*

O assunto pode parecer um exagero para quem não se depara com essas questões diariamente. Porém, quem ousaria criticar um indivíduo que se vê extremamente desmotivado por saber que sua empresa não atua de forma lícita na condução de seus negócios? Qual a sensação de um subordinado ao saber que seu chefe, ao invés de competente, pagava propina para atingir resultados?

Tomemos, como exemplo, o recente escândalo ocorrido com a gigante do setor automotivo Volkswagen. Estamos diante de uma das maiores empresas do mundo, com centenas de milhares de empregados ao redor do globo, e detentora de diversas marcas de inquestionável notoriedade. Não há dúvidas de que participar de uma corporação como essa deva ser motivo de orgulho para seus colaboradores. Entretanto, ao admitir que instalou em alguns de seus modelos mecanismos para burlar os testes de verificação de emissão de poluentes, alguém ousaria duvidar da tristeza que certamente se

2. SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 39

abateu por toda a empresa? Das dúvidas que certamente passaram a habitar as cabeças de milhares de empregados?

Antes do ocorrido, certamente muitos deles faziam questão de dizer onde trabalhavam. Agora, é provável que não se sintam tão motivados a falar sobre o assunto, evitando, inclusive, mencionar o nome da empresa em que trabalham para evitar maiores explicações sobre os fatos noticiados pela imprensa. E esse desconforto certamente não se limita às atividades profissionais do indivíduo, estendendo-se aos demais ambientes em que atua: família, amigos, enfim, a comunidade como um todo.

No século 21, com toda a tecnologia da informação de que dispomos, a reputação de uma marca pode se despedaçar em segundos, e os danos podem ser irreversíveis. Isso, porém, tem sido muito debatido sob a perspectiva do empresário ou da própria empresa; ou seja, deve-se evitar a qualquer custo qualquer situação que possa colocar a reputação de uma empresa em cheque, e os programas de *compliance* se afiguram como ferramentas essenciais para essa finalidade.

Entretanto, sem discordar da abordagem anterior, é preciso que comecemos a pensar sobre o tema de maneira muito mais ampla, quando, então, poderemos verificar que, antes mesmo de tratar do tema sob o ponto de vista do desenvolvimento do negócio, é preciso entender que trabalhar em um ambiente ético e transparente é um direito do trabalhador tão caro como tantos outros direitos já tradicional e expressamente reconhecidos em nossa legislação.

E, justamente, por estarmos diante de não apenas uma abordagem que vise prevenir possíveis prejuízos, mas, sim, de um direito essencial, essa nova e mais ampla abordagem precisa ser definitivamente incluída na agenda estratégica do empresário.

Conclui-se, pois, pela urgente necessidade de se redefinir o papel da área de *compliance* dentro das empresas. Se em uma primeira geração o tema teve seu enfoque voltado para coibir práticas ilícitas dentro da corporação, revelando-se como a ferramenta adequada para monitorar/investigar/coibir determinadas práticas, é chegada a hora de entender o tema sob um novo ângulo: aquele em que um programa de *compliance* adequado vai também, por exemplo, fazer a diferença na hora de contratar (e reter) os melhores profissionais do mercado.

É preciso repensar o tema pela ótica de uma ferramenta que gerará vantagem competitiva à empresa, e não somente sob a perspectiva da prevenção de riscos e fraudes. E isso certamente se tornará mais e mais relevante à medida que os cargos estratégicos passem a ser ocupados pelas novas gerações, as quais têm se posicionado de maneira extremamente crítica quanto ao comportamento das empresas na sociedade.

A busca por resultados a qualquer custo tende a cada vez mais dar lugar a uma preocupação mais ampla com a imagem da empresa na sociedade. Fato influenciado fortemente pelo crescente poder adquirido pelo indivíduo de influenciar o destino de uma marca ou produto – um dos grandes legados da internet, especialmente, por meio das redes sociais.

E essa nova abordagem, diferentemente do que alguns possam imaginar, em nada se antagoniza com a anterior. Muito pelo contrário. Estamos diante de um novo estágio no processo de amadurecimento das relações entre as empresas e a sociedade. Aqueles que primeiro souberem se apropriar das vantagens que advirão desse novo momento certamente terão uma importante vantagem competitiva.

Quem viver verá!

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Fábio Martins Di Jorge | Renata Viana Machado

O protagonismo judicial

O país vive momento institucional que será tratado em capítulos apartados nos livros de história. Ganha manchete a crise político-administrativa em razão das deficiências verificadas no controle e vigilância principalmente de dentro para fora da administração pública. A situação é delicada, assim como é a análise atual do regime jurídico que trata do controle judicial sobre atos administrativos e, de tempos para cá, das próprias políticas adotadas pelo Executivo. Encorpam-se os movimentos democráticos, assim como se propala a democracia participativa. Os percalços e os caminhos percorridos para a conquista de uma cidadania reprimida quase sempre deságuam no Judiciário.

Procuraremos, em rápidas linhas e com sofrida síntese, desbravar algumas questões que cercam o tema.

Nesse diapasão, sabe-se que no Brasil é adotado o sistema de jurisdição una, sendo do Poder Judiciário o monopólio de dizer por último e com foros de definitividade o Direito aplicável ao caso concreto quando a ele provocado. Trata-se do Princípio da Inafastabilidade do Controle Judiciário, com assento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. E em tempos hodiernos são muitos atores e muitas formas utilizadas para provocação do Judiciário, sobre qualquer matéria, o que o torna protagonista na defesa democrática.

Para se ter uma ideia desse cenário, em estupendo voto do Ministro Luiz Fux, na assentada da ADIn 5.105/DF, em interessantíssimo caso em que se discutia a reação do Legislativo por edição de lei em sentido contrário a uma determinada interpretação conforme dantes realizada pelo Supremo, destacou-se a complexidade na divisão funcional entre as instituições delineadas pela Constituição. Diz o Ministro, *in verbis*:

À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o *ponto ótimo de equilíbrio* entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo...

Se essas particularidades já recomendam alguma dose de cautela no exercício da *judicial review*, **essa prudência é redobrada nas situações em que o objeto da controvérsia decorre de reações legislativas a decisões proferidas pela Corte, sobretudo por impactar diretamente na esfera de liberdade de conformação do legislador.**

Nesse pormenor, o nosso desenho institucional potencializa essas dificuldades: outorga ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir a *última* palavra acerca do conteúdo da Carta Política. Deveras, enquanto “*guardião da Constituição*” (CRFB/88, art. 102, *caput*), à Suprema Corte é confiada a faculdade de invalidar, invocando o texto constitucional, qualquer lei ou ato normativo emanado das instâncias políticas majoritárias. Noutros termos, **o Supremo detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito**, máxime porque seus pronunciamentos não se sujeitam – repiso, por um viés formal – a qualquer controle democrático. Em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes perfilhou similar entendimento, aduzindo que “[...] as Cortes Constitucionais estão inegavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.”¹

Mais do que o protagonismo do Judiciário, tem se destacado entre nós o protagonismo da própria Suprema Corte, com enfrentamento de casos concretos que antes receberiam críticas sonoras por um suposto ativismo judicial. Fala-se em fragilidade do sistema político, fala-se em necessidade de reformas políticas, fala-se em enfraquecimento do Poder Legislativo, ganho de corpo da máquina judiciária e crítica ao ativismo judicial; toda essa nova axiologia é qualificada como *judicialização da política*, fenômeno que, bem calibrado, permitirá o

1. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão dos fatos e prognoses legislativos pelo Órgão Judicial. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 463.

controle de atividades estatais, quer por meio de lei, quer por meio de decreto, a serem solucionadas no Judiciário.

Há necessidade de que sejam avaliados alguns desdobramentos, principalmente à luz do consagrado sistema de tripartição de poderes, sua crise conceitual e a *reserva do possível*, a fim de se permitir verificar, com alguma exatidão, os limites técnico-jurídicos do controle judicial sistêmico e constitucional das políticas públicas elaboradas por dois outros Poderes que possuem conatural aptidão para a busca da realização dos objetivos e fundamentos da República, mas que não raras vezes, quando instados, se omitem ou agem com equívoco.

Política pública e a necessidade de controlá-la

A exteriorização mais profunda da função de governo se dá por meio da política pública. É o fenômeno por meio do qual o governo, e mais abstratamente o Estado, conduz a sociedade como um todo e cria mecanismos para satisfação das necessidades básicas e programáticas de sua população. Este artigo, à evidência, não se preocupará em trazer à baila a discussão em torno da classificação da função política como um quarto desdobramento da função de Estado (executiva, legislativa e judiciária), mas toma de empréstimo a ideia central de que boa política contribui imprescindivelmente para a busca do interesse público mediante uso de poderes instrumentalmente necessários e conferidos pela ordem jurídica.²

Não se nega necessidade de políticas públicas de qualidade no Brasil, país com dimensões continentais, com vícios históricos que de alguma forma travam um crescimento mais robusto e perene. Já com alguma sedimentação de 1988 para cá, emprestar às consecuições estatais valores constitucionais positivados pode desencadear uma correta efetivação dos planos jurídico e institucional. Essa necessidade de política pública constitucionalizada e eficiente, por outro lado, gera sérias e graves consequências para dentro do mundo jurídico e, conseqüentemente, o Judiciário é chamado à colação.

Não menos importante, o sistema de *check and balances* e a raiz matricial segundo a qual o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou em forma de petições ao Poder

2. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p 29.

Público, trazem à tona a necessidade de que o sistema político-administrativo seja repensado sob a égide da efetivação dos princípios da eficiência e do planejamento, balizas das quais uma política pública jamais poderá olvidar. Com mais razão, se e quando algum legitimado ingressa em Juízo para questionar determinado programa de governo, não poderá o Judiciário deixar de investigar se porventura há violação a direitos, sob pena de arrebentar com a supremacia do interesse público, esse compreendido na sua melhor essência: a violação a um direito fundamental de um é violação à própria sociedade.

Não foi por menos que recentemente, de forma emblemática, com o voto condutor de Ricardo Lewandowski, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Poder Judiciário pode se imiscuir na problemática administrativa quando os órgãos competentes comprometerem a eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Para o Ministro, que julgou o famoso caso sobre a deficiência do aparelho estatal na política pública carcerária:

é chegada a hora de o Judiciário fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, assumindo o *status* de Poder do Estado, principalmente quando os demais Poderes estão absolutamente omissos... no caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.³

Diante da obrigação premente de que o Estado faça cumprir e crie mecanismos tantos que garantam o núcleo constitucional – ao nosso sentir, o desenvolvimento econômico sustentável, os objetivos e comandos da República, que vão além das garantias fundamentais, mas também tocam direitos econômicos, sociais e culturais⁴ – são assaz controláveis pelo Poder Judiciário, quando provocado pelo remédio processual adequado, políticas públicas deficientes e contrárias a esses princípios fundantes. A implicação do controle sobre as políticas públicas traduz o que é de mais relevante em Estado

3. RE 592.581/RS, Ricardo Lewandowski, Pleno STF, J. 12 de agosto de 2015, acórdão ainda não disponível.

4. Clássico julgamento da ADPF 45-9/DF pelo Min. Celso de Mello em decisão monocrática.

de Direito: a proteção à confiança. O controle tem por finalidade, justamente, permitir o confronto do que se extrai como Direito melhor aplicável à espécie, além de conferir legitimidade ao conjunto de atos administrativos agrupados em lei. Não por menos, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro estabelece que a finalidade do controle

é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito, e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.⁵

A transparência da política pública, a forma como ela é organizada e a sua formatação constitucional conduzem à segurança jurídica, geram expectativas válidas ao administrado, fomentam o investimento e permitem a determinação dos movimentos republicanos, com especial destaque sobre a eficácia dos agentes políticos que estão no exercício transitório do poder.

Daí a importância que instiga estudos acadêmicos a delimitar o controle do Judiciário sobre programas de governo e políticas públicas que, no fim das contas, dão o contorno da eficiência do Estado no mundo fenomênico e atingem o cotidiano da população. O Direito Administrativo, temos dito com alguma frequência, desassombra-se como escudo protetor do Particular contra desvios e omissões estatais e por uma dialética moderna, permite a correção de políticas equivocadas e por vezes danosas ao interesse público primário.

Alguns limites ao controle impostos pelo sistema

Há, sem dúvidas, uma crise dogmática no conceito do positivismo jurídico, sobretudo com base na ideia, para nós retrógrada, segundo a qual o Magistrado é a boca da lei e tão somente isso. Um complexo exercício, fundamental para o operador de Direito, busca evitar que sejam confundidos e franqueados ao Poder Público simples justificação

5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 735.

funcional dos fins ou mesmo a alegação vazia acerca da impossibilidade material de realizá-los por meio da utilização da Reserva do Possível.⁶

Em um determinado momento, até se sedimentar alguma Jurisprudência país afora sobre essa temática, havia uma alegação quase que sintomática da impossibilidade financeira de realização do mandamento constitucional por parte do Poder Público faltante. O transporte puro e simples da teoria estrangeira ao Direito interno brasileiro não resistiria sem traumas: e não poderia resistir!

A cura do interesse público primário,⁷ da qual o Judiciário não escapa, necessariamente obrigará o legitimado a realizar uma investigação, mais do que propriamente científica, principalmente empírica, acerca da incidência dos diversos interesses supostamente em conflito; e, superado o longo trâmite processual, será do juiz a tarefa de realizar tamanha ponderação, trazendo para dentro e com foros de jurisdição os direitos que estão a merecer correta conformação jurídica.

Isso nos remete, obrigatoriamente, à clássica lição de Alexy sobre a teoria da ponderação e proporcionalidade dos meios para a persecução dos fins desejados:

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y facticas. La máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si se concibe positivamente

6. Gilmar Ferreira Mendes explica-nos de onde surgiu a teoria: "Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerus clausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível" ("Vorbehalt des Möglichen)." (Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, *Revista Jurídica Virtual*, n. 14, jul. 2000).

7. Daí porque dantes elegemos o desenvolvimento nacional sustentável, que garante ao mesmo tempo o fomento à economia se e quando observados os direitos sociais como norte republicano brasileiro.

al principio subyacente a los derechos de libertad como la mayor oportunidad posible de despliegue de la personalidad outorgada al individuo por la Constitución, entonces toda regulación exagerada anula la posibilidad de maximización de oportunidades y es por ello constitucionalmente ilegítima.⁸

É com a criação de um microsistema⁹ de controle do movimento dos agentes políticos, decorrente diretamente do texto constitucional, que se permite verificar, na prática, o planejamento da coisa pública e a gestão do orçamento. Com isso, verificada a irresponsabilidade financeira, quase sempre a causadora da violação ao direito fundamental reclamado, é possível ao juiz afastar a reserva do possível e determinar, no caso concreto, a política pública dantes omissa ou mesmo equivocada, sendo certo que a ponderação de direitos e a crítica ao uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade deverão ser enfrentados no processo judicial.

Nesse sentido, Rafael Scavone Bellem de Lima lembra que:

a estrutura do exame da proporcionalidade impõe limites à otimização de princípios, impedindo que o juiz revise uma medida estatal, e adote uma alternativa que lhe parece mais propensa a otimizar os princípios envolvidos no caso concreto, quando não houver uma forma menos restritiva de promover, com a mesma eficiência, um objetivo legítimo, cuja promoção justifique a restrição dos princípios afetados. A menos que o julgador entenda que uma decisão tomada por um órgão legislativo ou administrativo restringe um direito fundamental e (a) não promove a realização de algum interesse legítimo; (b) ou promove a realização de um interesse legítimo impondo uma restrição mais intensa do que um alternativa igualmente eficaz; (c) ou impõe uma restrição que não possa ser justificada pela promoção do objetivo pretendido, deve-se preservar a decisão tomada por um órgão estatal no exercício de suas competência normativa, pouco importando a existência de medidas mais

8. ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 112-115.

9. Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Responsabilidade Fiscal e leis esparsas sobre transparência.

eficazes, mais convenientes ou mais desejáveis na concepção de quem realiza o controle judicial.¹⁰

Por outro lado, em recente artigo publicado na revista eletrônica *Conjur*, Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho fazem um breve, porém interessante, paralelo entre as várias ciências que as políticas públicas envolvem e concluem, com bastante precisão, que:

Política pública é Direito; seu DNA é escrito em códigos jurídicos. O Direito, portanto, integra sua essência – e, por integrá-la, exerce influência determinante. Carrega consigo seus vícios e virtudes, seu modo de ser. E, sobre isso, nós, juristas, temos algo a dizer. Essa aproximação (do jurídico com a construção das políticas públicas) é positiva e contém em si o potencial de tornar o mundo do Direito mais realista, pé no chão, de modo que nós, profissionais da área jurídica, tenhamos maior possibilidade de dar contribuição relevante ao aprimoramento da gestão pública no Brasil. A apropriação das políticas públicas pelo mundo do Direito produz mudança aparentemente pequena, singela, mas, em verdade, capaz de gerar boas transformações. Com ela se viabiliza que juristas enxerguem o fenômeno jurídico também por outro viés. Pela ótica das políticas públicas, a norma jurídica passa a ser vista em um contexto mais amplo: o da ação estatal. Desloca-se a visão da norma isolada para outra, na qual são levados em consideração os grandes objetivos perseguidos pelo Estado e a relação entre meios e fins. Ou seja: para o jurista preocupado com políticas públicas, não basta indagar se a norma é válida e vigente, nem interpretá-la em si mesma. Esse jurista se obriga, por um lado, a entender o contexto fático em que a norma surgiu e, por outro, a interpretá-la e aplicá-la em sintonia fina com as complexidades do mundo real, de modo que ela realmente sirva aos fins para os quais foi projetada.¹¹

10. LIMA, Rafael Scavone Bellem. *Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

11. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Políticas públicas tornam o Direito mais realista. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/apropriacao-politicas-publicas-direito-torna-realista>.

Segundo Dworkin, “as políticas seriam aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”,¹² o que se encaixa exatamente nas políticas fundamentais do Estado de Direito brasileiro, as quais visam garantir, por meio da força normativa da Constituição Federal, o desenvolvimento sustentável. Daí porque, de forma destemida, a doutrina haverá de enfrentar o *controle do controle*, vale dizer, o modo pelo qual o juiz poderia alterar o programa de governo e impor, como renovação da ordem jurídica, eventual outra modalidade de política. Haveria a necessidade de se reestruturar os Tribunais para análise do mérito de uma política pública de governo?¹³

O Direito Administrativo, na vanguarda da proteção sistêmica de quem recebe a ação estatal, é, então, mais uma vez instado a se aparelhar e desafiado a harmonizar novos valores que penetram no tecido social com força e impacto tantos que podem, em tese, desequilibrar o pacto social e negar ao Estado a necessária e hodierna eficiência que dele se espera.

Para concluir

Feitas essas breves considerações, importa notar que o Direito Administrativo Constitucional – do qual a política pública retira a essência do ponto de vista jurídico – tem se mostrado, ao longo de nossa história contemporânea, como um efetivo instrumento de “concertação social”, apto e indicado para resolver as questões relacionadas às políticas públicas. Não se mostra simples a adoção, pelo Direito, do conceito de política pública, instituto multidisciplinar que é havido em vários outros segmentos do conhecimento humano e, com menos entusiasmo, recheado de críticas por vozes abalizadas sobre a possibilidade de que o programa de governo, instituído e executado tradicionalmente pelo Legislativo e Executivo, venha a ser questionado, sem sequelas, no Judiciário.

Quase sempre chamado à colação, o Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição Federal reservou a sagrada manutenção de sua supremacia, tem sido alvo de críticas pelo seu suposto ativismo.

12. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

13. Nesse ponto, propomos a especialização das Varas e Turmas Julgadoras.

Após análise de alguns casos concretos, dizem os críticos que o STF tem legislado na falta de lei de regência. Os favoráveis ao controle jurisdicional de política pública, de outra banda, afirmam que a Corte Suprema nada mais faz se não empregar a força normativa da CF aos valores olvidados pelos outros Poderes quando da implementação de programas que afetam a sociedade.

É com essa pedra de toque que se objetivou clarear a dicotomia entre Separação de Poderes clássica e prestígio ao Estado de bem-estar social (*welfare state*). Compatibilizar a tradição do Direito com as necessidades atuais da sociedade, temperado pelo clamar público e pelo atual estágio da democracia institucional e participativa, tornam instigantes as formas pela quais o Direito regulará e definirá os meios e os fins buscados pelo controle das políticas públicas.

Não é por menos que Américo Bedê afirma que

o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição.¹⁴

Deveras, a complexidade das relações jurídicas sociais, entre os particulares e destes para com o Estado, obriga uma análise mais percuciente da política pública, da sua eficiência e como ela penetra *a fortiori* na sociedade e, sobretudo, pelo modo como o Direito recepciona a instalação da jurisdição constitucional entre nós.

É que Eduardo Appio vê no sistema econômico a possibilidade de influenciar as políticas públicas e, portanto, macular objetivos fundamentais da maioria sem acesso ao poderio político e econômico. A necessidade de uma definição clara dos limites da intervenção judicial não pode se dar, portanto, somente no plano ideológico – muito embora a ideologia, compreendida como expressão da busca de uma sociedade ideal, forneça vigorosos argumentos em prol da evolução social – mas deve agregar ao debate jurídico elementos concretos de política, da moral e da sociologia.¹⁵

14. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

15. APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. E ainda: “Entre a ausência completa de limitações

Estamos, pois, com Andreas Krell, para quem

onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível de Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir.¹⁶

A preservação dos direitos fundamentais serve, então, para criar e manter os pressupostos elementares de uma vida com dignidade humana.¹⁷ E é nesse contexto jurídico, destarte, que o controle judicial de política pública, sobretudo quando analisada pelos novos valores emprestados pelo Direito à esse fenômeno sociopolítico, é instrumento eficaz de consecução de eficácia das garantias fundamentais.

Sabemos que a realidade se sobrepõe aos conceitos preexistentes. Somos hoje a oitava economia mundial, ainda que não pareça. A imagem de país-colônia se torna cada vez mais remota e, com isso, os mitos ficam pelo caminho. A organização da sociedade sofre profundas alterações. A relação capital/poder empurra e impulsiona, com força diametralmente contrária à garantia de efetividade de direitos universais, a manutenção de poder e a prática de políticas públicas que visam, sem se escorar nos meios, atingir fins públicos que se mostram, em um primeiro momento, capazes de satisfazer algum dado concreto,

à atividade judicial e a supressão de qualquer margem de intervenção do Poder Judiciário, por conta de uma dogmática restritiva, existe um enorme espaço ainda não preenchido pela doutrina nacional. Os dois extremos do debate são conhecidos. Os defensores de um ativismo judiciário sustentam que a atual relação entre os Poderes da República deve ser redimensionada, a partir da insubsistência da democracia do tipo representativo, do que resulta um Judiciário como superpoder. No outro lado, os legalistas defendem que os juízes devem obediência à lei estrita, pois a maleabilidade dos valores e princípios constitucionais pelos juízes permite a manipulação ideológica do próprio conteúdo da Constituição”.

16. KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

17. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 560.

mas, ao longo do tempo, se mostram catastróficos para a manutenção sustentável do planejamento estatal.

De fato, economistas e especialistas em administração pública criticam o planejamento do Estado por meio de políticas públicas falhas ou desastradas, sem programação de governo em longo prazo. Quer-se atingir, custe o que custar, algum valor porventura descoberto, pouco se importando para o desenvolvimento nacional sustentável, o que na prática tem se mostrado pouco eficiente e agressivo à jurisdição constitucional. Doutrina e Jurisprudência se incomodam. O clamor das ruas desespera-se por reforma política e pelo Estado promotor de serviço público a contento. Promessas não são cumpridas. Corrupção, em que pesem leis e mais edições de lei para combater a mazela, permeia o sistema político nacional. Nosso sistema de contratação pública é tortuoso, a ponto de se espalharem pelo Congresso Nacional centenas de projetos para reforma da lei de licitações e contratos administrativos.

A própria hipertrofia do Estado, ao mesmo tempo em que são questionados os métodos legítimos para a concretização da política pública, causa outro rompimento dos valores constitucionais hoje alinhados e consagrados em nosso sistema jurídico, de sorte que o controle judicial dos atos e programas instituídos e executados pelo Legislativo e Executivo se revelam um grande debate dogmático constitucional a ser definido, estudado, apontado e, porventura, delimitado. O controle, no fundo, deve ser exercido pela sociedade, que é atingida em cheio pelo programa de governo deficitário, que sofre sérias e graves consequências daí decorrentes, mas que tem o poder de provocação pelo meio legítimo franqueado pela Constituição Federal para provocar a correção do curso histórico.

São movimentos sociais que não podem ser esquecidos. Ignorar esse processo de mudança é, em última análise, ignorar a própria realidade, valendo lembrar, aqui, a famigerada afirmação de Ripert: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o direito”.¹⁸

18. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

A TEORIA FINALISTA APROFUNDADA E A PROTEÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Rodrigo Giordano de Castro | Paloma Costa Santos

Embora o Código de Defesa do Consumidor (CDC) date de 1990 e esteja em vigor desde 1991, sempre configurou-se como tormentosa a questão da interpretação sobre a definição legal do conceito de consumidor.

Pela interpretação pura e simples do *caput* do artigo 2º, do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Com relação ao consumidor “pessoa física”, as dificuldades são mínimas, já que parece mais óbvio que uma pessoa natural adquira produtos ou serviços como destinatária final. Entretanto, como situar a pessoa jurídica que, em sua imensa maioria, visa obter lucro pelo desempenho de seu objeto social, o que, invariavelmente, a faz adquirir insumos e/ou contratar serviços para atingir tal finalidade? É fácil enquadrá-la no conceito de fornecedora, mas, com a evolução do Direito, passou-se a questionar em que momento uma pessoa jurídica poderia ser considerada consumidora em vista da imposição da parte final do *caput* do artigo supramencionado: a obrigação de ser destinatária final do produto ou serviço.

Duas são as grandes correntes doutrinárias que abarcam o assunto: a finalista e a maximalista. Tentaremos, de forma simplória, resumir os conceitos trabalhados por essas duas teorias, fruto de debates que se desencadeiam há quase 25 anos.

Para os defensores da teoria finalista, a definição da pessoa jurídica como sendo consumidora passa pela verificação da destinação fática e econômica do produto ou serviço. Isso significa que ela precisa, cumulativamente, retirar definitivamente o produto ou serviço da

cadeia de consumo (destinação fática) e não obter mais lucros com o objeto do consumo (destinação econômica). Vale dizer, portanto, que o objeto de consumo – produto ou serviço – não pode mais ser reinserido na cadeia de consumo e/ou produtiva.

Nas palavras de Roberta Densa,¹

para a corrente finalista ou subjetiva, o consumidor é aquele que retira definitivamente de circulação o produto ou serviço do mercado. Assim, o consumidor adquire produto ou utiliza serviço para suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal ou privada, e não para o desenvolvimento de uma outra atividade de cunho empresarial ou profissional.

Já os que sustentam a aplicação da teoria maximalista flexibilizam um pouco mais a rigidez da letra fria da lei e entendem que para que a definição de consumidor possa ser aproveitada pela pessoa jurídica basta que ela retire o bem de consumo de circulação. Nesse sentido, a destinação que importa para os maximalistas é a destinação fática, ou seja, a retirada definitiva do produto ou serviço da cadeia de consumo. Segundo o Professor Sérgio Cavalieri Filho,

a corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inserida o fornecimento do bem ou prestação do serviço. [...] Não é preciso perquirir a finalidade do ato de consumo, ou seja, é totalmente irrelevante se há objetiva satisfação de necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não o lucro ao adquirir a mercadoria ou usufruir do serviço.²

Muitas vezes deixada de lado nas situações do dia a dia, a teoria finalista aprofundada ou mitigada, contudo, vem ganhando corpo,

1. DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. São Paulo: Altas, 2008. v. 2, p. 6.

2. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.

tanto na doutrina quanto – e mais importante, em termos práticos – na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para permitir o enquadramento da pessoa jurídica ao conceito de consumidora.

Tal teoria aplica-se quando se verifica a presença de vulnerabilidade do que pretende a proteção do CDC frente ao fornecedor do produto ou serviço. Essa vulnerabilidade, em verdade, traduz-se como preceito fundamental da Política Nacional das Relações de Consumo positivada pela redação do inciso I, do artigo 4º, do CDC.³ Além disso, essa extensão do conceito de consumidor repousa na permissão constante do artigo 29, também do CDC, que traz ao sistema jurídico a figura do consumidor por equiparação.⁴

É claro que a definição de vulnerabilidade e sua aplicação à pessoa jurídica também passa por interpretações sobre o alcance do conceito, mas parece-nos que tais interpretações mostram-se um pouco mais objetivas do que a simples aferição sobre a destinação fática ou econômica do produto ou serviço objeto da pretensa relação de consumo.

Tradicionalmente admitem-se as seguintes definições sobre a vulnerabilidade e seu alcance: *técnica* (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), *jurídica* (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo), *fática* (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor) e *informacional* (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Tais conceitos, bastante didáticos, constam de diversos arestos do STJ que abordam o tema.

3. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

4. Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Pertinente a colação do seguinte julgado, de lavra do STJ, que bem define o conceito de vulnerabilidade e apresenta exemplos práticos de sua aplicação:⁵

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. CRITÉRIO SUBJETIVO OU FINALISTA. MITIGAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. VULNERABILIDADE. CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. PRÁTICA ABUSIVA. OFERTA INADEQUADA. CARACTERÍSTICA, QUANTIDADE E COMPOSIÇÃO DO PRODUTO. EQUIPARAÇÃO (ART. 29). DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA SOB A PREMISSA DE TRATOS SUCESSIVOS. RENOVAÇÃO DO COMPROMISSO. VÍCIO OCULTO.

– A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. — Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. — São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

[...]

Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da

5. STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 476.428 – SC – Rel. Min. Nancy Andrighi – Dje 09/05/2015.

vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).

[...]

Com essas considerações, seja por reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade hoteleira (vulnerabilidade fática), da natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido (vulnerabilidade jurídica), e da impossibilidade de extração total do produto dos botijões (vulnerabilidade técnica); ou seja por equiparação, em razão da exposição da sociedade empresária às práticas comerciais abusivas, o CDC deve ser aplicado à hipótese, ainda que por fundamentos diversos daqueles esposados pelo acórdão recorrido.

A teoria finalista aprofundada, então, sem dúvida alguma traz à realidade jurídica uma ampliação do conceito de quem é consumidor e pode, por consequência, ter seus interesses tutelados pelo CDC. Embora não se verifique a materialização do conceito de destinatário final propriamente dito, as características e especificidades da situação analisada permitem a atração do sujeito do direito ao microsistema consumerista em decorrência de sua vulnerabilidade, permanente ou provisória, que se manifesta de tal forma a desequilibrar a relação jurídica a ponto de ser necessário seu enquadramento como sendo de consumo.

Muitas são as decisões que encampam a aplicação da teoria finalista aprofundada e que permitem que a pessoa jurídica possa ser considerada consumidora e ter seus interesses tutelados pelo CDC. Citamos, das proferidas pelo STJ, uma das mais recentes que, por seu teor, bem exemplifica a possibilidade da utilização dessa teoria em situações que, tradicionalmente, seriam descartadas como sendo relações de consumo envolvendo pessoa jurídica:⁶

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE RASTREAMENTO E COMUNICAÇÃO DE DADOS. FALHA. ROUBO DE VEÍCULO. RESCISÃO CONTRATUAL. 1. OFENSA AOS ARTS. 165 E 535 DO

6. STJ - AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 601.234 - DF – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – Dje 21/05/2015.

CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TEMAS APRECIADOS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. 2. APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGAÇÃO. 3. RESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 4. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. NOVA ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não viola os arts. 165 e 535 do CPC o acórdão que, integrado pelo julgamento proferido nos embargos de declaração, se pronuncia de forma suficiente para a solução da controvérsia deduzida nas razões recursais. 2. A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

Essa decisão – e seus precedentes – permitem a interpretação de situações, caso a caso, para possibilitar a invocação do CDC a ser aplicado em situações que, outrora, seriam sem qualquer sombra de dúvidas tuteladas pelo direito comum, o que, em muitos casos, significaria o desequilíbrio que a Política Nacional das Relações de Consumo visa coibir. Não é difícil imaginar, por exemplo, que uma pessoa jurídica não consiga, em decorrência de sua vulnerabilidade econômica, produzir provas adequadas para demonstrar seu direito em uma relação em que paira a dúvida sobre a aplicação, ou não, do CDC, o que, se acontecesse, aplacaria esse desequilíbrio pela inversão do ônus da prova e a presunção de veracidade de suas alegações, por exemplo.

Aos operadores do Direito cabem a interpretação das normas e sua adequação à realidade temporal de sua aplicação. Da mesma forma que o CDC não previu, quando de sua promulgação, proteção aos direitos decorrentes das relações de consumo derivadas do mercado eletrônico (hoje, em verdade, um dos, se não o mais, utilizado no mundo) e, atualmente, essa matéria é objeto de reforma que tramita em nossas Casas Legislativas, não se pode permitir o engessamento das normas sem sua adequação às constantes evoluções da sociedade moderna. Se na década de 1990 o legislador entendia que o consumidor somente poderia ser o destinatário final de produto ou serviço – em interpretação literal da letra da lei – atualmente viu-se a necessidade

de que essa interpretação seja sistemática, ou seja, com atenção ao costume atual, a situação político-econômica do país e todos os elementos que envolvem o tema.

Nessa esteira, a interpretação do conceito de consumidor só poderia ser ampliado – as relações de consumo mudaram, se modernizaram, tornaram-se mais abrangentes.

A teoria finalista aprofundada não encerra a discussão sobre o enquadramento da pessoa jurídica no conceito de consumidora; ao contrário, sua aplicação apimenta ainda mais o tema. Se o que se busca é uma adequação da lei ao seu tempo de aplicação, não se pode imaginar que esse conceito seja estático, até porque sua aplicação está intimamente ligada ao caso concreto.

Contudo, seu conhecimento é importante para permitir que determinadas situações envolvendo produtos ou serviços possam, se for o caso, ser levadas à apreciação do Poder Judiciário sob o manto do Código de Defesa do Consumidor, o que pode ser fundamental para o surgimento do equilíbrio entre as partes, pilar fundamental da Justiça.

FORMAS ALTERNATIVAS DE PRESERVAÇÃO DE EMPREGOS EM MOMENTOS DE CRISE

André Villac Polinesio

Indiscutivelmente, o Brasil enfrenta enorme crise econômica,¹ como inclusive têm sido amplamente divulgada por nossas mídias, bem como sentida por todo e qualquer empresário.

Em momentos como esse, muitos empresários enfrentam o grave dilema da demissão de funcionários para diminuição dos custos fixos existentes – arcando, todavia, com custos diretos de rescisão e perda de pessoal qualificado² – ou, alternativamente, a busca de medidas para, momentaneamente, evitar tais demissões, aguardando por uma retomada da economia. O que é melhor?

1. Sobre o tema: Desemprego no segundo trimestre de 2015 tem a maior taxa desde 2012 – A taxa de desemprego chegou a 8,3%, segundo o IBGE. Índice é o maior desde o início da série histórica. Disponível em :<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/desemprego-ficou-em-83-no-segundo-trimestre-de-2015-diz-ibge.html>. Publicada em: 25. ago. 2016; e CNI projeta para 2015 a maior recessão desde o plano Collor. Disponível em: <http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/4262804/brasil/4262804/cni-projeta-para-2015-maior-recessao-desde-o-plano-collor>. Publicada em: 8 out. 2015.

2. Acerca dos investimentos das empresas em seus empregados: “Ocorre que, diante da evolução tecnológica e da competitividade do mercado, as empresas buscam alternativas para terem em seu rol empregados qualificados e com peculiaridades técnicas que as outras não têm. Como forma de resolução desse problema, algumas empresas começaram a fornecer especialização para seus empregados. A ideia, a princípio, era investir para se ter o profissional qualificado para determinado projeto.” (OLIVEIRA, Hudson Gilbert. Pacto de permanência e sua (i)licitude. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.396, 22 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14230>>. Acesso em: 13 out. 2015.

Na verdade não existe “o melhor”, mas, sim, “o possível”. O desafio materializa-se na busca de soluções pautadas em uma ética de responsabilidade levando-se em conta exatamente a dicotomia dos incluídos/excluídos nesses difíceis momentos.

Por certo, qualquer decisão traz consigo desdobramentos amargos que deixam marcas sociais para todos os envolvidos, com desgastes diretos e indiretos à imagem da empresa, arranhões junto aos princípios que norteiam a função social do empreendimento, além da própria dificuldade em operacionalizar o pior (as demissões), em especial porque se dão em massa; carregam consigo o pesadelo do desemprego e marginalizam o trabalhador, na medida em que a ausência de emprego simboliza uma espécie de “perda de cidadania”, uma vez que a sociedade, de modo geral, nos qualifica pelo que fazemos, produzimos, trabalhamos. Logo, uma discussão/negociação coletiva de trabalho com o Sindicato, para tratar desse tema, da *forma* de como operacionalizar o decidido, sempre é difícil. Aliás, muito difícil; envolve escolhas; disciplina quem e como serão os impactados por essa decisão (lembre-se, não raro, as empresas trabalham com headcount³ definido pela matriz, de forma absolutamente ajustada à necessidade produtiva). Estamos falando de gente. Não simplesmente de números, ainda que o viés econômico norteie a decisão, que tem o fito de viabilizar a empresa. A razão fala mais alto, mas nem por isso torna menos dificultosos os passos que têm de ser dados.

Não sem razão, por isso mesmo, essas demissões serão caracterizadas (tratadas) como demissões em massa, quando, então, conforme indicado, por inexistir qualquer diploma legal que regulamente ou sequer traga definições sobre o conceito, socorremos de conceitos esparsos e casos concretos para delimitar esse instituto.

Em julgamento proferido pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, já se afirmou, quanto à dispensa coletiva, que ela: “É aquela em que o **número de trabalhadores dispensados excede o parâmetro**

3. Definido pelo dicionário online *Oxford Dictionaries* como “A total number of people, especially the number of people employed in a particular organization.” (O número total de pessoas, especialmente o número de pessoas empregadas em uma organização particular.) Disponível em: <http://www.oxforddictionaries.com/pt/defini%C3%A7%C3%A3o/ingl%C3%AAs/headcount>.

habitual de rotatividade da mão de obra.” (TRT 2ª Região – Processo 444/92-A, Acórdão nº 921/92-P – Relatora Wilma Araújo Vaz da Silva).

O doutrinador e Ministro do C. Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado, relator naquela Corte do “Caso Embraer”, foi enfático ao retratar que:

A dispensa coletiva, embora não esteja tipificada explícita e minuciosamente em lei, corresponde a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, **que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, cidadina e até mesmo regional, abalando, ainda, o mercado econômico interno.** (TST – ARE – 30900-12.2009.5.15.0000 – Ministro Relator Maurício Godinho Delgado – Publicado em 04-09-2009)

Essencial que, para efetivação dessas demissões, os empresários negociem com os respectivos Sindicatos, o que traz uma maior dificuldade à tomada dessa decisão, já que isso demandará tempo, eventuais custos adicionais para rescisão desses contratos, além de concessões inesperadas que poderão advir da negociação.

Todavia, podem ser essas demissões imperceptíveis aos Sindicatos, risco que, infelizmente, alguns empresários decidem por correr, mesmo cientes da possibilidade de advir decisão judicial entendendo serem nulas essas demissões, com conseqüente reintegração de todos os demitidos.

Vamos assumir, então, que o empresário decida manter os empregados, preservando-os, passando, assim, à verificação das possibilidades para manutenção dos empregados, com a conseqüente diminuição dos custos diretos e indiretos.

Quais são as alternativas previstas em nossa legislação?

Citamos as mais comuns:

- *implementação de Banco de Horas.* Estabelece o artigo 59, §2º, da CLT, que, mediante Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, poderá ser ajustada a possibilidade de cômputo de horas negativas, para posterior compensação pelos

empregados, quando do reaquecimento das atividades produtivas;

- *implementação de lay-off*. Prevê o artigo 476-A, da CLT, que pode a empresa suspender os contratos de trabalho dos empregados, reduzindo, assim, temporariamente, os salários e encargos trabalhistas, com a obrigatoriedade de, durante esse período (prazo mínimo de 2 e máximo de 5 meses), haver a capacitação dos empregados envolvidos. Não há obrigatoriedade da inclusão de diretores e gerentes.
- *redução de salário e jornada*. Disciplina a Lei 4.923/65, assim como o artigo 7º, VI, da Constituição Federal, a possibilidade de a empresa que, comprovadamente, estiver passando por crise econômica, reduzir em até 25% (vinte e cinco por cento) os salários e a jornada (ou dias de trabalho), por até 3 (três) meses, prorrogável por igual período desde que permaneça a conjuntura econômica desfavorável, devendo-se incluir gerentes e diretores;
- *adesão ao Programa de Proteção ao Emprego (PPE)*. Prevê a Medida Provisória nº 680, de 06 de julho de 2015, a possibilidade de a empresa, caso atendidas regras definidas em referida MP, aderir ao PPE, de forma a disciplinar a redução da jornada e salário dos empregados envolvidos, com ressarcimento, pelo governo, de parte do valor do salário reduzido, celebrando-se, para tanto, Acordo Coletivo de Trabalho com o Sindicato representativo da categoria.

Destacamos que há, dentre todas elas, uma condição comum: a necessidade e obrigatoriedade de negociação com o Sindicato da categoria e, ato seguinte, celebração de instrumento, devidamente validado pela assembleia de empregados, que balisará esse negócio jurídico.

Em outras palavras, nada poderá ser implementado, visando à manutenção de empregos e redução momentânea de despesas das empresas, com preservação de empregos, sem que seja realizada necessária negociação com os respectivos Sindicatos.

Eis aqui, em nosso entendimento, a grande dificuldade de implantação de qualquer dessas medidas, tendo em vista que muitos Sindicatos não estão dispostos a enfrentar essas discussões, seja pela

dificuldade política envolvida, seja por questões ideológicas, seja pelo simples fato de que essa notícia não lhes é fácil de dissimular entre os impactados.

Além disso, existem concessões adicionais, decorrentes da adoção desses programas, que engessam a empresa e impedem a tomada dessa decisão, como é o caso de pleito de garantia de emprego aos envolvidos.

Prova dessa dificuldade é a baixa adesão de empresas a essas medidas alternativas.⁴

Voltamos, então, ao ponto de partida. Qual é mesmo a melhor alternativa diante de um momento de crise? E a resposta ainda assenta-se no fato de que não existe “o melhor”. O que deve pautar toda e qualquer decisão, além de bom senso, envolve responsabilidades. Sim. No plural: responsabilidade financeira e de gestão para viabilizar o negócio vivo; e responsabilidade social para respeitar vidas (essas humanas).

Parece-nos, portanto, que o fundamental é bem planejar e, se necessário for, dentre todas essas alternativas, buscar aquela que trará o menor impacto social e econômico para todos: trabalhadores e empresa, tendo-se presente a máxima de Epicteto, filósofo do século I a.C.: “Deus, concedei-me serenidade para aceitar as coisas que não posso mudar, coragem para mudar as coisas que posso mudar, e sabedoria para reconhecer a diferença”.

4. NUNOMURA, Eduardo. O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) tem dado o que falar. Lançado há um mês, a novidade gera mais críticas do que adesões. Para os especialistas, as empresas precisam ter muita cautela antes de adotar a medida do governo. *Você RH*. Disponível em: http://vocerh.uol.com.br/noticias/legislacao/o-programa-de-protecao-ao-emprego-o-ppe-tem-dado-o-que-falar.phtml#Vh1hM_IViko. Acesso em: 13 out. 2015. MOTA, Camila Veras. Adesão a programa federal para o emprego fica abaixo do previsto. *Valor Econômico*, 13 out. 2015.

O DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS COMPLEXOS

Marcel Tadeu M. Alves da Silva | Eduardo Toledo Filho |

Poliana Banqueri da Silva Guimarães

Na era em que o Google é capaz de encontrar uma resposta em frações de segundo, quanto vale uma informação? A resposta é de advogado: pode não valer nada, mas depende.

Na advocacia trabalhista, de síndicos a empresários, de donas de casa a executivos, em épocas de instabilidade, seja no elevador ou em uma reunião de família, somos bombardeados por duas questões insuportavelmente recorrentes: por que a Justiça do Trabalho é tão tendenciosa a favor do empregado, mesmo em detrimento da lei? E aonde isso vai parar?

De modo geral, para essas perguntas, temos um arsenal de respostas na gaveta, prontas para serem utilizadas e usualmente palatáveis a todos os gostos. É simples: dizemos ser culpa dos juízes ao agirem como Robin Hood; do Legislativo, por não modificar uma legislação tão ultrapassada; do governo, porque é o governo; ou afirmamos ser culpa de todos esses, e fim de papo, resposta dada, assunto encerrado, em questão de segundos ou de horas a depender do gosto do freguês.

Essas respostas, porém, não satisfazem a todos, especialmente àqueles que buscam mapear e contingenciar os riscos de seu negócio, motivo pelo qual tivemos de nos aprofundar um pouco mais no enfrentamento delas, sendo o resultado descrito adiante.

O Direito do Trabalho tem por definição clássica ser um conjunto de princípios e normas direcionadas à relação de trabalho, com o objetivo de melhorar a “condição social do trabalhador”.¹

1. MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 59.

Essa função protetiva ao trabalho subordinado, intrinsecamente ligada à questão social, posicionou essa vertente de maneira fundamentalmente diferente a outras linhas do direito.

Nesse sentido, um marco distintivo do Direito do Trabalho é ter como pressuposto a desigualdade entre as partes, atribuindo ao empregado a qualidade de hipossuficiente e, conseqüentemente, ao empregador a de parte mais forte na relação. Parte da premissa, portanto, da vulnerabilidade de uma das partes, aceitando uma desigualdade real, em contraponto a outras áreas do direito fundadas na isonomia entre partes.

Esse fator, por si, promove diferenças significativas. Um grande exemplo reside na maneira de se compreender um contrato e a manifestação da vontade dele emanada. No direito comum, celebrado um contrato dentro das premissas da boa-fé objetiva, a vontade das partes passa a ser soberana, assim como as condições contratualmente celebradas. Na área trabalhista essa manifestação é relativizada, o espaço contratual é reduzido a situações não conflitantes às disposições tidas como de proteção ao trabalho. A realidade fática prevalece sobre os institutos contratuais – Princípio da Primazia da Realidade.

Outra grande diferença presente no ordenamento jurídico trabalhista é o fato de ter consagrado outras fontes de direito além da lei: a jurisprudência, a analogia, a equidade, os princípios, as normas gerais de direito e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado. No direito comum há uma tendência à adstrição à lei como fonte.

Aproveitando-se dos diferenciais intrínsecos à sua natureza, o Direito do Trabalho tem ampliado a aplicação dos princípios e jurisprudência, frente à lei, utilizando-se da justificativa da proteção aos direitos dos trabalhadores.

Com isso, o Direito do Trabalho Brasileiro, que tem sido apelidado de *common law*² “tupiniquim”, aparentemente vem se afastando da estrutura jurídica adotada no país, que decorre do sistema romano-germânico e se alicerça na lei devidamente positivada e codificada, causando, em muitos, essa sensação de “insegurança jurídica”, sob a

2. Estrutura legal em que o direito se baseia mais na jurisprudência do que no texto legal.

justificativa de que nossos julgadores estão sempre buscando um meio de proteger o trabalhador.

Contudo, a reflexão que podemos e devemos fazer é se de fato o direito positivado e o princípio da legalidade estão sendo observados. Se estamos à mercê de juízes, desembargadores e ministros que buscam mitigar a norma positivada em nome do princípio protetivo, ou se, na realidade, é o empregador que se esquece dos princípios básicos do Direito do Trabalho e que a origem de seus problemas é sua própria conduta.

Passemos, pois, a analisar alguns pontos centrais, de maneira muito reduzida, sobre os principais temas e preocupações enfrentados em nosso cotidiano, em especial no desenvolvimento do mapa de vulnerabilidades trabalhista.

Um dos aspectos mais frequentes na terceirização de serviços consiste na transferência da execução de determinadas atividades de suporte (nominadas como atividades-meio), que em princípio seriam de responsabilidade da empresa principal (tomadora), para terceiros contratados (prestadoras).

Não obstante, se encontra dentro do eixo fundamental de tutela (proteção ao trabalho subordinado), não há atualmente uma conceituação legal sobre essa matéria. Ocorre que o conceito atualmente aceito daquilo que é atividade-meio ou atividade-fim não está previsto em lei, mas advém de construção intelectual do C. TST, previsto na conhecida Súmula nº 331.

Mas o que vem a ser atividade-meio e atividade-fim? Esses conceitos são de fato determinantes para a verificação de vínculo de emprego entre prestador de serviço e a tomadora ou, de alguma forma, a relação de emprego acaba por se caracterizar, analisando-se os artigos da CLT (2º e 3º) que tratam especificamente dos requisitos essenciais à formação do contrato de trabalho subordinado? As empresas estão mapeando todos os riscos inerentes à terceirização de serviços? Há, além da determinação de não se terceirizar os serviços ligados à sua atividade-fim, a verificação se os demais requisitos necessários à formação do vínculo (especialmente a subordinação) estão presentes?

Acreditamos que, concernente a esse tema, falta ao empregador uma melhor análise de seus riscos, dos elementos básicos para que seja autorizada a terceirização de algum serviço, e não meramente

a redução de custos, das características da atividade que está sendo terceirizada e, também, de eventual necessidade de maior ingerência da tomadora em relação aos prestadores de serviços.

Temos convicção que muitos acabam por culpar nossos Juízos e Tribunais, mas não percebem que, na realidade, o conceito do que é atividade-fim ou meio não foi determinante para a decisão a eles desfavorável para a formação do vínculo de emprego.

Devemos lembrar que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, traz os requisitos da relação de emprego e que, por essência, a finalidade da terceirização é a especialização na execução da atividade empresarial. Esse é o argumento da legalidade no Direito do Trabalho.

O empregador que: (i) mapeou previamente seus riscos; (ii) analisou as reais necessidades de terceirização de serviços; e (iii) se certificou que não estavam presentes os requisitos necessários à formação do vínculo de emprego (serviço prestado por pessoa física, com habitualidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade), terá como discutir, com base no princípio da legalidade, se aquela terceirização é válida ou não, com possibilidade de remeter a discussão ao Supremo Tribunal Federal – STF, órgão máximo da Justiça Brasileira, tendo em vista que a Corte Suprema já se posicionou em relação à Repercussão Geral da questão, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713.211/MG.

Assim, a resposta mais simples seria a mesma já exposta aqui, de que a culpa é dos juízes, do Legislativo, do governo ou de todos eles em conjunto. Contudo, acreditamos que basta um melhor mapeamento dos riscos, com a possibilidade de correções prévias às demandas judiciais, para que a sensação de insegurança seja cada vez mais mitigada.

Enquanto isso, aguarda-se a definição do Projeto de Lei 4.330, que trata do tema que é, contudo, muito controvertido. Do lado empresarial, argumenta-se insegurança jurídica – ainda que terceirize atividades compreendidas como meio, não há maiores obstáculos a modificações de entendimento jurisprudenciais, com consequência de efeitos financeiros retroativos, pois tudo está em meio a uma grande zona cinzenta; contrariedade à tendência mundial irreversível de especialização da atividade produtiva, com ganhos em qualidade,

competitividade e produtividade. De outro, os trabalhadores argumentam que haverá redução de direitos trabalhistas e das conquistas sociais adquiridas.

Com relação à jornada de trabalho, uma infinidade de subtemas poderiam ser destacados para corroborar tudo aquilo que dissemos em relação à sensação de mitigação da norma positivada e ao princípio da legalidade, tais como invalidação do acordo coletivo de turnos ininterruptos de revezamento em que se estabelece a jornada de trabalho de 8 (oito) horas, anulação da negociação que estabelece regras de minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho e anulação dos sistemas de compensação de jornada negociados com o Sindicato.

Mais uma vez pede-se uma reflexão. Será que a negociação entabulada observou a necessidade de contraprestação para a transação de direitos? Será que a empresa ao estabelecer, junto com o Sindicato, jornada de trabalho de 8 (oito) horas em turnos de revezamento concedeu alguma contraprestação aos trabalhadores em razão da redução do direito de realizar uma jornada de trabalho reduzida (6 horas)? Iguamente, ao se estabelecer uma flexibilidade maior em relação aos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho (a regra legal prevê que são apenas 5 minutos de tolerância na entrada e na saída, totalizando 10 minutos), será que se observou a imperiosa necessidade de contraprestação à categoria? Será que os sistemas de compensação de jornada negociados com o Sindicato (compensação semanal e banco de horas) não foram invalidados em razão da habitualidade na prestação de horas extras?

Ressaltamos aqui o que já dissemos anteriormente: muitos riscos podem ser mitigados, bastando, para tanto, um melhor mapeamento das vulnerabilidades e oportunidades das empresas, possibilitando, assim, correções prévias às demandas judiciais.

Esse é o fundamento da legalidade. Isso porque o ordenamento permite a transação e não a renúncia. Esse é o Princípio da Legalidade no Direito do Trabalho.

A informação “valiosa” é aquela que permite ao advogado ter planejamento estratégico e enfrentar as questões controvertidas, fundamentado na legalidade, para não deixar o cliente à mercê da diversidade das decisões judiciais. Uma das formas de “prever o

futuro” e fugir/mitigar insegurança jurídica é se planejar; estudar; se preparar para antecipar demandas. Crises existem e sempre existirão. Mudanças representam a única certeza que temos que acontecerão. Vale aquela máxima popular: “o que nos é melhor: chorar ou vender lenços?”.

O PAGAMENTO DE SALÁRIOS DOS DIAS PARADOS EM DECORRÊNCIA DE GREVE E A “CORTESIA COM CHAPÉU ALHEIO”

Luiz Vicente de Carvalho | Carlos Eduardo Dantas Costa

I. Contextualização

Como consequência da grave crise econômica na qual o país está imerso, temos visto e vivido, nos últimos meses, uma nova onda de acirramento das relações coletivas de trabalho.

De um lado, como é da natureza humana, trabalhadores buscam a melhoria de sua condição social, pleiteando, junto a seus empregadores, aumentos salariais, além de novas garantias e benefícios.

De outro lado, os empresários, espremidos, agora, ainda mais, pelo cenário político-econômico (retomada da inflação, disparada do dólar, instabilidade política), fazem lembrar dos malabaristas de pratos, tendo de revelar habilidades circenses na difícil arte do empreender e veem-se, de modo legítimo, impossibilitados de atender às reivindicações que lhes são feitas, por vezes, sob pena de inviabilizar a própria continuidade do negócio.

Como saldo disso – e com imensa contribuição de uma estrutura sindical falida, que produz, em regra, lideranças despreparadas e alheias às questões do mundo que as cerca – cresce, tanto em número de ocorrências quanto na intensidade do confronto, a quantidade de movimentos grevistas em todas as atividades e segmentos econômicos.

Citem-se, como exemplos recentes, a greve nacional dos bancários, dos funcionários do INSS, dos servidores da Justiça do Trabalho e dos docentes em instituições federais, entre outras, cujas reivindicações e forma de cobrança nem sempre se mostram razoáveis.

Até aí, nada de novo ou muito diferente. A questão torna-se relevante e atual, porém, à vista de uma crescente corrente no Poder Judiciário, que condiciona a legalidade da realização, pelo empregador, do desconto dos dias parados à verificação da abusividade, ou não, do movimento paredista.

Em outras palavras: vem crescendo, no Poder Judiciário Trabalhista, o entendimento segundo o qual o empregador somente pode efetuar o desconto dos dias não trabalhados durante a greve, caso essa seja declarada (judicialmente) abusiva.

Nesse sentido, apenas para melhor evidenciar o ponto aqui levantado, vale transcrever acórdão recente, proferido em julgamento ocorrido no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), que analisou movimento paredista ocorrido em “empresa da iniciativa privada”:¹

[...] DECLARO A GREVE NÃO ABUSIVA, ficando garantido o pagamento dos dias parados.

Esclareço, por oportuno, que o reconhecimento da greve como não abusiva, leva ao enquadramento do movimento paredista como mera interrupção do contrato de trabalho, uma vez que o movimento praticado pelos trabalhadores dentro dos limites da lei, inexistindo razão para que a classe trabalhadora seja prejudicada em razão do exercício regular de um direito, repita-se, constitucionalmente garantido, razão pela qual não deverão ser descontados os dias da paralisação [...].²

A tendência ora mencionada é vista por nós com grande preocupação e é com esse pano de fundo que passaremos a tecer comentários acerca da obrigatoriedade do pagamento dos dias não trabalhados em decorrência de greve.

1. Destacamos, propositalmente, a expressão “empresa da iniciativa privada” para, mais adiante, contrapor ao tratamento conferido pelo Poder Judiciário em greves feitas pelos seus próprios servidores.

2. Dissídio Coletivo de Greve nº 1000605-25.2015.5.02.0000 – TRT 2ª Região – Acórdão Publicado no DEJT em 08-09-2015.

II. Considerações legais acerca do pagamento de salários dos dias de greve

O sistema legal atual apresenta evidente diferença quando comparado ao anterior no que diz respeito ao pagamento dos salários dos dias de greve.

Antes, os salários eram devidos caso atendidas as reivindicações, no todo ou parte, quer diretamente pelo empregador, quer por decisão da Justiça do Trabalho.³

Na legislação vigente, a participação em greve, ainda que legítima⁴ (vale dizer: pouco importa a verificação acerca da abusividade, ou não, do movimento grevista), “suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho”.⁵

Quisesse o legislador que os salários fossem pagos no período do movimento grevista, teria estabelecido tratar-se a hipótese de interrupção, na qual há a sustação da prestação dos serviços, mas permanece a obrigação do empregador relativa ao pagamento dos salários, a exemplo do que se verifica no afastamento do trabalho por motivo de doença ou acidente por até 15 dias.

Sendo a greve, portanto, hipótese de suspensão (coletiva) do contrato de trabalho, a consequência jurídica imediata é que deixam de subsistir, temporariamente, as obrigações decorrentes do vínculo empregatício e, dentre elas, notadamente o pagamento de salários.

A lógica, aqui, é muito simples: não havendo prestação de serviços, não há de se falar em pagamento de salários.⁶ Nada mais evidente.

3. Lei 4.330/64, art. 20. A greve lícita não rescinde o contrato de trabalho, nem extingue os direitos e obrigações dele resultantes. Parágrafo único. A greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período da sua duração e o cômputo do tempo de paralisação como de trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados, total ou parcialmente.

4. Lei 7.783/89, art. 2º. Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

5. Art. 7º da Lei 7.783/89.

6. Salvo situações excepcionalíssimas, como na hipótese de o empregador contribuir decisivamente para a deflagração do movimento grevista, como

Não é por outro motivo, senão para suportar a ausência de salários durante a greve (consequência jurídica da suspensão do contrato de trabalho), que o legislador assegurou aos grevistas, entre outros, “a arrecadação de fundos” (Lei 7.783/89, art. 6º, II), para fazer frente às necessidades dos trabalhadores.

Embora a teoria aqui criticada venha ganhando força, ainda se verifica, nos julgados trabalhistas, a ratificação do posicionamento por nós defendido. Vejamos:

PAGAMENTO DOS SALÁRIOS CORRESPONDENTES AO PERÍODO DE GREVE. Prevalece nesta Seção Especializada o juízo de que a paralisação dos serviços em decorrência de greve importa na suspensão do contrato de trabalho, nos termos do disposto no art. 7º da Lei 7.783/89, razão por que, não havendo trabalho, independentemente da qualificação jurídica da greve, o empregador não está obrigado a efetuar o pagamento dos valores correspondentes ao período não trabalhado, salvo situações excepcionais. Precedente do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido. Hipótese em que a Corte Regional declarou “a inexistência da obrigação do suscitante de pagar os salários no período de greve aos seus empregados que a ela aderiram”, fundamentando-se no art. 7º da Lei 7.783/89.⁷

Greve é, inquestionavelmente, um direito fundamental do trabalhador. Porém, seu exercício pressupõe uma tomada de decisão e a assunção de um risco que é, salvo acordo em sentido contrário, o não pagamento dos salários relativos ao período da paralisação.

Isso porque o direito de greve sustenta-se na permissão legal para que o trabalhador não cumpra a principal obrigação inerente ao seu contrato de trabalho, que é a prestação de serviços. Nessa mesma direção, não havendo a prestação de serviços, não se poderá exigir, do empregador, o pagamento dos salários, afinal, não há como se impor somente a uma das partes o cumprimento da obrigação que é bilateral.

Sendo a greve o momento de maior tensão das relações coletivas de trabalho, é necessário que as partes tenham ciência dos riscos a

no caso do atraso no pagar salários ou descumprimento de obrigações contratuais.

7. TST – Processo nº PROCESSO Nº TST-RO-198-91.2011.5.05.0000 – Ministro Relator Fernando Eizo Ono – Publicado em 21-11-2014.

ela associados: para a empresa, o prejuízo econômico da ausência de produção; para o trabalhador, a possibilidade do não recebimento do salário relativo ao período da paralisação.

III. Considerações finais e conclusão

Além de tudo quanto fora apresentado, vale ressaltar que o próprio Poder Judiciário, quando figura na condição de “vítima” de movimentos grevistas, tem adotado postura – para dizer o mínimo – contraditória em relação a esse entendimento segundo o qual o pagamento dos dias parados tem a ver com a abusividade da greve.

Cabe esclarecer, nessa linha, que em sessão ocorrida no dia 25 de agosto de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou enunciado nos seguintes termos:

A paralisação dos servidores públicos do Poder Judiciário por motivo de greve, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Conselho Nacional de Justiça, autoriza o desconto da remuneração correspondente (Lei 7.783/89), facultado ao Tribunal optar pela compensação dos dias não trabalhados.

Ora, aí está a consagração máxima do ditado popular “fazer cortesia com o chapéu alheio”: o Estado, quando é juiz, impõe à iniciativa privada o pagamento dos dias parados e, quando é parte, autoriza o desconto dos salários.

É imperioso que as empresas tomem conhecimento das considerações que, em brevíssimas linhas buscamos apresentar, não para que possam descontar os salários de seus empregados que, por ventura, venham aderir a movimento grevista – ninguém espera que uma empresa tenha como fonte geradora de riquezas o não pagamento de salários – mas, sim, para que o exercício desse direito seja levado a efeito de forma séria e responsável, por trabalhadores que estejam igualmente dispostos a assumir os riscos daí decorrentes.

O QUE SIGNIFICA “ESTADO DE GREVE”

Antonio Carlos Aguiar | Rodrigo Fagundes

À primeira vista, não deveria ser difícil descrever ou decifrar o significado do que efetivamente é um “Estado de Greve”, na medida em que se sabe que um estado de coisas é a combinação de circunstâncias aplicadas em uma sociedade ou grupo em um momento específico. Logo, essa combinação de fatores tem a ver com o fato social em si. Para uma resposta à indagação proposta, poder-se-ia reduzir a uma palavra: greve. Vale dizer, os desdobramentos jurídicos e sociais no decorrer da deflagração do movimento durante o período de paralisação dos trabalhos, por ocasião da deflagração de um processo de autodefesa, como forma de solução de um conflito coletivo. Certo? Não. A resposta não é essa. O “Estado de Greve” relaciona-se, de modo totalmente contrário, com uma situação de fato que não se relaciona com nenhum tipo de mobilização social que resulte em um cessar de atividades laborais. No limite tem a ver com algo como “expectativa paredista”. *Futurologia* jurídica de advertência.

Contudo, o direito de greve não está à mercê desse tipo de “advertência” para se resguardar ou materializar.

Está assegurado no artigo 9º, *caput*, da Constituição Federal, em capítulo destinado à definição dos Direitos Sociais:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Consubstancia-se num Direito Fundamental, com vistas a proporcionar condições para a igualdade de forças na negociação coletiva e, conseqüentemente, atribuir caráter prático aos Princípios do Valor Social do Trabalho (art. 1º, IV, da Constituição Federal), da Autonomia Coletiva Privada e da Liberdade Sindical.¹

Cumprido destacar, ademais, que a norma constitucional que define o direito de greve apresenta-se, conforme indica o próprio texto do artigo 9º (especialmente seus parágrafos 1º e 2º), como Regra de Eficácia Contida,² conceituada por Virgílio Afonso da Silva como a norma constitucional que tem eficácia plena mas pode sofrer limitações pelo legislador infraconstitucional.³

Nesse sentido, foi publicada a Lei 7.783/89, que regulamenta, em âmbito infraconstitucional, o Direito de Greve.

A legislação define, em seu artigo 2º, o *legítimo exercício do direito de greve* como a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”. Isso motivado pela própria teleologia do Instituto, que é a concessão, à classe trabalhadora, de instrumentos de pressão que possibilitem a negociação coletiva, com o empregador ou seu ente representativo, em igualdade de condições.

Importante destacar. O direito de greve é um direito constitucional fundamental. Para exercício desse direito, contudo e por óbvio, há de se ter uma espécie de ponderação, para que sejam evitados abusos

1. Sobre os Princípios da Autonomia Coletiva Privada e da Liberdade Sindical, ensina Antonio Carlos Aguiar: "O princípio da autonomia privada coletiva revela-se como um poder social, no qual o Estado reconhece aos atores sociais a capacidade de autorregulamentarem interesses gerais e abstratos de grupos determinados, que representam, e constitui uma das modalidades da liberdade sindical (AGUIAR, Antonio Carlos. *Negociação coletiva de trabalho*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109).

2. O mesmo entendimento é aplicável à greve dos servidores públicos, prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, consoante decisão do STF nos casos: STF-MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes; STF-MI 708, Rel. Gilmar Mendes e STF-MI 712, Rel. Eros Grau; todos julgados em 25/10/2007.

3. cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 213.

e atitudes ilícitas no ambiente conflituoso da sua atuação, por isso a necessidade de obediência a pressupostos básicos atribuídos pela própria Lei 7.783/89:⁴

Em primeiro lugar, sob o ponto de vista formal, a greve deve ser precedida de Assembleia Geral dos trabalhadores que defina as reivindicações dos da classe e a escolha pela paralisação coletiva da prestação de serviços (art. 4º, *caput* e §1º, da Lei de Greve), bem como comunicada ao empregador ou sua entidade sindical representante com antecedência de 48 (quarenta e oito) horas, prazo estendido para 72 (setenta e duas) horas quando se tratar de paralisação em atividade ou serviço essencial⁵ (arts. 3º, parágrafo único, e 13, *caput*, da Lei de Greve, respectivamente).

No aspecto material, por outro lado, a legislação infraconstitucional sobre o tema determina: (i) a imprescindibilidade de tentativa prévia de negociação e impossibilidade de recursos via arbitral (art. 3º, *caput*, da Lei de Greve); (ii) a observância do emprego tão somente de meios pacíficos de pressão (arts. 2º e 6º, I, da Lei de Greve); (iii) a inexistência, na paralisação, de afronta aos direitos fundamentais de outrem (art. 6º, §1º, da Lei de Greve), de impedimento ao acesso ao trabalho ou ameaça ou dano à propriedade ou pessoa (art. 6º, §3º, da Lei de Greve); e (iv) o fim da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho (art. 14, *caput*, da Lei de Greve).

A greve é legitimada por meio de Assembleia Geral, condição inerente à sua existência, constitui-se, a partir de seu início, em circunstância de fato, na medida em que a mera paralisação de serviços o configura.

É, portanto, ato jurídico em sentido estrito, por depender apenas da vontade do agente (Sindicato Profissional) para sua formação, mas ter seus efeitos jurídicos legalmente disciplinados, independentemente de manifestação de vontade em sentido contrário.

Conforme ensina Mauricio Godinho Delgado,

4. Além das limitações realizadas em âmbito constitucional, como a proibição da greve de militares (art. 142, §3º, IV), disposição aplicável, também, aos Policiais e Corpos de Bombeiros Militares (conforme art. 42, §1º, da Constituição Federal).

5. O rol das atividades e serviços essenciais é previsto no artigo 10 da Lei 7.783/89.

A greve tem seu núcleo situado em torno da suspensão provisória de atividades laborativas pelos trabalhadores, em face de seu respectivo empregador ou tomador de serviços. Este é o núcleo do movimento: uma omissão coletiva quanto ao cumprimento das respectivas obrigações contratuais pelos trabalhadores.⁶

O estudo da matéria deve, assim, ser realizado em dois planos distintos, ainda que intrinsecamente relacionados: (i) o primeiro, vinculado à deflagração do movimento paredista e sua condução, volitivo na medida em que depende da vontade da classe trabalhadora no sentido de paralisar a prestação de serviços; (ii) o segundo, relativo à configuração do Instituto da Greve, que se consubstancia em circunstância avolitiva, por depender apenas da ocorrência, no plano prático, da paralisação.

Onde entra então o bendito “Estado de Greve”?

A verdade é uma só: não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer menção à ideia de “Estado de Greve”.

Não tem função procedimental, quer para resguardar direitos, materializar expectativas, prevenir e/ou pré-avisar a outra parte, seja para justificar e/ou garantir uma expectativa racional inserida em um processo democrático voltada a simetricamente solidificar a autonomia privada dos cidadãos-trabalhadores para fazer uso correto de sua autonomia política.

Com isso depreende-se conclusivamente das duas uma: ou esse “Estado de Greve” se apresenta como um simples elemento de *marketing* dentro do movimento paredista para alcançar mais adeptos à futura greve, por meio de mecanismos de comunicação que ganham espaço e tempo de maturação, levando informações de convencimento para um maior número de pessoas, redes sociais e mídia de modo geral, a fim de justificar a dureza e gravidade da medida de força; ou, e aqui se apresenta a maior preocupação, como um mecanismo de vigilância líquida.

“Vigilância líquida”, conceito construído por Bauman,

é menos uma força completa de especificar uma vigilância e mais uma orientação, um modo de situar às mudanças nessa

6. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1.447.

área na modernidade fluida e perturbadora da atualidade. A vigilância suaviza-se especialmente no reino do consumo. Velhas amarras se afrouxam à medida que fragmentos de dados pessoais obtidos para um objetivo são facilmente usados com outro fim. A vigilância se espalha de formas até então inimagináveis, reagindo à liquidez e reproduzindo-a. Sem um contêiner fixo, mas sacudida pelas demandas de “segurança” e aconselhada pelo *marketing* [...].⁷

Estamos em um mundo “pós-pan-óptico”, segundo Bauman, onde o inspetor (no pan-óptico original da prisão de Bethan, o inspetor controlava toda prisão desenhada mediante uma organização semicircular, mantendo-se no centro, invisível aos prisioneiros) pode escapular, fugindo para domínios inalcançáveis, o engajamento acabou. Mobilidade e nomadismo são agora valorizados. O menor, mais leve e rápido é considerado bom (em especial no mundo das redes sociais).

Daí a grande dúvida: esse “Estado de Greve” interessa a quem em uma sociedade de vigilância líquida? Como podem dele se aproveitar bons e maus interessados? Principalmente, se corre solto em um terreno sem lei, ao arrepio da Constituição e da própria lei de greve?

O direito legítimo, assim como a moral, adverte Habermas,

protege a autonomia simétrica de cada um: nenhum indivíduo é livre, enquanto existir uma única pessoa que não esteja gozando a mesma liberdade. Porém, a positividade do direito obriga a uma divisão da autonomia, para a qual não existe correspondente no domínio moral. Ou seja, a obrigatoriedade das normas jurídicas não se apoia somente na compreensão daquilo que é igualmente bom para todos, mas também nas decisões coletivamente obrigatórias de instâncias que criam e aplicam o direito.⁸

Nesse bojo, a título exemplificativo, inserem-se: (i) greve dos trabalhadores da Companhia Paulista de Força e Luz (CPFL), na base territorial do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas

7. LYON, David. Texto de Introdução. In: BAUMAN, Zygmund. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: 2014. p. 10.

8. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 172.

de Santos, Baixada Santista, Litoral Sul e Vale do Ribeira, que ficou suspensa (em “Estado de Greve”) de 25/05/2015 a 08/09/2015, data do julgamento do Dissídio Coletivo respectivo;⁹ (ii) deliberação, em Assembleia Geral dos trabalhadores, no dia 11/09/2015, de suspensão da greve do Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul (“Estado de Greve”), a partir do dia 14/09/2015, estipulado o retorno da paralisação, por um dia, em 15/09/2015 e 22/09/2015 e, por três dias, em caso de parcelamento dos salários;¹⁰ e (iii) “Estado de Greve” decretado pelos Servidores da Saúde do Distrito Federal (SindSaúde), em 30/09/2015, como preparação para futura greve a ser deflagrada caso o Governo do DF não melhore a proposta para pagamento de reajustes salariais.¹¹

A inserção aqui do “instituto” aborda sua “aplicação” como um dos pressupostos para declaração ou não da abusividade da Greve, mas justamente pela sua “liberdade interpretativa”, diante da sua inexistência jurídica e da inexistência de valores jurídicos para sua aplicabilidade, não tem limites. O perigo mora aí!

O direito fundamental de greve é um só. Garantido constitucionalmente, arredio a “muletas” ideológicas ou mecanismos pós-modernos de vigilância líquida.

Conforme já explicado, o pressuposto básico (ou “núcleo”, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado) do movimento paredista é a suspensão na prestação de serviços pelos empregados. Portanto, equiparar os pressupostos e efeitos do chamado “Estado de Greve” com os atribuídos ao Instituto da greve, *per se*, significa simplesmente obnubilar um direito constitucional. O que não pode ser, seja a que título ou boa intenção se defenda esse desvio, juridicamente, de forma alguma, aceito.

O “Estado de Greve”, portanto, pode ser resumido a “um nada jurídico” sob a ótica justrabalhista.

9. Conforme Acórdão publicado em 08/09/2015 (Processo nº 1000605-25.2015.5.02.0000).

10. Conforme comunicado do Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul, Sindicato Profissional. Disponível em: <http://cpers.com.br/educadores-decidem-por-estado-de-greve-em-unidade-com-o-movimento-unificado/>.

11. Consoante notícia veiculada pelo Sindicato. Disponível em: <http://sindsaude.org.br/porta1/na-midia/servidores-da-saude-anunciam-estado-de-greve.html>.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EXTINÇÃO DAS EXECUÇÕES PELA NOVAÇÃO

Ana Luisa Porto Borges | Rogério Fonseca

O atual cenário econômico – queda nas vendas, diminuição do crédito, alta inflação – deu um grande destaque à Lei 11.101/2005 que instituiu a sistemática da recuperação judicial; todavia, apesar de a lei estar em vigência há mais de 10 anos, ainda existe uma forte resistência dos empresários a seguir essa via.

É fato que o número de pedidos de recuperação judicial cresceram de uma forma galopante. Para dimensionarmos, em relação ao mesmo período do ano passado, tivemos um acréscimo de mais de 50% nos requerimentos de recuperação judicial de empresas de médio e grande porte. Foram 147 recuperações judiciais requeridas em setembro de 2015 contra 65 em setembro de 2014.¹

O receio de uma empresa requerer a recuperação judicial ainda é alto e geralmente ocorre em função da forte desconfiança que gera no mercado inviabilizando crédito e afastando fornecedores e prestadores de serviço – e do desconhecimento dos reais benefícios desse instituto, que, sem dúvida, pode determinar a continuidade da empresa e evitar a falência.

A recuperação judicial tem vários benefícios, sendo os principais: o real deságio, um diferenciado prazo para pagamento das dívidas anteriores ao requerimento da recuperação e, com o deferimento, a imediata suspensão das ações e execuções individuais,² possibilitando que a empresa ganhe fôlego para se reorganizar.

1. Disponível em: www.serasa.com.br.

2. Nos termos do art. 6º da Lei 11.101/2005.

O primeiro passo, após o deferimento da recuperação judicial, é a apresentação do Plano de Recuperação, momento em que o empresário deverá demonstrar que com a dilação do prazo e o deságio das dívidas tem condições de arcar com o passivo; para tanto, pode alienar ativo sem sucessão para futuro adquirente; pode arrendar estabelecimento; pode emitir valores mobiliários, entre várias outras possibilidades.³

Outro real benefício, cremos que pouco conhecido, é a extinção de *todas* as execuções, suspensas quando do requerimento, sempre que o Plano de Recuperação Judicial for aprovado pela Assembleia Geral de Credores e posteriormente homologada pelo Poder Judiciário, sendo que, apesar da polêmica em torno do tema, já existente precedente do Superior Tribunal de Justiça,⁴ confirmando a extinção das obrigações.

A questão posta, e que ainda traz divergências, é se as dívidas anteriores ao deferimento da Recuperação Judicial, especialmente as execuções suspensas, seriam novação ou não. Ou seja, a recuperação judicial com a aprovação e homologação do Plano de Recuperação Judicial caracteriza uma “novação” (isto é, as situações jurídicas existentes *antes* da aprovação do plano em função da repactuação pela aprovação da Assembleia Geral de Credores e homologação judicial geram *novas* obrigações jurídicas).

No precedente ficou definido por unanimidade que, no primeiro momento, deferimento da recuperação judicial, ocorre a suspensão das execuções individuais – e não extinção.⁵ Segundo o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, “trata-se de um período de suspiro para que o devedor melhor reorganize suas contas e estabeleça estratégias”.

Todavia, com a aprovação do Plano de Recuperação, as execuções anteriores geram um novo título judicial, nos termos do art. 59, § 1º que dispõe: “A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial”. Por conclusão, como as execuções individuais antigas fazem parte do Plano – e, portanto, foram negociadas, e aprovadas pela Justiça –, não podem continuar tramitando, sendo compulsória a extinção.

3. O art. 50 da Lei 11.101/2005 traz um rol exemplificativo dos meios para recuperação judicial.

4. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.277.696. Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

5. A suspensão tem um prazo de 180 dias e, vencido, as execuções voltam a correr. As regras estão descritas nos artigos 6º e 52 da Lei 11.101/2005.

Portanto, estando extintas as antigas execuções e havendo o inadimplemento do Plano de Recuperação antes de dois anos, o juiz deverá converter a recuperação em falência; porém, após dois anos com a extinção da recuperação judicial, havendo o inadimplemento do Plano, os credores deverão pedir a execução específica da obrigação assumida no Plano de Recuperação, diante da extinção das execuções que foram novadas.

BEBIDA ALCOÓLICA NA PROPAGANDA

Renato de Oliveira Valença

Não é de agora que a bebida alcoólica está no visor da sociedade como um forte ponto de atenção, merecedor de alguns avanços na legislação que criaram diversas restrições ao produto.

Em 2008, foi aprovada a famosa “lei seca”, que extirpou a venda de bebidas alcoólicas (para consumo no local) nas áreas de rodovias. Mais importante, a mesma lei proibiu a direção de veículo automotor após o consumo de qualquer quantidade de álcool, sob pena de multa pesada e suspensão do direito de dirigir.

Em 2011, uma lei no estado de São Paulo reforçou com severidade e clareza a proibição de venda de bebida alcoólica a menores de 18 anos. Em 2014, passou a ser crime de trânsito a direção sob a influência de bebida alcoólica.

Com tudo isso, não parece arriscado dizer que nosso sistema legislativo tem estado alerta contra o mau uso do álcool, criando mecanismos legislativos apropriados e impondo ao infrator penalidades nada brandas.

Ao Poder Executivo coube e cabe adotar as medidas adequadas de fiscalização para garantir a eficácia das normas então criadas. Vemos notícias o tempo todo a respeito das ações das autoridades para coagir a embriaguez ao volante, por exemplo.

A publicidade da bebida alcoólica também não ficou de fora dessa discussão. A própria Constituição Federal de 1988 já estabelecia que a propaganda da bebida alcoólica pode sofrer restrições de Lei Federal, que visará estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propaganda de produto que possa ser nocivo à saúde (no caso, a bebida alcoólica).

Em 1996, a Lei Federal 9.294 criou tais restrições, sendo a maior delas a redução do horário permitido para veiculação em rádio e TV, que passou a ser somente entre 21 h 00 e 06 h 00.

Na construção dessa lei, no entanto, foram classificadas como sujeitas a essas limitações somente as bebidas cujo teor alcoólico fosse maior que 13 graus na escala *Gay Lussac*. Portanto a cerveja, o vinho (ambos considerados na prática publicitária como “bebidas de mesa”), os “*ice*” e assemelhados não precisariam se ater às condições restritivas aplicáveis à propaganda.

O conteúdo da propaganda no Brasil, desde o início dos anos 1980, é amplamente autorregulamentado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária (Conar) e de forma muito eficiente. O Conar, uma associação sem fins lucrativos, é formada pelos agentes do mercado publicitário (agências, veículos de comunicação e as empresas anunciantes), cuja missão principal é zelar pela ética e qualidade da publicidade, evitando a propaganda enganosa ou abusiva.

Um mercado autorregulado tem seus critérios e parâmetros definidos pelos próprios interessados e, por isso, é altamente customizado. Diferentemente de um mercado regulado apenas por leis, a autorregulação permite o rápido alcance das constantes atualizações que o mercado e a sociedade exigem, permitindo ajustes eficazes às normas. Mudanças em uma determinada lei ficam subordinadas a um denso e demorado processo de aprovação até que sejam implementadas e, por vezes, no momento da aprovação, já perderam o seu objetivo inicial. Esse tipo de problema não ocorre na autorregulação. A agilidade também se aplica ao processo decisório nas demandas. A parte não precisa se submeter ao longo tempo de espera de uma decisão judicial, pois o ente autorregulatório tem condições de determinar com rapidez a melhor orientação ao caso concreto. Além da celeridade, outra grande vantagem são os custos envolvidos em um processo instaurado perante a autoridade autorregulatória, que é infinitamente menor do que o custo de um processo judicial.

Embora não seja o Conar uma autoridade governamental, as decisões tomadas pelo Conselho de Ética dessa entidade privada, sempre seguindo um rito processual, observada a ampla defesa e mediante estímulo ao debate, são acatadas pelos envolvidos, sem necessidade de se submeter o assunto ao Poder Judiciário.

No Código de Autorregulamentação, construído ao longo dos últimos 35 anos com base na reconhecida e premiada criatividade brasileira, há um anexo (Anexo A) dedicado a tratar sobre as recomendações éticas mais restritivas quanto a bebidas alcoólicas (aquelas com teor superior a 13 graus na escala *Gay Lussac*). O Anexo P, por sua vez, cuida das recomendações para propaganda das bebidas normalmente consumidas durante as refeições, por isso ditas de mesa (no caso, as cervejas e os vinhos).

Não obstante a autorregulação já existente há tantos anos no Brasil, sob a justificativa de se perseguir a proteção do direito à saúde e à vida, há diversos movimentos e projetos de lei que tentam modificar a abrangência da Lei 9.294/96, buscando-se modificar o conceito de bebida alcoólica para efeitos de publicidade. De acordo com o que se discute, seria considerada como alcoólica, com todas as restrições aplicáveis, qualquer bebida com teor superior a 0,5% (o que inclui cerveja e vinho). Porém, até o momento, não houve qualquer alteração legislativa nesse sentido.

No entanto, houve uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (estados do Sul) que deu provimento à Apelação do Ministério Público Federal (Nº 5017742-24.2012.404.7100RS) em Ação Civil Pública, determinando à Anvisa e à União que passem a aplicar diversas restrições a quaisquer bebidas alcoólicas cujo teor seja igual ou superior a 0,5%. Essas restrições abrangem as mesmas limitações impostas pela Lei 9.294/96 (ou seja, a publicidade na TV somente poderia ocorrer entre 21 h 00 e 6 h 00), além de outras que são criadas, sob pena de multa de R\$ 50 mil por dia.

Na opinião do desembargador federal Luís Alberto Aurvalle, relator do caso, restringir apenas a bebidas com mais de 13 graus *Gay Lussac* é negar a realidade social, dando maior proteção ao setor econômico, sendo notório que as propagandas de bebidas alcoólicas, em especial as de cerveja, associam o consumo a imagens e situações atraentes, divertidas, pessoas bonitas, erotismo e juventude, elementos que, em sua opinião, poderiam chamar a atenção de crianças e adolescentes.

Sem entrar no mérito do caráter social e de proteção que possa ter motivado esse resultado, não podemos deixar de ressaltar que uma mudança como essa deveria ocorrer com uma alteração do texto da Lei 9.294/94, que já trata do assunto e foi aprovada, à época, seguindo-se o rito do processo legislativo.

A nosso ver, uma decisão judicial não poderia alterar ou expandir o alcance de uma lei dessa maneira. O processo judicial continua em trâmite, dividindo as opiniões.

ASSEMBLEIAS VIRTUAIS: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO

Claudia Soares Garcia Bergamini

Agora, tendo visto tudo e sentido tudo, tenho o dever de me fechar em casa no meu espírito e trabalhar, quanto possa e em tudo quanto possa, para o progresso da civilização e o alargamento da consciência da humanidade.

Fernando Pessoa¹

As mudanças que o mundo vem experimentando desde o século XVIII, exponencialmente aceleradas a partir de meados do século XX, introduziram, dia a dia, novas formas de os partícipes da sociedade se relacionarem. Não apenas nas forças produtivas e/ou de trabalho, mas também no modo como o Direito se manifesta ao cumprir seu propósito de dirimir os variados conflitos havidos no seio social.

E, nesse ponto, afigura-se relevante dizer que as novas tecnologias modificam apenas o modo de manifestação do Direito, não o Direito em si próprio considerado, porquanto as normas de direito material continuam sendo aquelas existentes antes. O Código Civil para disciplinar as relações jurídicas havidas em âmbito cível; o Código Tributário Nacional, no que tange às relações entre Fiscos e contribuintes originadas da prática de fatos geradores previstos em legislações federais, estaduais ou municipais; a CLT como norma regente das relações do trabalho, entre outras tantas ilustrações que aqui poderiam ser aventadas. Daí ser correto afirmar, com certa segurança, que o denominado “direito eletrônico” se presta apenas

1. Carta a Armando Côrtes-Rodrigues, 19 de janeiro de 1915.

ao regramento das formas como as quais as relações jurídicas se apresentam doravante, mas não um novo direito, propriamente dito.

Os novos recursos eletrônicos já regulamentados por seus interessados têm apresentado bons resultados. Tenha-se como exemplo o modo como a Receita Federal do Brasil passou a se relacionar com os contribuintes a partir da implementação do Portal e-CAC (Centro de Atendimento ao Contribuinte eletrônico). A adoção do referido sistema eletrônico foi o embrião de mudanças radicais que agilizaram e automatizaram o cumprimento de intimações e de obrigações acessórias em geral. Desde então outras alterações foram levadas a cabo, como o sistema Sped, que eliminou documentos fiscais físicos e os substituiu por documentos virtuais. A tal ponto chegou que, atualmente, pessoas físicas podem fazer sua declaração de imposto de renda (DIRPF) por *tablets* e viajantes podem preencher e enviar suas declarações de bens trazidos do exterior pelo mesmo equipamento.

Não se pode deixar de citar, também, o Poder Judiciário e os órgãos administrativos de julgamento, como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, que, ao introduzirem o processo eletrônico, reduziram muito o tempo de tramitação das lides lá instauradas, preservando, por outro lado, o sigilo das informações e os festejados princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Entretanto, na contramão de tudo o que se tem visto, as formas como as quais as relações disciplinadas pelo Direito Societário são documentadas ainda são as mesmas daquelas existentes na década de 1970. Deveras, ainda hoje a Lei 6.404/76 determina que atas de assembleias devem ser lavradas em livro e arquivadas, em outra via, no Registro do Comércio. Prevê também que haja publicações em dois jornais, o *Diário Oficial* e um jornal de grande circulação. São burocracias que trazem maior burocracia, morosidade e custo à manutenção da vida societária da companhia. E inúteis, porque atualmente apenas um pequeno grupo de pessoas ainda lê jornais físicos; a maioria esmagadora se vale de *sites* e portais de notícias. As juntas comerciais, por sua vez, detêm certificação eletrônica para guardar, com segurança, arquivos digitalizados em seus servidores e já estão implementando algumas mudanças nesse sentido, como exemplo, nos estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Todavia, nenhuma outra exigência é mais obsoleta do que a necessidade de as assembleias gerais serem realizadas, salvo motivo de força maior, na sede da companhia, exigindo de todos acionistas sua presença física ou nomeação de um procurador, conforme artigo 124, parágrafo 2º, e artigo 126, parágrafo 1º, ambos da Lei 6.404/76.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa² afirma que “a lei brasileira, ao contrário da francesa, não permite que o estatuto determine outro local para a realização da assembleia geral que não o da sede social”.

O Brasil tem uma superfície de 8.515.767,049 km², divididos em 26 estados brasileiros e um Distrito Federal. Caso um acionista residente em Curitiba seja convocado para uma Assembleia em Manaus, deverá se deslocar até o outro lado do país para comparecer ao conclave e exercer seu direito de voto. Há aqueles que, para defender essa obrigatoriedade, alegam que o acionista poderá se fazer representar por procurador. Mas o argumento se enfraquece, sob o ponto de vista estritamente societário, quando lembramos que a assembleia é organismo dinâmico, com vida própria. Eventualmente, as informações prestadas pela Diretoria naquele momento poderão influenciar a decisão final do acionista, que ali não se encontra, podendo seu procurador ser levado a erro pelo calor das discussões. Pelo pleno exercício de seu poder político, ao acionista deveria ser outorgado o direito de estar presente, ainda que de forma virtual, ao conclave.

Com acerto, Ribeiro³ defende que o atual estágio de desenvolvimento “já permite a realização de assembleias gerais com a possibilidade de participação à distância, através da utilização de recursos tecnológicos”. E, continua, “em matéria de assembleias gerais de companhias, a utilização de recursos tecnológicos permite maior participação, com valorização do voto e redução do absentismo”.

Assumindo, portanto, que a ferramenta para a realização da assembleia virtual existe, o grande entrave dos operadores do Direito é assegurar o completo entendimento e interação dos acionistas, bem como garantir ao acionista que está navegando pelo mundo virtual a regularidade do computo de seu voto.

2. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 678.

3. RIBEIRO, Renato Ventura. Aplicação de novas tecnologias nas assembleias gerais de sociedades anônimas. In: CASTRO, R. R. M; ARAGÃO, L. S. *Direito Societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 282-283.

Com base em experiência de outras áreas, tal como a tributária e contenciosa, comentadas anteriormente, é possível dizer que o certificado digital poderia ser uma alternativa para atribuir legitimidade ao procedimento de assembleias virtuais, garantindo a titularidade do voto exarado, transmitindo a devida segurança jurídica aos acionistas da companhia.

É sabido que o intuito do legislador foi dar maior transparência e publicidade às normas que regem as companhias, todavia, não se pode negar que tais diretrizes legais são incompatíveis com a realidade da companhia e do mundo que a cerca. A mesma transparência e publicidade pode ser obtida pelos meios digitais, eletrônicos. Mudanças dessa natureza em nada modificariam a essência do Direito Societário em causa, mormente a disciplina jurídica dada aos registros de atas de assembleia, publicidade em veículos de comunicação ou mesmo à própria assembleia. Nenhum direito se modificaria, apenas a forma de sua manifestação.

Infelizmente, nos dias atuais, as companhias não podem se valer das benesses da modernidade virtual para facilitar a sua rotina societária. Críticas existem no sentido de fragilidade da adoção desses procedimentos neste momento, vez que, porventura, poderá ser questionado judicialmente, considerando que contraria de forma clara o procedimento estipulado na Lei 6.404/76. Resta, portanto, uma árdua tarefa aos operadores do Direito para serem criativos ao viabilizar a modernização dos procedimentos societários em novos regulamentos jurídicos, os quais de muito se fazem necessários.

VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM RISCO À SAÚDE FINANCEIRA DA EMPRESA

Marcella Berenice Mesquita de Mendonça Gurgel

A privacidade e a segurança das informações pessoais e empresariais é um assunto em destaque no cenário internacional. A facilidade de acesso à informação e os serviços disponíveis digitalmente significam tanto uma comodidade quanto um risco aos anseios de preservação de segredos empresariais e dos dados pessoais. A transferência e o armazenamento de dados em escala global criam riscos de segurança interna na empresa, seja por ataque de criminosos cibernéticos, seja por erro de funcionários e de prestadores de serviços, e, caso não sejam tratados com a devida atenção, são capazes de gerar danos financeiros e à reputação da empresa. O Brasil ainda é considerado um país que garante pouca proteção aos dados pessoais, uma vez que possui diversos diplomas legais que tratam do assunto direcionando a proteção a situações específicas. Existem três projetos de lei de proteção de dados pessoais sendo discutidos em ambas as casas do Congresso Nacional e no Ministério da Justiça que, se forem aprovados, exigirão das empresas um compromisso com os novos requerimentos que entrarão em vigor.

A privacidade é um termo muito debatido no direito por fazer parte do âmbito dos direitos da personalidade, entretanto, por ser um termo muito abrangente e subjetivo, ele não é capaz de assegurar a proteção que os dados pessoais requerem. Importante notar que apesar de não existir uma definição legal para o termo dados pessoais, os doutrinadores e a própria jurisprudência o definem como qualquer informação capaz de identificar uma pessoa. Além da proteção do sigilo que o direito à privacidade garante, a proteção de dados pessoais

requer que o indivíduo detenha controle sobre os seus próprios dados. Nesses termos, além de garantir um nível razoável de segurança para o armazenamento das informações, a doutrina defende que a legislação deve garantir que o indivíduo consinta com o modo que os seus dados serão tratados, armazenados e transferidos e que eles sejam utilizados para finalidades legítimas.

A preocupação quanto à proteção de dados pessoais já está inserida em alguns dos nossos diplomas legais como um tema mais específico do que o próprio conceito privacidade. Como exemplo podemos citar o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que exige que o consumidor seja informado por escrito sobre a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo que sejam criados sem o seu consentimento, sendo garantido o acesso aos dados armazenados em seu nome. Ademais, qualquer informação negativa não poderá ser mantida no cadastro de dados por mais de 5 (cinco) anos. Importante notar que existem fortes correntes doutrinárias que defendem que todos os usuários da rede mundial de computadores devem ser considerados como consumidores e, portanto, sujeitos à proteção garantida pelo referido código.

A Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), por outro lado, tem o objetivo de regular o direito à informação dos indivíduos a respeito dos dados coletados por órgãos públicos. A referida lei garante que o tratamento dos dados deve ser feito de forma transparente e com respeito à privacidade do indivíduo. Já a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/11) visa legislar a formação e a consulta a cadastro de dados relativos à formação de históricos de créditos. O referido diploma legal exige que apenas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão sejam objeto de armazenamento e de avaliação de crédito do indivíduo.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) é um diploma legal que estabelece os princípios básicos e obrigações para o uso da internet. A referida lei exige o consentimento livre, informado e expresso do usuário de internet seja dado para a coleta, uso, armazenamento e tratamento dos dados pessoais, esses que apenas poderão ser utilizados para fins legítimos que justifiquem o seu uso, que não sejam vedados pela legislação ou que estejam especificados nos contratos de prestação de serviços.

Importante notar que os diplomas legais listados garantem apenas uma proteção limitada conforme a finalidade da legislação. Por exemplo, o Marco Civil da Internet só garante a proteção de dados pessoais utilizados no ambiente *on-line*. Por exemplo, caso os dados sejam utilizados de forma física, ainda não temos uma legislação que garanta a sua proteção. Por outro lado, todos os indivíduos, empresas e entidades que se encaixem nos termos da lei devem se adaptar às suas exigências.

Importante notar, ainda, que além da necessidade de adaptação aos requerimentos legais, as empresas devem estar preparadas para um possível risco de um *data breach*, termo utilizado no direito norte-americano para indicar um incidente no qual dados sensíveis ou confidências são vistos, roubados ou usados por indivíduos não autorizados. Tal evento pode ocorrer devido a falhas humanas ou, até mesmo, em decorrência da ação de *hackers*.

O Brasil é hoje um dos países mais vulneráveis a ataques cibernéticos do mundo, seja pelo número crescente de usuários da rede mundial de computadores, seja pela habilidade desenvolvida por *hackers* brasileiros ou até mesmo pela falta de conscientização das empresas e consumidores. Enquanto no mundo o crime na internet é um dos quatro maiores crimes econômicos, no Brasil ele se posiciona em segundo lugar.

Conforme estudo do *Ponemon Institute*,¹ as empresas brasileiras que tiveram alguma experiência com a violação de dados pessoais tiveram um custo de aproximadamente R\$ 167,00 (cento e sessenta e sete reais) por dado violado, uma vez que a empresa deverá empregar tempo e dinheiro para investigar e monitorar a crise interna na empresa. Assim, importante notar que, em um *data breach* de grandes proporções, o custo pode significar uma grande perda financeira para uma empresa. Além de danos financeiros para solucionar o problema, as empresas ainda estão sujeitas à perda de clientes, perda de reputação e do fundo de comércio.

A exclusão do referido risco não é possível em razão da velocidade do desenvolvimento de programas de computador e da própria

1. Ponemon Institute. 2015 Cost of Data Breach Study. Disponível em: https://www-01.ibm.com/marketing/iwm/iwm/web/signup.do?source=ibmWW_Security_Services&S_PKG=ov34991&S_TACT=C40402FW&lang=pt-br. Acesso em: 10 out. 2015.

evolução da era digital. Entretanto, a sua mitigação é viável por meio de programas de *compliance* que incluam sistemas de respostas a um incidente de violação de dados, treinamento dos empregados, nomeação de diretor de segurança da informação, uso de criptografia, seguro de proteção de dados, entre outros.

A legislação brasileira ainda é falha no que tange à proteção de dados pessoais, apesar de já existirem possibilidades de aplicação de medidas cíveis e criminais no caso de ocorrência de um ato de vulnerabilidade. O Marco Civil da Internet, em seu artigo 12, prevê que infrações às obrigações legais de proteção de dados pessoais estão sujeitas a sanções que variam de multa de até 10% do faturamento do grupo econômico no Brasil em seu último exercício até a proibição de exercício das atividades que envolvam o tratamento de dados. A referida lei ainda prevê que, no caso de empresa estrangeira, a subsidiária brasileira responde subsidiariamente pelo pagamento de uma eventual multa aplicada.

A jurisprudência brasileira ainda não está consolidada no sentido de aplicação de danos morais nos casos de violação da privacidade por vazamento de dados pessoais. Um caso recente com pedidos de danos morais, por violação da imagem e privacidade, envolvendo o aplicativo “Lulu”, aplicativo de avaliação subjetiva dos usuários masculinos do Facebook, foi indeferido pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais,² uma vez que a referida Turma Recursal entendeu que o indivíduo contribuiu para a violação à sua privacidade por ter compartilhado certas informações pessoais com amigos do Facebook.

No que tange às sanções aplicáveis aos responsáveis pelo dano, a Lei 12.737/12 prevê sanções criminais aos atos de invasão de dispositivo eletrônico com a intenção de obter, adulterar ou destruir dados e/ou informações sem o consentimento do dono do aparelho. Os executivos da empresa apenas serão criminalmente ou civilmente responsáveis se agirem com culpa ou dolo no ato que gerar o *data breach*.

Nesses termos, em que pese a ausência de legislação específica, o ordenamento legal brasileiro já prevê a possibilidade de criminalização e responsabilidade civil em alguns casos de violação de dados pessoais. A nova legislação de dados pessoais deverá ser ainda mais abrangente no que tange às penalidades e extensão da proteção

2. Processo nº 2013.01.1.181467-6, Quinto Juizado Especial Cível de Brasília, data do julgamento: 02/02/2015. DJE 04/02/2015.

conferida. Ademais, ela será responsável por trazer segurança jurídica às relações que envolvem dados pessoais e pela atração de novos negócios relacionados com o tratamento de dados pessoais em nível internacional. Devido às penalidades já aplicáveis, à responsabilidade civil decorrente do ato e à possibilidade de entrada em vigor de uma legislação ainda mais abrangente, é recomendável que as empresas se preparem e coloquem em prática políticas de *compliance* que garantam uma proteção mínima aos seus consumidores, fornecedores e aos próprios segredos empresariais.

DA AQUISIÇÃO DO DIREITO DE VOTO PELAS AÇÕES PREFERENCIAIS QUE NÃO FAZEM JUS A DIVIDENDO FIXO OU MÍNIMO

Rafael Villac Vicente de Carvalho

As ações preferenciais são importantes ferramentas de captação de recursos em sociedades anônimas, pois permitem, por um lado, que a companhia se capitalize, possibilitando, por outro, que haja manutenção do controle societário pela retirada, de tal espécie de ação, dos seus direitos políticos.

Todavia, apesar de a Lei 6.404/76 permitir que seja extirpado o direito de voto da ação preferencial, muito já de discutiu na doutrina, assim como na jurisprudência, acerca da aquisição do direito de voto pelas ações preferenciais, havendo, não raras vezes, divergência com relação às ações preferenciais que podem adquirir o direito de voto, uma vez que tenha sido ele extirpado.

As ações preferenciais passaram a ser previstas no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 21.536/32, que dispunha que as companhias poderiam emitir ações preferenciais, cuja preferência sobre as ações ordinárias poderia ser na forma de prioridade na distribuição de dividendos, fixos ou cumulativos, prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele, ou uma combinação de tais vantagens. Além disso, referido Decreto permitia a subtração do direito de voto da ação preferencial mediante a concessão de direito patrimonial ao seu detentor.

O Decreto-lei nº 2.627/40 também previa a possibilidade de emissão de ações preferenciais, repetindo as disposições do Decreto nº 21.536/32 com relação às preferenciais a ela atribuídas. A atual lei das SA, a exemplo do que já se vinha utilizando no Brasil desde 1932,

também admite a emissão das ações preferenciais e a possibilidade de exclusão do direito de voto, já que não incluído mencionado direito no rol de direitos inalienáveis, contido em seu artigo 109.

Todavia, como todos esses diplomas previam que umas das vantagens da ação preferencial poderia ser a prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele, diversas regras estatutárias previam que a companhia emitiria ações preferenciais cuja preferência seria reembolso do capital, e não prioridade na distribuição de dividendos.

A preferência no reembolso do capital, quando concedida como direito único do preferencialista, caracteriza, na maioria das vezes, um direito virtual do preferencialista que, quando há subtração do direito de voto, se vê alijado do processo político da companhia sem qualquer contrapartida patrimonial efetiva.

Em razão de alegados abusos de normas estatutárias dessa natureza, a Lei 9.457/97 tentou corrigir tal deturpação no uso das ações preferenciais, exigindo que os acionistas preferenciais, que não fizessem jus a dividendo fixo ou mínimo, tivessem direito, então, a um dividendo diferenciado de, no mínimo, 10% (dez por cento) maior que o dividendo concedido aos acionistas ordinários. Diante dessa nova regra, não mais seria possível excluir o direito de voto do preferencialista sem que a ele fosse garantido um efetivo direito patrimonial que, no caso, seria o dividendo diferenciado, caso ele não fizesse jus a dividendo fixo ou mínimo.

É certo, porém, que a Lei 10.303/01 que, novamente, alterou a Lei das SA, eliminou a proteção concedida pela Lei 9.457/97 aos preferencialistas de companhias de capital fechado, ao fulminar a obrigatoriedade do dividendo diferenciado aos preferencialistas que não fizessem jus a dividendo fixo ou mínimo.

E é neste cenário atual que a doutrina se divide entre: (i) aqueles que defendem que o preferencialista que não tem direito a voto e que não faz jus a dividendo fixo ou mínimo também adquire o direito de voto contingente¹ e (ii) aqueles que defendem que somente adquirem

1. VALVERDE, Trajano de Miranda. In: *Sociedade por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2, p. 65; PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. In: *Sociedade por ações*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2, p. 359; BATALHA, Wilson de Souza Campos. In: *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2, p. 552; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. In: *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 236.

o direito de voto contingente os preferencialistas que fazem jus a dividendo fixo ou mínimo.² A doutrina o chama de voto contingente, pois o voto do preferencialista que teve tal direito subtraído somente pode ser exercido caso a companhia tenha deixado de distribuir dividendos pelo prazo de 3 (três) exercícios consecutivos ou por outro prazo previsto pelo estatuto não superior a 3 (três) exercícios consecutivos.

A divergência na doutrina decorre do previsto no §1º, do artigo 111, da Lei das SA. Parte da doutrina que defende que o voto contingente pode ser exercido por todo o preferencialista, inobstante a preferência a que faz jus, leciona que o diploma da lei societária deve ser interpretado de forma teleológica e sistemática, sem se ater à literalidade do dispositivo. Por meio dessa interpretação, não seria justo ou razoável que o preferencialista, aliado do direito de voto e que não faz jus ao recebimento prioritário de dividendo, fique à mercê dos acionistas votantes, vendo seu patrimônio se esvaír, quando a companhia não distribui dividendos e, portanto, não faz seu investimento render.

De outro lado, a parte da doutrina que defende que o voto contingente somente pode ser exercido pelos preferencialistas que fazem jus a dividendo fixo ou mínimo assenta que a intenção do legislador era somente premiar com a possibilidade de voto aqueles preferencialistas que ingressaram no capital com a expectativa de receberem dividendos preferenciais sobre os ordinaristas. Dessa forma, os preferencialistas, que ingressaram na companhia com a mera promessa de reembolso prioritário do capital, não adquiririam direito a voto contingente, caso a companhia deixasse de distribuir dividendo, pois, nesse caso, não haveria mora da companhia, como ocorre com os preferencialistas que fazem jus a dividendo fixo ou mínimo.

Reforça-se a posição dessa parte da doutrina pela análise dos trabalhos legislativos e que culminaram com a promulgação da Lei 10.303/01, nos quais o assunto foi debatido, tendo o legislador, expressamente, decidido que a regra do §1º, do artigo 111, da Lei das SA, somente se aplica àqueles preferencialistas que fazem jus a dividendo fixo ou mínimo, não se estendendo àqueles que fazem jus às

2. Fábio Ulhoa Coelho, em parecer acostado aos autos da Ação Ordinária nº 951/2000, que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Mirassol/SP.

demais preferências. Na mesma esteira, é o recente posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários.³

Tal celeuma foi levada ao Judiciário, tendo a discussão acerca da aplicabilidade do §1º, do artigo 111, da Lei das SA, chegado ao Superior Tribunal de Justiça.⁴ Em decisão prolatada por maioria de votos, o STJ acabou por julgar, em decisão que vem sendo citada como paradigma na análise de casos análogos, que somente faz jus ao exercício do voto contingente os preferencialistas que têm direito a dividendo fixo ou mínimo, não se estendendo a preferencialistas que tenham quaisquer outras preferências, inclusive prioridade no reembolso do capital.

Diante do posicionamento da corte uniformizadora de jurisprudência, restou pouco para se argumentar em sentido contrário, tendo se assentado, por ora, inobstante a opinião de parte respeitável da doutrina, o posicionamento de que o voto contingente somente pode ser exercido pelos preferencialistas que fazem jus a dividendo fixo ou mínimo, pois somente com relação a eles a companhia se constitui em mora, pois somente com eles foi contratada a distribuição diferenciada de dividendos.

Dessa forma, e de acordo com a posição mais moderna do STJ, não se aplica a interpretação sistemática ao §1º, do artigo 111, da Lei das SA, o qual deve ser interpretado de forma literal, pois a *ratio legis* por detrás do conceito ali insculpido levou em consideração que a norma do dispositivo somente se aplica aos preferencialistas que fazem jus ao dividendo fixo ou mínimo, tanto que discutido, expressamente, pelo legislador quando da promulgação da Lei 10.303/01. Assim, em que pese a opinião divergente da parte respeitável da doutrina, o processo legislativo, a moderna posição da CVM e a decisão paradigma STJ levam à conclusão de que somente adquire o direito ao voto contingente o preferencialista que faz jus a dividendo fixo ou mínimo.

3. Processo CVM 97/1297, Rel. Luiz Antonio de Sampaio Campos.

4. Recurso Especial nº 818.506/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, 3ª Turma, j. 17.12.2009

A RELEVÂNCIA DA BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE EM AUTUAÇÕES FISCAIS DIANTE DOS FATORES DE INSEGURANÇA JURÍDICA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Gustavo Perez Tavares

O presente artigo visa a alterar o nocivo hábito de se analisar toda e qualquer infração à legislação tributária partindo-se da premissa de que o contribuinte é um sonegador contumaz, que conduz sua atividade empresária com o escuso objetivo de fraudar a fiscalização, almejando lucros às custas da coletividade. Em que pese a sabida existência de agentes de má-fé, não apenas nas atividades empresariais, mas em todos os âmbitos de relações sociais, não é juridicamente aceitável que se jogue o contribuinte em uma vala comum de sonegadores, como tantas vezes se observa quando da lavratura de autos de infração no Brasil.

Com efeito, existe uma cultura, equivocada, de encarar autuações fiscais imediata e unicamente à luz do artigo 136 do Código Tributário Nacional, o qual, na leitura do Fisco, propaga ser “objetiva” a responsabilidade do agente (no caso, o empresário) por infrações tributárias. Importante transcrever o referido dispositivo para melhor elucidarmos a questão:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Ocorre que, o indigitado art. 136 do CTN, apenas dispensa, para a caracterização da infração, a demonstração do elemento

subjetivo (vontade consciente de lesar o Erário). Isso não quer dizer, absolutamente, que, uma vez caracterizada a infração, não possam (não devam) as autoridades fiscais considerar a boa-fé do contribuinte antes de aplicar-lhes uma sanção mais ou menos gravosa ou, até mesmo, deixar de aplicar a penalidade.

Hugo de Brito Machado¹ corrobora nossa assertiva, afirmando que “O art. 136 do CTN não estabelece a responsabilidade objetiva em matéria de penalidades tributárias, mas a responsabilidade por culpa presumida do agente”. E segue o ilustre professor piauiense demonstrando a diferença entre a responsabilidade por culpa presumida do agente e a tantas vezes propagada “responsabilidade objetiva”:

A diferença é simples. Na responsabilidade objetiva não se pode questionar a respeito da intenção do agente. Já na responsabilidade por culpa presumida tem-se que a responsabilidade independe da intenção apenas no sentido de que não há necessidade de se demonstrar a presença de dolo ou de culpa, mas o interessado pode excluir a responsabilidade fazendo a prova de que, além de não ter a intenção de infringir a norma, teve a intenção de obedecer a ela, o que não lhe foi possível fazer por causas superiores à sua vontade.

Em realidade, constitui dever das autoridades fiscais perquirir a boa-fé do contribuinte na aplicação da legislação tributária, antes de lhe aplicar qualquer punição, como forma de consagrar o princípio da segurança jurídica. Equivale dizer, a boa-fé é elemento relevante nas relações entre Estado-Fisco e contribuintes, devendo sempre ser sopesada inclusive quando da aplicação de penalidade.

A segurança jurídica geral, no atual Estado Constitucional, representa “princípio-matriz”, com funções como a proteção da confiança, a proibição de excesso, a proporcionalidade, a ponderação de princípios e outros. Esse “princípio-matriz” não possui previsão expressa na Constituição Federal, devendo ser compreendido segundo o sistema jurídico, tanto como um direito em si quanto uma garantia de concretização dos demais direitos e liberdades.

1. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 171.

Helena Taveira Torres,² em monografia dedicada exclusivamente ao tema da segurança jurídica, traz, entre diversas definições, uma funcional, no seguinte sentido:

princípio-garantia constitucional que tem 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.

A Constituição Federal traz, com seu artigo 145, o chamado “Sistema Tributário Nacional”, o qual, como “parte” de um “todo” (Sistema Constitucional) também deve ser entendido como tendo por fim dar segurança jurídica às relações entre Fisco e Contribuinte.

A doutrina brasileira procurou esmiuçar a segurança jurídica e conceituá-la como sendo a conjugação de três subprincípios: determinação (não deve haver dúvida sobre o conteúdo da norma), imutabilidade (as “regras do jogo” não devem mudar ao longo do tempo) e previsibilidade absoluta (os agentes devem conseguir prever com exatidão o espectro de consequências a que estará sujeito no futuro).

O aspecto material da segurança jurídica na Constituição Federal foi extensamente analisado por Humberto Ávila,³ que o definiu como “um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade”. Explicamos a seguir, em termos simples, essa definição.

Cognoscibilidade (em contraponto a determinação) decorreria de dois aspectos, sendo o primeiro teórico, pois a linguagem é, por sua natureza, indeterminada, não havendo possibilidade de apresentar significados totalmente prontos antes mesmo de se iniciar a atividade interpretativa (o que não quer dizer que a linguagem normativa não tenha um núcleo de significação já determinado); e normativamente, pois há normas jurídicas que se contrapõem à determinação, como

2. TORRES, Helena Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

3. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 256/362.

a necessidade de conjugação de vários princípios no momento de aplicação de uma norma.

Confiabilidade (e não imutabilidade), pois, apesar de rígida, a Constituição Federal pressupõe a possibilidade de mudanças e/ou mutações. Tais modificações, todavia, devem assegurar estabilidade de continuidades normativas.

Calculabilidade (e não previsibilidade absoluta), pois a natureza do Direito, vertido em linguagem largamente indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução de sentidos, impede a existência de univocidade de seus enunciados, sendo impossível antecipar totalmente os conteúdos normativos. Calculabilidade, portanto, envolve a capacidade de prever o espectro de consequências a que o contribuinte estará sujeito no futuro.

Como exemplo de calculabilidade, temos como normal (ou “seguro”, juridicamente) que uma alíquota de determinado tributo venha sofrer uma alteração em 5%. Contudo, foge à calculabilidade uma alíquota sofrer um aumento de 600%!

No Brasil, um dos fatores de constante insegurança jurídica se traduz pelo excesso e complexidade da legislação tributária. Esses fatores são tão graves que, como reflexo, ainda afetam a igualdade, uma vez que se faz necessária robusta estrutura administrativa dos contribuintes (com elevados custos) para o cumprimento das obrigações principais e acessórias.

Ora, a segurança jurídica deve ser objetivada para o contribuinte – cidadão médio – e não para o especialista em direito tributário!

Esses fatores de insegurança jurídica se tornam ainda mais graves quando se considera que, cada vez mais, é delegado ao contribuinte interpretar e aplicar a legislação tributária, antes mais restrita à administração e ao judiciário. Com efeito, antigamente, os intérpretes da legislação tributária se resumiam às autoridades fiscais e, em caso de conflito, aos juízes. No entanto, cada vez mais é o contribuinte o intérprete primeiro da legislação, a quem cabe verificar a ocorrência do fato imponível, identificar a base de cálculo, aplicar a alíquota correta e recolher, ao final, os valores aos cofres públicos (isso para cada um dos muitos tributos que incidem diariamente para o empresariado).

Justamente em razão dessa “comunidade de intérpretes” (TORRES, 2011) da legislação tributária (contribuinte, autoridade fiscal, juiz) e da posição de “primeiro intérprete” delegada ao contribuinte, o qual se

depara com uma enxurrada de leis e atos normativos, que a boa-fé do contribuinte, a proteção da confiança e a proibição dos excessos devem sempre permear a atuação da Administração e do Judiciário.

Especificamente para o que importa neste artigo, destacamos a necessidade de a Administração considerar a boa-fé do contribuinte quando se deparar com a ocorrência de infração à legislação tributária, notadamente no que se refere às chamadas infrações formais, as quais não acarretam prejuízo econômico imediato aos cofres públicos e, em regra, podem ser solucionadas ou revertidas via simples intimação do contribuinte, sem a necessidade de lavratura de auto de infração.

Um exemplo prático disso se encontra na Lei Estadual (SP) 6.374/89, que assim dispõe em seu art. 72, § 2º:

Artigo 72 – A administração tributária tem por atribuição fazer cumprir a legislação relativa aos tributos de competência estadual, devendo adotar, na sua consecução, procedimentos que estimulem o atendimento voluntário da obrigação legal, reduzam a inadimplência e reprimam a sonegação, tais como a educação fiscal, a orientação de contribuintes, a divulgação da legislação tributária, a fiscalização e a aplicação de penalidades.
[...]

§ 2º – Em observância aos princípios da eficiência administrativa e da razoabilidade, o Auto de Infração e Imposição de Multas pode deixar de ser lavrado nos termos de disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda.

Conforme se observa, a lei estadual é clara em permitir a não lavratura do auto de infração em casos específicos, em respeito aos princípios da eficiência administrativa e da razoabilidade. Esses casos se traduzem justamente naqueles em que não há prejuízo econômico imediato aos cofres públicos e que podiam ser facilmente revertidos por uma intimação do contribuinte, como erro de escrituração fiscal, falta de algum elemento formal da nota fiscal, entre outros.

Estão fora desse contexto, obviamente, aqueles contribuintes que, de má-fé, utilizam esses “erros formais” para burlarem a legislação tributária e se locupletarem ilicitamente. Contudo, conforme advertido no início deste artigo, a presunção deve ser sempre pela boa-fé do contribuinte.

Atualmente, a Portaria CAT nº 115/2014, em São Paulo, regula uma das hipóteses nas quais, havendo boa-fé do contribuinte, notadamente em infrações relativas a obrigações acessórias, o auto de infração poderá deixar de ser lavrado. Confira-se:

Artigo 10 – Mediante análise e decisão da Comissão de Controle de Qualidade e **em obediência aos princípios da eficiência administrativa e razoabilidade, o AIIM poderá deixar de ser lavrado** quando, cumulativamente:

I – a infração não implicar falta ou atraso no recolhimento do imposto;

II – não existirem indícios de dolo, fraude ou simulação;

III – ficar constatado que a infração não trouxe prejuízos à fiscalização, assim entendida qualquer ação ou omissão que:

a) implique embaraço, atraso ou dificuldade à ação fiscal, inclusive o descumprimento a notificação fiscal específica;

b) prejudique o controle fiscal sobre as operações ou prestações;

c) prejudique a utilização das informações dos bancos de dados da Secretaria da Fazenda;

IV – o contribuinte não for reincidente, assim considerado aquele que, em relação a qualquer dos seus estabelecimentos, nos últimos cinco anos, não tiver sido autuado pela prática da mesma infração ou notificado nos termos do item dois do § 4º;

V – o contribuinte não possuir débitos, inscritos ou não em dívida ativa, ou, caso possua, estiverem com exigibilidade suspensa, observado o disposto no item dois do § 2º. (destacamos)

Conforme se observa, portanto, e muito diferentemente do que se costuma pensar, a boa-fé tem sim relevância na hipótese de autuação fiscal em diversas situações, entre elas (mas não unicamente) as da Portaria CAT nº 115/2014.

Esse também é o posicionamento de nossos Tribunais pátrios. Com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por diversas vezes, reconheceu a presunção de boa-fé dos contribuintes e, por conta dela, cancelou autuações fiscais. Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL TUTELA ANTECIPADA CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE INSCRIÇÃO NO CADIN DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE DOCUMENTOS FISCAIS **PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE. 1. A**

antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial pressupõe a concorrência dos requisitos da verossimilhança da alegação em face da existência de prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, CPC). 2. Cobrança de ICMS decorrente de compra e venda com empresas consideradas inidôneas pelo Fisco. Declaração de inidoneidade posterior às operações comerciais impugnadas. Presunção de boa-fé. Tutela antecipada indeferida. Inadmissibilidade. Concorrência dos pressupostos legais. Decisão reformada. Recurso provido.⁴

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL ICMS CREDITAMENTO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE DOCUMENTOS FISCAIS REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS COM EMPRESA POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA **PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE**. 1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não cumulatividade, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação. 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136 do CTN. Precedente do STJ em recurso representativo de controvérsia. Sentença reformada. Recurso provido.⁵

TUTELA ANTECIPADA. Ação declaratória de inexistência de crédito fiscal. Créditos de ICMS com base em notas fiscais consideradas inidôneas pela fiscalização. Necessidade de esclarecer se corresponderam a operações efetivas. **Presunção da boa-fé do contribuinte por não caber presumir o contrário**. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e certidão

4. Agravo de Instrumento nº 0262754-77.2012.8.26.0000, Relator DÉCIO NOTARANGELI, 9ª Câmara de Direito Público, DJe: 28/02/2013.

5. Apelação nº 0048179-02.2009.8.26.0405, Relator Décio Notarangeli, 9ª Câmara de Direito Público, DJe: 08/05/2013.

positiva de débito com efeito de negativa, para participar de concorrência pública e contratar com a Administração. Presentes os requisitos da verossimilhança do direito e do perigo da demora. Recurso provido.⁶

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também se alinha a essa corrente da presunção da boa-fé. Confira-se:

TRIBUTÁRIO – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS – OPERAÇÕES COMPROVADAS. BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE.

1. Constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, não pode o **adquirente de boa-fé (que, no caso, é presumida)** ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora.

Precedentes.

2. Recurso especial provido.⁷

Conforme se observa, os tribunais reconhecem a presunção de boa-fé que deve imperar nas relações entre fisco e contribuinte.

Em conclusão, podemos afirmar que o sistema tributário nacional, como parte que é do sistema constitucional, deve visar à proteção da segurança jurídica do contribuinte. Essa segurança jurídica é fortemente afetada pela quantidade e complexidade da legislação tributária brasileira.

Esse fato (insegurança jurídica decorrente da quantidade e complexidade da legislação) se agrava em razão da “comunidade de intérpretes”, notadamente o contribuinte como intérprete primeiro da legislação, cada vez mais responsável por apurar e recolher corretamente a multiplicidade de tributos brasileiros.

Para garantir a segurança jurídica diante desse caótico cenário, devem as autoridades fiscais considerar a boa-fé do contribuinte antes de lavrar autos de infração (notadamente de infrações formais), e não

6. Agravo de Instrumento nº 0583956-08.2010.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público. Relator Des. Edson Ferreira da Silva, DJ: de 28/02/2011.

7. Recurso Especial nº 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ: 13/03/2006.

partir do pressuposto da “responsabilidade objetiva” do famigerado art. 136 do CTN.

A legislação prescreve instrumentos para operacionalizar essa análise da boa-fé, pelas autoridades fiscais, e os Tribunais pátrios reconhecem que a boa-fé do contribuinte é presumida, devendo o fisco fazer prova em contrário.

Entendemos, portanto, estar demonstrada, ainda que brevemente, a relevância da boa-fé do contribuinte no que se refere a autuações fiscais.

O CONCEITO DE RENDA COMO “ACRÉSCIMO PATRIMONIAL” PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO PELO IR

Fábio Alexandre Lunardini

De longa data admite-se o poder do Estado de exigir uma parte do valor acrescido ao patrimônio de indivíduos e empresas, sob a forma de tributo, para financiamento de suas atividades. É aquilo que José Artur Lima Gonçalves chega a chamar de “uma agressão – consentida pelo sistema [constitucional] – à liberdade e à propriedade”.¹ Essa investida governamental, conta Luís Eduardo Schoueri,² começou na Inglaterra, em fins do século XVIII e começo do XIX, face à guerra travada contra a França napoleônica.

Não foi um imposto aceito facilmente, quer pelos atingidos por ele ou mesmo pela sociedade em geral, considerando o seu próprio caráter de interferência nos negócios particulares. Não obstante, ressalta Schoueri, “sua incontestada eficiência revelou-o, entretanto, instrumento importante para a obtenção de recursos financeiros, mesmo em tempos de paz”.

A par disso, o surgimento e afirmação da consciência do papel do Estado na distribuição das riquezas ajudam na consolidação e aperfeiçoamento do imposto – denominado, no Brasil e em outros países, “imposto sobre a renda” – como fonte arrecadatória legítima.

Todavia, a própria concepção desse imposto considera que apenas o quinhão acrescido, que efetivamente tenha contribuído para o

1. GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda: Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 176.

2. SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

aumento do patrimônio, seja chamado a somar-se ao esforço estatal para a realização do bem comum.

Este artigo busca ajudar a definir o momento e as circunstâncias em que uma entidade – indivíduo ou empresa – deve desfazer-se de uma parte daquilo que auferiu em um determinado período de tempo, que tenha resultado em uma real elevação na riqueza por ela acumulada, e a que se convencionou dar o nome de **renda**.

1. Conceito de renda

A Constituição Federal (CF), em seu artigo 153, III, autoriza a União a instituir o imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. Mais não diz, aparentemente deixando à lei complementar o ônus de definir o referido tributo, bem como seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (artigo 146, III, “a”).

Não se pode, a nosso ver, tomar o legislador constitucional por negligente ou omissor. A primeira razão é que a lei complementar, na figura do Código Tributário Nacional (CTN – Lei Federal 5.172, de 25.10.1966), já cumpriu a função que lhe foi reservada pela CF, ao estabelecer, em seu artigo 43, *caput*, que:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Ao mesmo tempo, porém, e independentemente do conceito trazido pela lei complementar, a doutrina brasileira vem admitindo que, da interpretação do próprio texto constitucional, pode-se extrair uma definição do que seja o fato gerador do imposto (Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, ou simplesmente Imposto de Renda – IR), que obrigaria todos os níveis legislativos inferiores – inclusive o CTN.

José Artur Lima Gonçalves,³ um dos que mais profundamente dedicaram-se ao assunto, chama a atenção para essa possibilidade:

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, considerando que o texto constitucional serviu-se da técnica de referir-se ao critério material da regra-matriz de incidência tributária para o fim de proceder à repartição de competência tributária impositiva, o conceito “renda e proventos de qualquer natureza” foi utilizado para esse fim, sendo intuitivo que o respectivo âmbito não poderá ficar à disposição do legislador ordinário.

Admitir o contrário implica conferir ao legislador infraconstitucional competência para bulir com o âmbito das próprias competências tributárias impositivas constitucionalmente estabelecidas, o que é – para quem aceita o pressuposto básico do escalonamento hierárquico da norma jurídica – impossível.

A própria Constituição fornecerá, portanto, ainda que de forma implícita, haurível de sua compreensão sistemática, o conteúdo do conceito de renda por ela – Constituição – pressuposto.

Em outras palavras, a própria Constituição, antes mesmo da lei complementar (CTN), trata de delimitar a margem de atuação do legislador ordinário na regulamentação do IR, instituindo conceitos que não podem ser alterados por este, em respeito ao princípio da hierarquia das normas.

A esse respeito, a lição de Roque Antonio Carrazza,⁴ que lembra que a competência tributária, no direito brasileiro, é exclusivamente **constitucional**. As normas infraconstitucionais, na definição daquele professor, apenas podem **explicitar** o que **já está implícito** na CF, sob pena de inexistir o respeito à regra-matriz constitucional, essencial à harmonia do sistema legislativo:

De fato, a Constituição Brasileira, ao discriminar as competências tributárias, traçou a **regra-matriz de incidência** (a **norma-padrão**, o **arquétipo**) de cada exação. Noutros falares, apontou a **hipótese de incidência possível**, o **sujeito**

3. Op. cit., p. 170-171.

4. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda* (Perfil Constitucional e Temas Específicos). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28-29.

ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível das várias espécies e subespécies tributárias. Destacamos que o legislador, ao exercer qualquer das competências tributárias reservadas à **sua** pessoa política, deverá ser fiel à **regra-matriz de incidência** do tributo, pretraçada na Carta Magna. Absolutamente não pode extravasar este verdadeiro **molde constitucional**. (grifos do autor)

Especificamente no caso do IR, Hugo de Brito Machado⁵ deixa claro que qualquer tentativa de qualificar como renda aquilo que não o seja agride a própria CF. E conclui, dizendo que as palavras, assim como não podem impedir a tributação da renda, não podem chamar assim o que não é.

O mesmo autor, em outra ocasião,⁶ reprisa a opinião exposta, de maneira igualmente enfática:

Em face das controvérsias a respeito do conceito de renda, há quem entenda que o legislador pode livremente fixar o que como tal se deva entender. Assim, porém, não nos parece que seja. Entender que o legislador é inteiramente livre para fixar o conceito de **renda** e de **proventos** importa deixar sem qualquer significação o preceito constitucional respectivo. A Constituição, ao atribuir competência tributária à União, alude a **renda** e a **proventos**. Assim, entender-se que o legislador ordinário pode conceituar, livremente, essas categorias implica admitir que esse legislador ordinário pode ampliar, ilimitadamente, essa atribuição de competências, e tal não se pode conceber em um sistema tributário como o brasileiro.

É certo que o legislador goza de uma liberdade relativa para formular o conceito de renda. Pode escolher entre os diversos conceitos fornecidos pela Economia, procurando alcançar a capacidade contributiva e tendo em vista considerações de ordem prática. Não pode, todavia, formular arbitrariamente um conceito de renda ou de proventos.

E se assim é perante o sistema tributário disciplinado na

5. MACHADO, Hugo de Brito. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 89-91.

6. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 314-315.

Constituição, o Código Tributário Nacional deixou essa questão fora de qualquer dúvida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há **renda**, nem **provento**, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como **acrécimo**. [...]

É nesse sentido que, se a lei complementar, dentro da atribuição que lhe confere a CF, define a “renda” como um **acrécimo patrimonial**, a doutrina se junta ao esforço geral para aperfeiçoar esse conceito, de modo a restringir a incidência do IR apenas às hipóteses em que o referido acréscimo efetivamente se verifique.

2. A renda como acréscimo patrimonial

Já há aproximados quarenta anos, a veneranda *Enciclopédia Saraiva do Direito* trazia um verbete específico para a “renda”:⁷

Em sentido geral a **renda** representa sempre riqueza nova acrescida a um patrimônio já existente. A forma de produzir esse acréscimo de riqueza vem de dois fatores: a) o fator trabalho, em que o patrimônio é aumentado por meio de trabalho físico ou intelectual; b) o fator capital, quando a produção de riqueza nova é oriunda da exploração do patrimônio existente, consistindo, portanto, nos frutos por ele gerados.

Note-se que, já àquela época, havia o desdobramento da renda nos seus dois aspectos mais aparentes:

- “Patrimônio já existente”; e
- “Riqueza nova acrescida”.

Ou seja, partia-se da premissa que uma entidade, para ter auferido renda, necessitaria, primeiro, ter um patrimônio preexistente, que servisse como parâmetro de comparação; segundo, que esse patrimônio sofresse um acréscimo mensurável, o que somente seria

7. ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977-1981. v. 64, p. 502.

possível aferir – a simples lógica não permite concluir de maneira diferente – depois de decorrido certo lapso de tempo.

A doutrina mais abalizada, notadamente a mais recente, enveredou por esse caminho, acabando por, ao longo de paciente trabalho, refinar o conceito de “renda” e, mais até, o de “acréscimo patrimonial”, que dela é origem.

Nesse sentido, constata-se a impossibilidade de se entender o conceito de “renda” sem a prévia análise do que é o “patrimônio”, considerando que este, na medida em que se verificar seu crescimento, servirá como parâmetro para a ocorrência e a dimensão daquela. É a lição de Ricardo Mariz de Oliveira:⁸

Na verdade, salvo algumas reticências, ninguém mais duvida de que o fato gerador do imposto de renda seja a existência de acréscimo patrimonial: eis aí, portanto, a ideia de patrimônio, contida na mais singela das afirmações quanto ao fato gerador desse tributo, pois, ao se falar em aumento patrimonial, implicitamente se está fazendo referência a esse ser do direito, que é o patrimônio anterior ao aumento. Assim como, em outras palavras, falar em aumento patrimonial importa em considerar o patrimônio antes do aumento e o patrimônio depois do aumento, ou seja, numa situação relativa entre dois momentos de um mesmo patrimônio.

E o que é “patrimônio”? Orlando Gomes, citado em verbete de José Amado Nascimento para a *Enciclopédia Saraiva do Direito*⁹, assim o definia, anteriormente à edição do atual Código Civil:

Toda pessoa tem direitos e obrigações pecuniariamente apreciáveis. Ao complexo desses direitos e obrigações denomina-se patrimônio. Nele se compreendem as coisas, os créditos e os débitos, enfim todas as relações jurídicas de conteúdo econômico, das quais participe a pessoa, ativa ou passivamente. O patrimônio é, em síntese, “a representação econômica da pessoa”.

8. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 38.

9. Op. cit., v. 57, p. 264.

Posteriormente, o artigo 91 do Código Civil Brasileiro (Lei Federal 10.406, de 10.01.2002) trouxe, ainda que indiretamente, a noção de patrimônio:

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Esse conceito, trazido pelo Código Civil, acabou por expandir sua aplicação para o Direito Tributário, conforme ensina Ricardo Mariz de Oliveira:¹⁰

Em suma, para a lei civil (e, por consequência, para o direito tributário), o patrimônio é formado por todos os direitos de qualquer natureza, detidos por uma determinada pessoa, e por todas as obrigações dessa mesma pessoa, desde que tais direitos e obrigações tenham conteúdo econômico.

A partir da noção de “patrimônio”, pode-se avançar para o estudo do fenômeno que faz esse conjunto de direitos e obrigações aumentar, de modo favorável à entidade que o possuir. Para tanto, José Artur Lima Gonçalves¹¹ tomou a iniciativa de decompor o referido fenômeno – denominado “renda” – em elementos analíticos, conforme mencionado a seguir:

Identificados e apartados esses conceitos próximos, encontraremos parâmetros mínimos que, muito embora genéricos e carregados de incertezas – que servirão de pretexto para abusos do legislador ordinário e, até mesmo, da administração –, constituem o conteúdo semântico mínimo do conceito constitucionalmente pressuposto de renda.

E traduzimos esse conteúdo da seguinte maneira: (i) saldo positivo resultante do (ii) confronto entre (ii.a) certas entradas e (ii.b) certas saídas, ocorridas ao longo de um dado (iii) período.

10. Op. cit., p. 70.

11. Op. cit., p. 179 e ss.

É uma posição similar à que Marcelo Knopfelmacher,¹² após reproduzir o pensamento de Roberto Quiroga Mosquera, acaba por defender:

Dessa análise do referido autor, verifica-se que o termo renda envolve necessariamente a noção de acréscimo patrimonial, verificado ao cabo de determinado período, seja decorrente do trabalho (produção), seja decorrente da remuneração do capital, ou de ambos.

Do exposto, conclui-se que se deve ter em mente, para a melhor compreensão do que é “renda”, o conceito de **mutação patrimonial**.

A renda surge, assim, como um fenômeno **dinâmico**, não simplesmente congelado em um dado instante temporal, e composto dos seguintes elementos:

2.1. Entradas e saídas de patrimônio

A mutação patrimonial – o próprio nome diz – traz em seu bojo a ideia de mudança, de algo que não permanece estático, imóvel, monolítico. Uma entidade, ainda que para satisfazer suas necessidades mais básicas e elementares, terá de buscar e obter os meios para tanto, mesmo que à custa de porções de seu próprio patrimônio, intercambiadas com os fornecedores de tais meios de subsistência.

Nota-se, assim, que a sobrevivência de uma entidade (pessoa física ou jurídica) depende, em sua essência, do fluxo contínuo de bens e direitos (inclusive imateriais), entre essa entidade e agentes externos, que lhe proverão tanto os componentes básicos para sua sobrevivência como os meios (especialmente monetários) que poderão ser empregados na aquisição daqueles.

2.2. Saldo positivo

Cabe ressaltar, porém, que a mutação patrimonial, para que se configure a aquisição de renda, deve consistir em um **acréscimo de**

12. KNOPFELMACHER, Marcelo. *O Conceito de Receita na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 106.

patrimônio, em comparação com uma situação anterior. Em outras palavras, a mutação patrimonial deve ser **positiva**.

Roque Antonio Carrazza¹³ recorda que é importante “termos sempre presente que este tributo [o IR] só pode alcançar o enriquecimento real econômico, advindo do fato **obter renda**” (sublinhamos; negrito do autor).

Na mesma linha, José Artur Lima Gonçalves:¹⁴

Para que haja renda, deve haver um acréscimo patrimonial – aqui entendido como incremento (material ou imaterial, representado por qualquer espécie de direitos ou bens, de qualquer natureza – o que importa é o valor em moeda do objeto desses direitos) – ao conjunto líquido de direitos de um dado sujeito.

2.3. Período de tempo

A aferição de um saldo positivo, de uma série de entradas e saídas, certamente não se dará em um único momento. É impossível constatar se houve ou não aumento de patrimônio de uma entidade, senão ao se comparar duas situações, em dois momentos distintos no tempo. Vide, a respeito, o comentário de Ricardo Mariz de Oliveira, no início do item 2.

O próprio CTN – embora em um nível hierarquicamente inferior ao da CF –, ao se referir à renda como sendo um “produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”, deixa claro que existe um **processo** que leva à formação desse acréscimo patrimonial, pelas entradas e saídas a que nos referimos anteriormente.

É precisamente esse elemento que garantirá o parâmetro de comparabilidade, necessário para aferir se ocorreu uma mutação patrimonial positiva para a entidade, que justifique a tributação pelo IR.

Também a jurisprudência tem-se mantido atenta ao tema, haja vista decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como a que se segue:

13. Op. cit., p. 37.

14. Op. cit., p. 180.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – CSSL. CORREÇÃO MONETÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 7.689/88. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

1. [...]

2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, firmou entendimento segundo o qual a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro é o lucro real, excluído o lucro inflacionário (Precedentes das Turmas integrantes da Primeira Seção: REsp 415761/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 21.10.2002; AgRg no REsp 636344/PB, Primeira Turma, publicado no DJ de 04.12.2006; REsp 409300/PR, Segunda Turma, publicado no DJ de 01.08.2006; REsp 610963/CE, Segunda Turma, publicado no DJ de 05.09.2005; e AgRg no REsp 409384/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 27.09.2004).

3. A correção monetária posto **não ser um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita**, não traduz acréscimo patrimonial, por isso que sua aplicação **não gera qualquer incremento no capital**, mas tão somente restaura dos efeitos corrosivos da inflação.

4. Os precedentes assentam que: (a) esta contribuição não pode incidir sobre o lucro inflacionário. A contribuição só pode incidir sobre **o lucro real, o resultado positivo, o lucro líquido** e não sobre a parte correspondente à mera atualização monetária das demonstrações financeiras; (b) **o chamado lucro inflacionário não realizado não é lucro real. A correção monetária não representa qualquer acréscimo ao valor corrigido e visa preservar o valor aquisitivo da moeda através do tempo**; (c) o artigo 43, do CTN, estabelece que o imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, sendo certo que lucro inflacionário não é renda, não é aumento de capital; (d) não se confunde lucro inflacionário com lucro real. O primeiro engloba no seu quantitativo os ganhos reais da empresa devidamente atualizados. O ganho real, diferentemente, é unicamente o resultado da atividade econômica; (e) as demonstrações financeiras devem refletir a situação patrimonial da empresa, com o lucro efetivamente apurado, que servirá de base de cálculo para a cobrança do

imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro e do imposto sobre o lucro líquido; e (f) a correção monetária não traduz acréscimo patrimonial. Sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão somente o restaura dos efeitos corrosivos da inflação. Por este prisma, não há como fazer incidir, sobre a mera atualização monetária, Imposto de Renda, sob pena de tributar-se o próprio capital.

5. Agravo regimental desprovido.

[...] ¹⁵ (grifamos)

Assim, na mesma medida em que autoriza a União a criar e gerir o imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”, a CF deixa claro que apenas no momento em que ocorrer a aquisição, pelo sujeito passivo, do **acréscimo patrimonial** denominado **renda** (ou proventos), poderá ser exigido o tributo, nos termos da legislação ordinária de competência do ente federal.

3. Momento da ocorrência do acréscimo patrimonial: disponibilidade da renda

Elemento integrante do fenômeno da geração da renda é a **disponibilidade econômica ou jurídica** desta.

Roque Carrazza¹⁶ lembra que:

[...] É mister, pois, para fins de tributação por meio do imposto em tela, que a **renda nova** esteja disponível para seu titular, isto é, que nada juridicamente lhe obste o uso ou a destinação. Assim por exemplo, um mero título de crédito vencido e não-pago ainda não tipifica, para seu detentor, renda tributável, que só surgirá quando ocorrer o adimplemento (voluntário ou forçado) e o credor tiver real disponibilidade da quantia que lhe é devida. O mesmo raciocínio vale para o preço do serviço ou aluguel do imóvel ainda não recebidos. Outro entendimento levaria a **tributação anterior** à efetiva obtenção

15. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 436302/PR – 1ª Seção – j. 22.08.2007 – Rel. Ministro Luiz Fux – DJ 17.09.2007, p. 197.

16. Op. cit., p. 38.

dos rendimentos, inconstitucional – se por mais não fosse, por afrontosa ao **princípio da capacidade contributiva**. (grifos do autor)

Da mesma forma, Ricardo Mariz de Oliveira,¹⁷ ao listar o que considera serem os princípios fundamentais do imposto de renda, ensina que:

O acréscimo patrimonial pode ser tributado desde que tenha ocorrido, dentro do período-base, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica das rendas e dos proventos que o compõem.

É essa disponibilidade da renda que permite a sua integração ao patrimônio do contribuinte, configurando o aumento deste e a consequente autorização para a incidência do tributo. Ou, nas palavras de Hugo de Brito Machado:¹⁸

A renda não se confunde com sua disponibilidade. Pode haver renda, mas esta não ser disponível para seu titular. O fato gerador do imposto de que se cuida não é a renda mas a **aquisição da disponibilidade da renda, ou dos proventos de qualquer natureza**. Assim, não basta, para ser devedor desse imposto, o auferir renda, ou proventos. É preciso que se tenha adquirido a disponibilidade, que não se configura pelo fato de ter o adquirente da renda **ação** para sua cobrança. Não basta ser credor da renda se esta não está disponível, e a disponibilidade pressupõe ausência de obstáculos jurídicos a serem removidos. (grifos do autor)

E parecem estar cobertos de razão os doutrinadores que pensam da forma exposta até aqui. Com efeito, de nada adianta a geração da renda se a mesma não aproveitar à entidade que a tiver buscado, ou empregado esforços (físicos e/ou intelectuais) para obtê-la.

17. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios Fundamentais do Imposto de Renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 227.

18. Op. cit., p. 317.

O STF, inclusive, opinou no mesmo sentido, ao julgar o famoso caso do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), instituído pelo artigo 35 da Lei Federal 7.713/88, o qual tributava, a uma alíquota de 8%, os lucros apurados pela pessoa jurídica, no pressuposto de sua futura distribuição aos sócios ou acionistas:

Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.

Ora, tal sistemática, da forma como pretendida pelo legislador, ia em sentido contrário a tudo quanto se viu até aqui. Especialmente em relação ao acionista das sociedades por ações, ignorou o legislador que aquele **não possui**, desde logo, a disponibilidade dos lucros apurados pela sociedade, haja vista o disposto no artigo 132, II, da Lei 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações – SA):

Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembleia-geral para:

[...]

II – deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;

[...] (grifamos)

Significa dizer que a disponibilidade, seja econômica ou jurídica, dos lucros apurados pelas sociedades por ações está condicionado, antes de tudo, à deliberação da assembleia geral dos acionistas, em que esses poderão optar por: constituir reservas (artigos 194 e 195 da Lei das SA); reter parte dos lucros (artigo 196); pagar dividendos em valor igual ou superior ao mínimo (artigo 202) etc.

Tal pretensão foi, assim, questionada pelos contribuintes perante o Poder Judiciário, tendo a discussão alcançado, eventualmente, o STF.

No Recurso Extraordinário nº 172058/SC, julgado pelo Pleno do STF em 30.06.1995, assim redigiu o Acórdão o Ministro Marco Aurélio (DJ 13.10.1995):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL – LIMITES. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal – de guarda maior da Carta Política da República. TRIBUTO – RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE – PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuente, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe “a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” – alínea “a” do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988. IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal **quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base**. Nesse caso, o citado artigo exsurge como **explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional**, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior. IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – ACIONISTA. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é **inconstitucional**, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade “desconto na fonte”, relativamente aos acionistas, a **simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base**, do lucro líquido, já que o fenômeno **não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional**, isto diante da Lei nº 6.404/76. IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico,

no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização [...]. (destacamos)

Com base nessa decisão, o Senado Federal expediu, em 18.11.1996, a Resolução nº 82, suspendendo a execução do artigo 35 da Lei 7.713, no que dizia respeito à expressão “o acionista”, adaptando, assim, esse texto de lei, não apenas à decisão do STF, mas à própria essência do fato gerador do IR, que é a aquisição da disponibilidade da renda.

4. Conclusão

De tudo quanto se viu no presente trabalho, temos, primeiramente, que apenas o que efetivamente constituir **renda** poderá ser objeto de tributação pelo IR. E por renda, entenda-se a ocorrência de **acréscimo patrimonial**, medido ao longo de um determinado período e consistente na evolução, para maior, do conjunto de bens e direitos possuídos por uma entidade (pessoa física ou jurídica), subtraído do conjunto de suas obrigações.

Essas definições – de quem é o contribuinte do IR, e qual a base de incidência desse imposto – derivam, em primeiro lugar – grande parte da doutrina moderna já o admite sem reservas – da **Constituição**, que é a norma pela qual todas as outras – a começar pelo CTN – deverão nortear-se para regular o cálculo e cobrança do tributo.

Assim, contribuinte (sujeito passivo) do IR será aquele que auferir a renda, experimentando, portanto, o acréscimo patrimonial. Sobre o valor dessa renda – vale dizer, do quanto o patrimônio do seu beneficiário elevou-se com a aquisição da **disponibilidade econômica ou jurídica** da mesma –, poderá ser exigido o IR.

PEIXOTO & CURY

A D V O G A D O S

www.peixotoecury.com.br

São Paulo – SP

Rua Mário Amaral, 205

Paraíso – 04002-020

Fone: (55 11) 3218-8455

Campinas – SP

Rua Conceição, 233

2º andar, sala 211

Cambuí – 13010-916

Fone: (55 19) 3234-8155

Rio de Janeiro – RJ

Rua Anfilofio de Carvalho, 29

Salas 913 e 914

Centro – 20030-060

Fone: (55 21) 3553-2702

New York – NY – USA

200 Park Avenue South

Suite 205/511

New York, NY – 10003

Fone: + 1 646 213 5752



Porto
de Idéias
EDITORA

ISBN 978-858061091-8

