

REVISTA JURÍDICA DO BANCO DO NORDESTE

ISSN: 2236-8086
ISSN online: 2525-5312



**Banco do
Nordeste**

REVISTA JURÍDICA

DO BANCO DO NORDESTE



**Banco do
Nordeste**

Presidente:

Paulo Henrique Saraiva Câmara

Diretores:

Anderson Aorivan da Cunha Possa

Haroldo Maia Júnior

João Monteiro da Franca Neto

José Aldemir Freire

Thiago Alves Nogueira

Wanger Antônio de Alencar Rocha

Superintendência jurídica:

Marcel de Oliveira Franco Alvarenga

**REVISTA JURÍDICA DO BANCO DO
NORDESTE**

Editores Científicos:

Alexsandra de Lima

Ana Rosa Tenório de Amorim

Clarissa Maria Alves Botelho

Leanne Araujo Holanda

Maraysa Menezes Muniz

Raquel de Oliveira Martins

Suzyane Moura Lima

Ulysses Moreira Formiga

Comitê Editorial:

Ailma Dias de Holanda

Ferdinand Andrade Lima Filho

Karine Rodrigues Mattos Bessa

Marcel de Oliveira Franco Alvarenga

Secretário Executivo:

Rafael José de Oliveira Bezerra

Conselho Editorial:

Adriano Jorge Pinheiro Saraiva

Especialista em Direito e Jurisdição pela

Escola de Magistratura do Rio Grande do

Norte / Promotor de Justiça MP-CE

Alice Serpa Braga Della Nina

Doutoranda em Direito pela Universidade
de Lisboa, Portugal / Procuradora Federal
AGU-DF

Ana Carolina Saraiva Bartolomeu

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas
pela Universidade de Coimbra, Portugal /
Analista Judiciária JF-BA

André Dias Fernandes

Doutor em Direito do Estado pela USP
(2016) / Professor da Uni7 / Juiz Federal
JF-CE

Arnaldo Vasconcelos (*in memoriam*)

Doutor em Direito pela UFPE (2002) /
Professor da Universidade de Fortaleza
(Unifor)

Carlos Yury Araujo de Moraes

Doutor em Direito pela UniCEUB
(Brasília-DF) / Doutorando em Direito pela
Universidade de Salamanca (Espanha) /
Pesquisador UFPI

David Barbosa de Oliveira

Doutor em Direito pela UFPE / Professor
UFC

Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de
Direito de Lisboa - Portugal / Procuradora
da Fazenda PGFN-CE / Professora UFC

Gabriela Lima Fontenelle

Mestre em Direito pela UFC / Especialista
em Direito Constitucional e Processo
Constitucional pela Unifor (Fortaleza-CE) /
Juíza Federal JF-CE

João Batista Sales Rocha Filho

Mestre em Direito pela UFC / Promotor de
Justiça MP-CE

Ives Gandra da Silva Martins

Doutor em Direito pela Universidade
Mackenzie (1982)

Márcio Cavalcanti Camelo

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhaguera-Uniderp-SP / Juiz do Trabalho TRT15-SP

Marco Aurélio Borges de Paula

Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha) / Advogado e Consultor Jurídico em Campo Grande-MS

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior

Doutor em Direito pela UFPE / Professor UFAL

Marcos Mairton da Silva

Mestre em Direito pela UFC / Juiz Federal JF-CE

Nattalie Alves de Almeida

Mestre em Direito pela UNIFOR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa e Administração Pública e Tributação no Brasil - GEPDAT. Especialista em Direito Tributário. Professora da Unichristus e do Centro Universitário Estácio do Ceará

Paula Rogéria Gama Santos

Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Salamanca (Espanha) / Assessoria Jurídica do MP-MS

Paulo Lopo Saraiva

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (Portugal) / Professor UFRN

Ramon Rocha Santos

Mestre em Direito pela UFS / Procurador do Município de Aracaju-SE / Professor UFS

Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim

Mestre em Direito pela UFAL / Professor UFAL

Responsabilidade e reprodução:

Os artigos publicados na Revista Jurídica do Banco do Nordeste - RJBNB são de inteira responsabilidade de seus autores. Os conceitos neles emitidos não representam, necessariamente, pontos de vista do Banco do Nordeste do Brasil S.A. Permite-se a reprodução parcial ou total dos artigos da RJBNB, desde que seja mencionada a fonte

Endereço para correspondência:

Superintendência Jurídica do Banco do Nordeste, Av. Dr. Silas Munguba, 5.700, bloco D1 superior, Passaré, CEP: 60.743-902, Fortaleza, Ceará, Brasil. Fone: (85) 3299.3085. revistajuridica@bnb.gov.br

Revista Jurídica do Banco do Nordeste

V. 1, Ano 12, N. 7. Banco do Nordeste do Brasil S.A, Fortaleza - Ceará. Semestral

ISSN: 2236-8086

ISSN online: 2525-5312

N. de páginas: 352

1. Direito - Periódico 2. Doutrina 3. Jurisprudência 4. Atualização Legislativa

CDU - 34 (D05)

Depósito Legal junto a Biblioteca Nacional conforme a

Lei nº 10.994 de 14/12/2004

Sumário

EDITORIAL

8

DOCTRINA

Vencimento antecipado de obrigações convencionado em contratos bancários - juridicidade e configuração da mora do devedor

Felipe Dantas de Carvalho e Luis Ferreira de Moraes Filho 15

A 'Cláusula de Molière' e a isonomia nos contratos públicos: discussão à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Stéfani Clara da Silva Bezerra e João Victor Carvalho de Araújo 51

A teoria da argumentação jurídica no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: considerações sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais

José Adeildo Bezerra de Oliveira 91

O direito comparado como fonte do direito do trabalho: um breve estudo sob a ótica do artigo 8º da CLT

Francisco Gérson Marques de Lima e Carlos Eduardo Pinheiro da Silva 125

O *dispute board* como meio alternativo de resolução de conflitos nos contratos de empresas estatais

Bruna de Carvalho Nogueira, João Tonizza Pereira e Fábio Gabriel Breitenbach 145

***Privacy by design e privacy by default* no desenvolvimento de uma nova cultura de proteção de dados**

Cristiano Fernandes da Silva Britto 165

JURISPRUDÊNCIA

**Tutela provisória incidental na ação direta de inconstitucionalidade
7.331 Distrito Federal 199**

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.182.745 - BA
(2022/0241854-6) 231**

Recurso Especial Nº 2.025.303 - DF (2022/ 0283433-0) 249

LEGISLAÇÃO

Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021 273

Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023 337

Lei nº 14.583, de 16 de maio de 2023 343

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS 347

EDITORIAL

Estimada leitora e estimado leitor,

Com alegria, apresento-lhes a 7ª Edição da Revista Jurídica do Banco do Nordeste.

Tal qual a *Feira de Mangaio*, de Sivuca, esta edição reúne artigos e temas variados, que desfilam música e poesia, para os amantes da literatura jurídica, como *um sanfoneiro no canto da rua fazendo floreio pra gente dançar*.

Do fortalecimento do sistema financeiro nacional com o uso da cláusula de vencimento antecipado de obrigações nos contratos bancários, passando pela influência de Robert Alexy para a teoria da argumentação jurídica no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, até o uso do instituto do *Dispute Board* como opção para afastar a preponderância do Poder Judiciário na pacificação de conflitos sociais, esta edição mantém a vocação desta Revista Jurídica em compartilhar conhecimento e fortalece o compromisso da Superintendência Jurídica do Banco do Nordeste em servir ao meio acadêmico e profissional como instrumento de transformação social.

Esta edição é inaugurada com a força de um artigo desenvolvido por Felipe Dantas de Carvalho e Luís Ferreira de Moraes Filho, no qual demonstram que a previsão em contratos bancários de uma cláusula de vencimento antecipado de obrigações, além de possuir juridicidade e configurar a mora do devedor, tem papel de relevo na higidez e fortalecimento do sistema financeiro nacional, personagem de destaque para o desempenho da missão de implementar um dos objetivos da República Federativa do Brasil elencados no art. 3º da Constituição Federal, qual seja, o Desenvolvimento Nacional.

O segundo artigo, escrito por Stéfani Clara da Silva Bezerra e João Victor Carvalho de Araújo, evidencia, a partir da experiência francesa com o uso da “cláusula de Molière”, representativa da ruptura com a isonomia, que a igualdade é o princípio basilar das contratações públicas para a concretização do interesse público e bem-estar social. Sem um tratamento isonômico entre os licitantes a licitação não é viável.

O terceiro artigo, elaborado por José Adeildo Bezerra de Oliveira, explora alguns aspectos teóricos da obra de Robert Alexy, recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, sobre a compreensão da fundamentação das decisões judiciais. O texto busca elucidar dois problemas fundamentais que surgem no processo de interpretação, aplicação e fundamentação do Direito pelo Poder Judiciário: a discricionariedade judicial e a aplicação *ex post facto* da lei. Uma das conclusões alcançadas pelo autor é que a fundamentação das decisões judiciais além de ser um direito subjetivo dos cidadãos é uma imposição objetiva à atuação dos magistrados.

O quarto artigo, apresentado por Francisco Gérson Marques de Lima e Carlos Eduardo Pinheiro da Silva, aborda o permissivo legal previsto no art. 8º da CLT de utilização do Direito Comparado como fonte do Direito do Trabalho, notadamente no contexto de um mundo globalizado e com o acesso à internet facilitado. Pretendem, com seu artigo, estimular as pesquisas de Direito Comparado do Trabalho, pois constituem ferramentas científicas eficazes no conhecimento de experiências vividas por outros países.

O quinto artigo, redigido por Bruna de Carvalho Nogueira, João Tonizza Pereira e Fábio Gabriel Breitenbach, discute a possibilidade de utilização do instituto do *Dispute Board* nos contratos celebrados pelas empresas estatais, como alternativa para afastar a preponderância do Poder Judiciário na pacificação de conflitos sociais.

A seção Doutrina é rematada com artigo de autoria de Cristiano Fernandes da Silva Britto, que ressalta a importância da observância dos princípios do *Privacy by Design* durante todo o ciclo de vida dos dados pessoais, para o desenvolvimento de uma nova cultura de proteção de dados, de modo a garantir o direito à privacidade dos titulares de dados.

Na seção Jurisprudência, dentre os acórdãos selecionados, esta edição conta com voto recente do Ministro Ricardo Lewandowski que, em sede de Tutela Provisória Incidental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.331, concedeu a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para declarar a inconstitucionalidade de expressão constante no inciso I do § 2º do art. 17 da Lei das Estatais e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 2º do art. 17 do referido diploma legal.

Também importa destacar o voto do Ministro Raul Araújo, do Superior Tribunal de Justiça, proferido no AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 2.182.745, ressaltando que o benefício da impenhorabilidade aos bens de família pode ser concedido ainda que o imóvel tenha sido adquirido no curso da demanda executiva, salvo se aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

Por derradeiro, na seção Legislação o leitor encontrará leis recentes e relevantes, merecendo relevo a Lei nº 14.540, de 03/04/2023, que institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal; e a Lei nº 14.583, de 16/05/2023, que dispõe sobre a difusão por órgãos públicos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, especialmente os que tratam de mulheres, crianças, adolescentes e idosos.

Espero que o conteúdo desta 7ª Edição da Revista Jurídica do Banco do Nordeste, elaborado com carinho e dedicação, seja recebido feito os versos de Patativa do Assaré, que são *como semente que nasce arriba do chão* e que, *embora não tenha estudo nem arte, sua rima faz parte das obras da criação*.

Boa leitura!

Marcel Alvarenga

Superintendente Jurídico do Banco do Nordeste

DOUTRINA

Vencimento antecipado de obrigações convencionado em contratos bancários - juridicidade e configuração da mora do devedor

Early maturity of obligations agreed in bank contracts - legality and configuration of debtor's arrears

AUTORES:

- » **Felipe Dantas de Carvalho:** Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. *Email:* felipedc@bnb.gov.br.

- » **Luis Ferreira de Moraes Filho:** Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB). Instrutor da Universidade Corporativa do Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). *Email:* professorluisfilho@yahoo.com.br

RESUMO

A exigibilidade prematura, em hipóteses cogitadas e admitidas previamente entre as partes contratantes para um cenário de inadimplência, de todas as prestações vincendas estipuladas originariamente no calendário de reembolso de valores em contratos de mútuo e de financiamento bancários tem sido recorrentemente convencionada entre credores e devedores. O presente artigo examina a razão fundante da referida avença para, após abordar os impactos de tal medida no sistema financeiro nacional, a juridicidade de uma convenção assim estabelecida e a natureza da mora *debitoris* configurada nessas circunstâncias, concluir pela importância de serem preservados os pactos assim estabelecidos.

Palavras-chave

Vencimento antecipado. Contratos bancários. Força obrigatória dos contratos. Segurança Jurídica. Mora *debitoris*.

Abstract

The premature enforceability, in hypotheses previously considered and admitted between the contracting parties for a scenario of default, of all installments with future maturity originally stipulated in the schedule for reimbursement of amounts in loan agreements and bank financing has been recurrently agreed between creditors and debtors. This article examines the underlying reason for said agreement, after addressing the impacts of such a measure on the national financial system, the legality of an agreement thus established and the nature of debtor's arrear configured in these circumstances, concluding the importance of preserving agreements thus settled down.

Keywords

Premature enforceability. Bank contracts. Binding force of contracts. Legal Security. Debtor's arrears.

Sumário

1 Introdução - 2 A higidez do Sistema Financeiro brasileiro e a segurança dos negócios jurídicos bancários como premissas para uma política de desenvolvimento nacional exitosa - 3 A validade jurídica do pacto de vencimento antecipado de obrigações em face da mora do devedor em contratos bancários - 3.1 *Do respaldo legal para a convenção da cláusula de vencimento antecipado de dívidas em contratos bancários* - 3.2 - *Do reconhecimento judicial da validade da cláusula de vencimento antecipado de dívidas em contratos bancários* - 4 Configuração automática do vencimento antecipado da dívida quando verificada uma das hipóteses convencionadas entre as partes para tanto - 5 Conclusão.



1. INTRODUÇÃO

O fomento à atividade econômica rural, comercial e industrial de um país, enquanto um dos importantes pilares do desenvolvimento do Estado, pressupõe um sistema financeiro nacional forte apoiado em instituições bancárias, públicas e privadas, capazes de oferecer, de forma cada vez mais customizada, barata e acessível, linhas de crédito as mais variadas para os diversos perfis de pessoas naturais e jurídicas.

Movidas por essa lógica de atuação, as instituições financeiras no Brasil têm investido mais e mais em mecanismos eficientes de concessão ágil e segura de crédito, ao tempo em que, paralelamente, têm envidado significativos esforços para garantir uma recuperação eficiente e tempestiva dos recursos empatados, seja para permitir a aplicação cíclica dos valores que empregam no mercado, seja para manterem-se autossustentáveis.

Nesse contexto, o cumprimento das obrigações estipuladas em contratos de mútuo e de financiamento bancário, nomeadamente as que estabelecem o calendário de reembolso de crédito, ganham relevância ímpar nesse cenário, porquanto a mora do devedor, quando configurada, rompe não apenas a expectativa do credor direto da prestação inadimplida, mas igualmente, em um nível sistêmico, o equilíbrio dos contratos e a segurança das relações jurídico-econômicas estabelecidas no país.

Em desestímulo, portanto, à inadimplência obrigacional nessas circunstâncias, e na tentativa de mitigação de prejuízos a credores e de fortalecimento do sistema financeiro nacional, uma consequência crescentemente pactuada nos contratos bancários para o caso de ocorrência de mora de uma ou de algumas prestações obrigacionais por parte de devedores tem sido a de vencimento prematuro de toda a dívida (alcançando-se, portanto, as parcelas então vincendas), a permitir ao credor a cobrança judicial da integralidade da obrigação.

A propósito, portanto, desse específico tema, o presente estudo, construído com o método dedutivo de análise a partir de uma pesquisa de natureza bibliográfico-documental realizada mediante uma investigação analítica e qualitativa da legislação em vigor e, em especial, da interpretação atualizada e reiterada que a esta é dada pelos tribunais pátrios, debate a validade jurídica de cláusulas contratuais que estipulam o vencimento antecipado da obrigação quando descumpridos, por parte do devedor, os acordos de pagamento estipulados em negócios jurídicos bancários, bem como a (in)dispensabilidade de notificações/interpelações¹ prévias (extrajudiciais ou judiciais) para a configuração da mora do devedor em tais circunstâncias.

2. A HIGIDEZ DO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO E A SEGURANÇA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS COMO PREMISSAS PARA UMA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL EXITOSA

Desenvolvimento nacional constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados no art. 3º da Constituição Federal² e, embora inexistente um acordo semântico estático acerca do que, em essência, define tão relevante aspiração (por se tratar de um

1 Tecnicamente, os termos NOTIFICAÇÃO e INTERPELAÇÃO diferem conceitualmente. NOTIFICAÇÃO é a manifestação formal de vontade sobre assunto juridicamente relevante feita a outrem para dar-lhe ciência de um propósito (art. 726 do Código de Processo Civil), ao passo que INTERPELAÇÃO é o ato formal por meio do qual se requer que outrem faça ou deixe de fazer o que o requerente entenda ser de direito (art. 727 do Código de Processo Civil). Na prática, porém, um termo costuma ser usado como sinônimo do outro, o que será adotado no presente trabalho por razões de ordem didática e por inexistir prejuízo qualquer.

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31/05/2023.

valor contextual e relacional, a sofrer interferências temporais e espaciais recalibradas constantemente a partir da dinamicidade própria da vida em sociedade), o próprio texto constitucional, interpretado sistematicamente, sinaliza tratar-se de uma construção contínua de melhores espaços de vida para mulheres e para homens no que respeita a aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais.

Cabem, então, nessa moldura conceitual, práticas, ações e programas que promovam ou fomentem, entre outros incontáveis fins, o aumento da produtividade e da competitividade econômicas, a geração de renda, a redução de desigualdades sociais, o acesso a uma ordem jurídica justa, a prestação de serviços públicos eficientes, a inclusão digital, a democratização do acesso à saúde e à educação, a proteção de direitos sociais, a valorização da diversidade cultural, a expansão do turismo sustentável, o empreendedorismo criativo e inovador, a segurança jurídica dos contratos, a participação cidadã nos assuntos da vida pública e a transparência dos governos.

Nesse contexto, embora o esforço para o alcance de tal propósito - dada a colossal dimensão do desafio - tenha de ser invariavelmente coletivo (mediante a participação de atores sociais os mais diversos, tanto daqueles que integram a cena pública quanto dos que atuam no espaço privado), a própria ordem jurídica nacional destacou, nominalmente, alguns personagens fundamentais para o desempenho de tal missão, entre os quais o *Sistema Financeiro Nacional* ao apresentá-lo, no art. 192 da Carta Maior³, como um mecanismo “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”.

3 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31/05/2023.

Trata-se, por certo, de uma referência assentada na compreensão do constituinte originário acerca da importância de um sistema financeiro verdadeiramente forte para o êxito de uma política de desenvolvimento, porquanto os agentes vinculados a tal setor, sejam estes públicos ou privados, contribuem significativamente para a criação de uma ambiência de estabilidade do sistema de pagamentos (enviando uma mensagem de confiança ao mercado); fomentam o crescimento econômico local, regional e nacional ao mobilizarem recursos para atividades produtivas (mediante financiamentos de projetos de infraestrutura e de empreendimentos rurais, comerciais e industriais); estabelecem pontes de relacionamento entre poupadores e investidores ao facilitarem, entre os interessados, a alocação eficiente de recursos; promovem inclusão financeira de pessoas naturais e jurídicas em larga escala ao viabilizarem a expansão de negócios por meio do acesso ao crédito de forma responsável e sustentável; estimulam o progresso tecnológico do país ao investirem no florescimento de inovações tecnológicas nos diversos campos relevantes para a vida humana, entre outras ações.

Todavia, um sistema financeiro vocacionado a tanto somente viceja com os predicativos necessários para contribuir efetivamente com o desenvolvimento nacional se as relações jurídicas celebradas pelos agentes que o integram, notadamente as obrigacionais decorrentes da concessão de mútuos e de financiamentos de crédito bancário a clientes, forem honradas tempestivamente ou, caso não o sejam, puderem contar com mecanismos jurídicos que ofereçam maior segurança ao credor e maior agilidade no retorno do capital empregado, isso porque a inadimplência contratual, se não superada eficazmente quando verificada, reduz a liquidez das instituições financeiras - afetando-lhes a capacidade de celebração de novos negócios -, aumenta os custos operacionais da concessão de crédito - por conta da necessidade de provisionamento de recursos para a cobertura de perdas financeiras - e provoca um risco sistêmico quando alcança níveis elevados, afetando a economia de todo o país.

Não por outra razão, a interação entre os sujeitos (credor e devedor) nas relações jurídico-obrigacionais bancárias deve ter por calço contratos cujas cláusulas prevejam medidas que fortaleçam a segurança de um reembolso pontual de valores, desestimulem o inadimplemento (seja este absoluto ou relativo⁴) e permitam ao credor, na eventual ocorrência de tal violação ao dever de pagamento por parte do devedor, uma superação rápida dos entraves provocados pela mora configurada.

3. A VALIDADE JURÍDICA DO PACTO DE VENCIMENTO ANTECIPADO DE OBRIGAÇÕES EM FACE DA MORA DO DEVEDOR EM CONTRATOS BANCÁRIOS

Diante de um quadro de inadimplência em uma relação jurídica obrigacional, em tendo sido inexitosa eventual tentativa de superação extrajudicial da mora *debitoris*, a cobrança judicial da dívida se apresenta como a alternativa restante a ser empregada pelo credor para livrar-se do prejuízo sofrido e, nesse instante, a instrução da petição inicial da ação cabível se dá conforme os termos do negócio jurídico violado, nos limites do que houverem, credor e devedor, regulamente pactuado, notadamente quanto às consequências da mora configurada, a serem espelhadas na memória de cálculo que será anexada à peça prefacial.

Precisamente quanto a esse aspecto (consequências da mora), um específico pacto tem sido recorrentemente estabelecido entre as partes

4 “O inadimplemento do devedor pode tanto ser absoluto como se traduzir em simples mora. O inadimplemento absoluto ocorre quando a obrigação não foi cumprida e nem poderá ser no futuro, mais precisamente, quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber, e a mora se dá no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, entretanto, a possibilidade de cumprimento”. (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5 ed. São Paulo, Saraiva: 1980, p. 7)

contratuais em mútuos e em financiamentos de crédito bancários com prestações continuadas⁵: o *vencimento antecipado da obrigação* caso uma ou algumas das prestações a que se obrigara o devedor deixem de ser honradas a tempo e modo. Trata-se, tal expediente, de uma exigibilidade prematura, em hipóteses cogitadas e admitidas previamente entre as partes contratantes para um cenário de inadimplência, de todas as prestações vincendas estipuladas originariamente no calendário de reembolso de valores desenhado entre credor e devedor.

Embora por vezes fustigada por devedores, a referida medida encontra conforto no ordenamento jurídico nacional, nos trabalhos de produção doutrinária locais e na atividade judicante dos tribunais brasileiros, porquanto, ao contrário de revestir-se da pecha da abusividade que alguns tentam impingir-lhe, o vencimento prematuro de dívidas em contratos bancários nessas circunstâncias guarda uma finalidade social, portanto muito além dos interesses privados de credores e de devedores: a segurança das relações creditícias e, conseqüentemente, a higidez do Sistema Financeiro Nacional⁶, pois um retorno antecipado do capital em face de um adventício cenário de desequilíbrio contratual provocado pelo

5 “Dizem-se instantâneas as prestações que se realizam de uma só vez, em determinado momento, como a entrega de uma coisa. Contínuas, as prestações cuja execução compreende uma série de atos ou abstenções. Obvêra Von Tuhr que, rigorosamente, só as prestações negativas poderiam ser contínuas, pois toda conduta positiva se decompõe em uma série de atos isolados no tempo; contudo, o conceito de continuidade não se refere aos atos materiais, de modo que, se os diversos atos podem ser interpretados como conduta única, a prestação é contínua. Dentre as prestações contínuas salientam-se as que se caracterizam pela prática de atos reiterados, periódicos ou não. Nas relações obrigacionais que os exigem, a obrigação é única, mas concorrem vários créditos, cada qual com a sua própria prestação. Quando a obrigação se desdobra em prestações repetidas, o contrato de que se origina denomina-se contrato de execução continuada ou de trato sucessivo, sujeito a regras particulares.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 17ª ed., 2007, pág. 52).

6 “(...) pode parecer injusta ao devedor, que fica privado do restante do prazo estipulado no contrato ou estabelecido pelo Código [Civil]. Mas é de se considerar que o propósito do legislador não é apenas o de proteger o credor; vai mais além. Tem também por fito garantir a segurança das relações creditórias, o que, em última análise, atende a uma aspiração de caráter social”. (FILHO, Castro. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: Do Direito das Obrigações, arts. 304 a 333. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.), vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2006, págs. 111-112).

descumprimento de obrigações tocantes ao devedor visa mitigar o risco imaneente ao processo de concessão de crédito, fator este que impacta diretamente no preço das operações praticadas pelos bancos e, conseqüentemente, no aumento da taxa de juros, o que é de todo indesejado.

3.1. Do respaldo legal para a convenção da cláusula de vencimento antecipado de dívidas em contratos bancários

Em diversos diplomas legislativos nacionais, a própria lei cuidou de definir, como consequência imediata e natural do inadimplemento de prestações relativas a uma obrigação de trato sucessivo em determinadas circunstâncias, o vencimento prematuro de toda a dívida, exatamente para permitir um reequilíbrio da relação jurídica obrigacional violada por atos imputáveis ao devedor ou por razões outras consideradas relevantes pelo legislador.

Exemplificativamente, hipóteses dessa natureza podem ser encontradas no art. 11 dos Decretos-lei 167/67⁷ e 413/69⁸ (que tratam das cédulas de crédito rural e das cédulas de crédito industrial, respectiva-

7 “Art. 11. Importa vencimento de cédula de crédito rural independentemente de aviso ou interpelação judicial ou extrajudicial, a inadimplência de qualquer obrigação convencional ou legal do emitente do título ou, sendo o caso, do terceiro prestante da garantia real”. (BRASIL. *Decreto-lei 167, de 14 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0167.htm>. Acesso em 31/05/2023).

8 “Art. 11. Importa em vencimento antecipado da dívida resultante da cédula, independentemente de aviso ou de interpelação judicial, a inadimplência de qualquer obrigação do emiteente do título ou, sendo o caso, do terceiro prestante da garantia real”. (BRASIL. *Decreto-lei 413, de 9 de janeiro de 1969*. Dispõe sobre títulos de crédito industrial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0413.htm>. Acesso em 31/05/2023).

mente), nos arts. 333⁹ e 1.425¹⁰, ambos do Código Civil, e no art. 2º, § 3º, do Decreto-lei 911/69¹¹ (que estabelece normas de direito material e processual sobre contratos garantidos por alienação fiduciária de bens).

Partindo-se de tal cenário posto, o método de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que visa a uma compreensão holística, coerente, consistente e livre de contradições de um sistema legal, repudia alegações, porque infundadas, de eventual abusividade de cláusulas que prevejam o vencimento antecipado de dívidas em contratos bancários (livremente estabelecidas entre credores e devedores), pois seria de todo ilógico qualificar de abusiva (porque contrária ao Direito) uma prática que o próprio Estado, por meio do Poder Legislativo, reconhece e adota como válida em diversas ocasiões.

-
- 9 “Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las”. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 31/05/2023).
- 10 “Art. 1.425. A dívida considera-se vencida: I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, não a reforçar ou substituir; II - se o devedor cair em insolvência ou falir; III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata; IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído; V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor”. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 31/05/2023).
- 11 “Art. 2º [...], § 3º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial”. (BRASIL. *Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969*. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm>. Acesso em 31/05/2023).

A admissão de uma tal conjectura (a de abusividade do referido pacto), apontada aqui e acolá por devedores inadimplentes em impugnações encetadas em juízo contra credores que acionam a cláusula de vencimento antecipado regularmente pactuada entre as partes, quando se é o caso, equivaleria, absurdamente, a imputar ao próprio Estado o predicativo de “abusador”, quando, em verdade, as previsões legais a esse respeito existem para se emprestar, minimamente, um razoável grau de segurança jurídica e de equilíbrio às relações obrigacionais no país.

A rigor, porém, sequer haveria necessidade do esforço interpretativo apresentado linhas atrás para o alcance da base normativa que empresta validade à cláusula contratual antes referida, porquanto o próprio Código Civil¹², em prestígio ao princípio da autonomia da vontade, confere às partes a liberdade para a celebração de pactos desse jaez (constatação há muito apresentada por Pontes de Miranda, quando afirmou que “os figurantes também podem estabelecer em cláusula do contrato de mútuo, ou em pacto, casos em que se dá a antecipação do vencimento”¹³), com ênfase ainda maior quanto ao tema após as alterações promovidas pela Lei 13.874/2019¹⁴, e destaca a função social dos contratos como limite à livre construção de avenças, nos termos seguintes (sem destaques no original):

Art. 421. *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.*

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afas-

12 BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 31/05/2023.

13 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, p. 57.

14 BRASIL. *Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7>. Acesso em 31/05/2023.

tamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - *as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução*; II - *a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada*; e III - *a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada*.

Em acréscimo, o já mencionado art. 2º, § 3º, do Decreto-lei 911/69¹⁵ contempla, de forma expressa, a possibilidade de uma *convenção* acerca do vencimento antecipado de dívidas entre credores e devedores em um quadro de inadimplemento ao estabelecer que “a ocorrência legal ou *convencional* de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida” facultará ao credor “considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais”, reforçando o quadro legal que dá suporte à liberdade contratual para a previsão do vencimento prematuro de obrigações quando verificadas hipóteses que as partes interessadas, manifestando-se sem qualquer espécie de vício de consentimento, tenham previamente considerado como suficientes para tanto.

3.2. Do reconhecimento judicial da validade da cláusula de vencimento antecipado de dívidas em contratos bancários

Entre os tribunais nacionais, nos âmbitos federal e estadual, a cláusula estipulada em contratos bancários prevendo o vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplência do devedor é amplamente aceita como válida, estribando-se, os diversos julgados que a acolhem e preservam, no princípio da Força Obrigatória dos Contratos (*pacta sunt*

15 BRASIL. *Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969*. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm>. Acesso em 31/05/2023.

servanda) e na absoluta inexistência de qualquer presunção de abusividade. A título de ilustração, os julgados a seguir são esclarecedores:

TRF3 - 2018 - DIREITO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. [...] 15. O contratante, no pleno gozo de sua capacidade civil, firmou contrato de crédito em indubitável *manifestação de livre consentimento e concordância com todas as condições e valores constantes em tal instrumento*. Observância do princípio da *Força Obrigatória dos Contratos* - também denominado *Pacta Sunt Servanda* - segundo o qual, estipulado validamente seu conteúdo e definidos os direitos e obrigações de cada parte, *as respectivas cláusulas têm força obrigatória para os contratantes*. 16. *Existente cláusula contratual prevendo o vencimento antecipado do contrato e a cobrança de sua totalidade em caso de inadimplência, configura-se possível a incidência de juros moratórios e multa contratual*. [...] (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, APELAÇÃO CÍVEL - 2224751)¹⁶.

TRF3 - 2017 - PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO [...] 5. *É recorrente a previsão contratual do vencimento da totalidade das parcelas no caso de inadimplemento, o que, por si só, não configura abusividade na contratação a ponto de permitir a invocação da nulidade da cláusula pelo contratante*. [...] (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, APELAÇÃO CÍVEL - 1565001)¹⁷.

16 BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. *Apelação Cível 2224751*. EMENTA: DIREITO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO BEM DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ANATOCISMO/ CAPITALIZAÇÃO DE JUROS/APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS DE LONGO PRAZO. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INPLICABILIDADE. MULTA DE MORA. Primeira Turma. Ap 0018049-49.2013.4.03.6100. Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy. Julgado em 24/07/2018. E-DJF3 Judicial 1. Data: 03/08/2018.

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. *Apelação Cível 1565001*. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. HIGIDEZ DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUROS OU ENCARGOS EXCESSIVOS OU ABUSIVOS. DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. APELO DESPROVIDO. Quinta Turma. Ap 0009511-06.2009.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal Mauricio Kato, Julgado em 27/11/2017. E-DJF3 Judicial 1. Data: 05/12/2017.

TJSP - 2018 - EMBARGOS À EXECUÇÃO - *Empréstimo instrumentalizado em cédula de crédito bancário - Contratação de forma livre e previamente pactuada, sem quaisquer indícios a indicar a existência de vício social ou de consentimento no contrato firmado entre as partes - Embargante que estava inadimplente ao tempo do ajuizamento da ação executiva - Existência de cláusula contratual de vencimento antecipado das obrigações contraídas, caso ocorra o inadimplemento por parte da apelante, o que autoriza a execução do total da dívida - Abusividade não constatada* - Ademais, a recorrente não demonstrou a alegada celebração de acordo e tampouco o pagamento das prestações que se venceram durante a tramitação do processo (art. 373, I, do NCPC) - Sucumbência parcial (art. 86 do NCPC). [...] (TJSP; Apelação Cível 1016981-94.2017.8.26.0001; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2018; Data de Registro: 29/08/2018)¹⁸.

Em acréscimo, destaca-se, por relevante à abordagem vertente, o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 1.489.784/DF¹⁹, de relatoria Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, apontando não apenas a possibilidade de os contratantes,

18 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1016981-94.2017.8.26.0001*. EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - EMPRÉSTIMO INSTRUMENTALIZADO EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - CONTRATAÇÃO DE FORMA LIVRE E PREVIAMENTE PACTUADA, SEM QUAISQUER INDÍCIOS A INDICAR A EXISTÊNCIA DE VÍCIO SOCIAL OU DE CONSENTIMENTO NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES - EMBARGANTE QUE ESTAVA INADIMPLENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE VENCIMENTO ANTECIPADO DAS OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS, CASO OCORRA O INADIMPLEMENTO POR PARTE DA APELANTE, O QUE AUTORIZA A EXECUÇÃO DO TOTAL DA DÍVIDA - ABUSIVIDADE NÃO CONSTATADA. (a): Mendes Pereira. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível. Data do Julgamento: 29/08/2018. Data de Registro: 29/08/2018.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp n. 1.489.784/DF*. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MÚTUO IMOBILIÁRIO. INADIMPLEMENTO. EXECUÇÃO JUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DE VENCIMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE EXECUÇÃO CONTINUADA. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. FACULDADE DO CREDOR. MECANISMO DE GARANTIA DO CRÉDITO. TERMO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL INALTERADO. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 15/12/2015. Dje de 3/2/2016.

valendo-se do princípio da autonomia da vontade, estipulem o vencimento antecipado da dívida em contratos bancários quando verificada a inadimplência do devedor, mas as razões em que se apoia tal instituto: (a) a mitigação do risco de prejuízos maiores e (b) a garantia de saudáveis relações creditórias, o que, em última análise, importa em uma finalidade social. Eis o excerto do citado julgado com a exata expressão da Corte da Cidadania:

É possível aos contratantes, com amparo no princípio da autonomia da vontade, estipular o vencimento antecipado, como sói ocorrer nos mútuos feneráticos, em que o inadimplemento de determinado número de parcelas acarretará o vencimento extraordinário de todas as subsequentes, ou seja, a integralidade da dívida poderá ser exigida antes de seu termo. 4. O vencimento antecipado da dívida, ao possibilitar ao credor a cobrança de seu crédito antes do vencimento normalmente contratado, objetiva protegê-lo de maiores prejuízos que poderão advir da mora do devedor, sendo um instrumento garantidor das boas relações creditórias, revestindo-se de uma finalidade social.

Exsurge então, pelas vias doutrinária, legislativa e jurisprudencial, a completa juridicidade da convenção estabelecida entre as partes de um contrato bancário acerca do vencimento antecipado da obrigação diante da eventual mora do devedor quanto ao cumprimento tempestivo e integral dos termos da avença, subjazendo a tal acordo muito mais que interesses meramente particulares das instituições financeiras, mas uma finalidade de grandeza coletiva, porquanto dirigida à preservação da saúde e da confiança do Sistema Financeiro Nacional.

4. CONFIGURAÇÃO AUTOMÁTICA DO VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA QUANDO VERIFICADA UMA DAS HIPÓTESES CONVENCIONADAS ENTRE AS PARTES PARA TANTO

Os mecanismos empregados por instituições financeiras para a recuperação de créditos inadimplidos devem, na medida do possível, fiar-se por caminhos menos onerosos para ambas as partes (credor e devedor) do negócio jurídico violado, bem como valer-se de sendas que permitam maior proximidade entre os interessados e, assim, abram espaço para soluções amigáveis, céleres e com maiores chances de cumprimento voluntário das obrigações pactuadas.

Tais veredas certamente não cruzam, num primeiro momento, com a judicialização de questões, ferramenta essa a ser empregada apenas de forma subsidiária, caso comprovadamente ineficazes as medidas extrajudiciais levadas a efeito anteriormente, uma vez que o processo judicial brasileiro ainda se apresenta caro, burocrático e moroso²⁰.

Atentos a essa realidade, credores com visão estratégica, quando verificada a inadimplência do devedor em relações jurídicas obrigacionais, optam, em um primeiro momento, por métodos de cobrança extrajudicial de dívidas, seja adotando por si mesmos medidas com aptidão para o

20 Especialmente acerca do aspecto da morosidade, o próprio Poder Judiciário o reconhece como existente, num autêntico trabalho de autocritica utilizado como combustível para o desencadeamento de uma série de medidas administrativas, orçamentárias e legislativas conducentes à construção de um melhor cenário nesse particular nos últimos tempos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “[...] a taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% em 2016. A partir desse ano, a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 68,7%. Em 2020, em razão da pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir, sendo que, em 2021, já houve redução na taxa de congestionamento na ordem de 1,6 ponto percentual, finalizando o ano com um congestionamento mensurado em 74,2%.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Justiça em números 2022*, p. 126. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 28/05/2023).

alcance de bons resultados, seja por meio de escritórios especializados contratados para tal finalidade, tudo com o desiderato de não precisarem valer-se do Estado-juiz para a solução de conflitos.

Nesse modelo de atuação, destacam-se as cartas notificatórias encaminhadas a devedores inadimplentes dando-lhes ciência formal de que, em persistindo o descumprimento obrigacional verificado, medidas judiciais serão utilizadas. Esse tipo de abordagem extrajudicial estabelece uma ponte de comunicação com o devedor e registra a plena disposição do credor de tentar solucionar, sem traumas e sem maiores onerações, a inadimplência constatada, o que se amolda ao figurino desenhado pelos princípios da boa-fé e da lealdade contratuais, tão caros no Direito Civil contemporâneo.

No específico caso dos negócios jurídicos bancários, a parte credora dessa relação, via de regra, empenha-se em alcançar uma solução amigável da mora do devedor, obtendo muitas vezes, com tais medidas, inúmeras repactuações obrigacionais (mediante a celebração de aditivos contratuais e de instrumentos de composição e confissão de dívidas) e o retorno de capitais sem necessidade de recorrer a qualquer meio judicial de cobrança. Ganham, ao final, credor e devedor, como num jogo de soma não zero²¹.

Todavia, especialmente nas obrigações de trato sucessivo (como é o caso de grande soma dos contratos de mútuo e de financiamento bancário), que se prologam por meses ou por anos em virtude do calendário de prestações periódicas firmado entre os contratantes, a localização de

21 “Entende-se por jogo de ‘soma não zero’ aquele no qual o êxito de um dos participantes não necessariamente é prejudicial aos demais, em oposição aos jogos de ‘soma zero’, no qual as vantagens de um dos participantes se traduzem em desvantagens aos demais. Enquanto a competição é natural a estes últimos, os primeiros tendem a fazer com que se desenvolva a cooperação entre os jogadores”. (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O Direito e sua Ciência*. Uma Introdução à Epistemologia Jurídica. 2. ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 6).

devedores por parte de credores nem sempre é tarefa fácil, considerando que, não raramente, o devedor muda de residência uma, duas ou várias vezes no curso do prazo de cumprimento da obrigação sem que, paralelamente às mudanças ocorridas, informe aos respectivos credores o novo endereço onde pode ser encontrado.

Tal dificuldade se torna ainda maior quando, já configurado um estado de inadimplência obrigacional, devedores itinerantes se valem de sucessivas alterações de domicílio para ocultarem-se de credores, de sorte que a estes, quando inevitavelmente necessário se faz um contato com aqueles, resta uma saga de buscas demoradas (rendendo ensejo, pelo decurso de tempo indeterminado, à depreciação ou ocultação de garantias contratadas), burocráticas (a exemplo do protocolo de requerimentos de notificação judicial ficta de pessoas mediante a publicação de editais) e caras (como, de fato, caros são os éditos publicados em jornais de grande circulação no país), sem qualquer garantia de êxito.

Tais percalços recomendam, por conseguinte, que as hipóteses de configuração da mora do devedor em contratos que abrigam relações jurídicas obrigacionais contemplem, tanto quanto possível, *termos certos* para cada um dos deveres contratuais, isso para que, em se verificando um eventual estado de inadimplemento da obrigação, este evento, por si só, tenha aptidão para constituir de pleno direito em mora o devedor, na exata dicção do art. 397, *caput*, do Código Civil²², assim redigido:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial

22 BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 31/05/2023.

Discorrendo sobre o citado artigo de lei, o civilista Washington de Barros Monteiro esclarece (sem grifos no original):

Mora ex re e mora ex persona - Em seguida, o art. 397 do Código Civil de 2002 dispõe que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”. Esse dispositivo modificou o direito anterior, que, em qualquer hipótese, exigia interpelação para constituir-se em mora o devedor. De acordo com a lei civil, entretanto, *cumpre distinguir se se estipulou ou não no contrato dia certo para o vencimento da obrigação. Se houve expressa estipulação e na data prefixada não se verificou o pagamento, caracterizada se acha a mora do devedor*. Como se externa a lei, em tal hipótese, a mora ocorre de pleno direito, *independentemente de qualquer ato ou iniciativa do credor*. É o que se denomina *mora ex re*, por aplicação analógica da regra *dies interpellat pro homine*, isto é, *o termo interpela em lugar do credor. Nesse caso, a lex ou o dies assumem o papel de intimação. Se, ao inverso, não houve estipulação de prazo, a mora só se configura mediante provocação do credor*, vale dizer, por meio de *interpelação, notificação ou protesto*. Como esclarece o mesmo VAN WETTER, a razão exige que, antes de dirigir qualquer increpação ao devedor, o credor o convide a pagar. Por conseguinte, *na ausência de convenção sobre prazo para pagamento, o devedor só pode ser havido como inadimplente após interpelação judicial ou extrajudicial* prevista no art. 397, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Defrontamo-nos, nesse caso, com a *mora ex persona*²³.

A despeito, porém, da disciplina legal acima exposta e dos esclarecimentos doutrinários sobre o tema, questão recorrente levantada por devedores em defesas apresentadas em juízo no bojo de cobranças judiciais de dívidas discutem o correto enquadramento do vencimento antecipado de obrigações convencionado entre as partes contratantes para o caso de inadimplemento do devedor (atraso de uma ou de mais prestações pactu-

23 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte: das modalidades, das obrigações, dos efeitos das obrigações, do inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 322 a 323.

adas) ao regramento legal ora tratado.

Dito de outro modo, devedores frequentemente debatem em contestações ou em embargos à execução se o vencimento prematuro de uma dívida, previsto em cláusula contratual para uma pena de atraso quanto ao pagamento de prestações convencionadas entre as partes de um negócio jurídico, retrata uma hipótese de mora *ex re* (a dispensar, portanto, qualquer atuação do credor para configuração da mora do devedor) ou de mora *ex persona* (a exigir, por iniciativa do credor, uma interpelação judicial ou extrajudicial do devedor para constituí-lo em mora).

Antes, porém, do enfrentamento desse específico ponto, convém esclarecer, para incompreensões evitar, que há situações (já mencionadas em linhas pretéritas) nas quais a própria lei cuidou de definir, como consequência imediata e natural do inadimplemento parcial de uma obrigação, o vencimento prematuro de toda a dívida, sem exigir qualquer atuação adicional do credor: é o que ocorre com notas e cédulas de crédito rurais (art. 11 do Decreto-lei 167/67), com notas e cédulas de crédito comerciais e industriais (art. 11 do Decreto-lei 413/69) e com os pactos, de uma forma geral, com data certa de pagamento e garantidos por hipoteca ou por penhor (art. 1.425, III, do Código Civil).

Noutro giro, a própria lei também determinou que, mesmo em hipóteses de evidente mora *ex re*, o devedor fosse notificado previamente pelo credor para comprovação (ou, em alguns casos, para constituição mesma) da mora daquele, como bem acentua o civilista Cristiano Chaves Farias (sem grifos no original):

Sobreleva acentuar, ademais, que na legislação esparsa incidem hipóteses de exigência de interpelação prévia, mesmo em contratos com cláusula resolutiva expressa. Em outras palavras, tratou o legislador de converter hipóteses de mora ex re em ex persona. Nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados urbanos (Lei nº 6.766/79, art. 32) e rurais (Decreto-lei nº 58/37, art. 14), impõe-se a notificação premonitória no registro imobiliário com concessão

de prazo de 30 dias ao compromissário comprador inadimplente, mesmo que se tenha estipulado como intransponível o dia de vencimento das parcelas. Tratando-se de imóveis não loteados (Decreto-lei nº 745/69), requer-se prévia notificação no prazo de 15 dias. Demais disso, como reza a Súmula 76 do Superior Tribunal de Justiça, mesmo ao compromisso de compra e venda não registrado aplica-se a interpelação prévia. Neste sentido a Súmula 369 do Superior Tribunal de Justiça aplicável ao leasing: 'o contrato de arrendamento mercantil, ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora'. Já no Decreto-lei nº 911/69 - que, mesmo após a vigência do novo Código Civil, ainda disciplina os aspectos processuais da propriedade fiduciária, com as alterações do art. 56 da Lei nº 10.931/2004 -, tem-se a interpelação como formalidade essencial para a concessão em juízo da medida liminar de busca e apreensão, em caso de mora na obrigação de pagamento. *Apesar de a mora ser automaticamente induzida pelo vencimento do termo ajustado entre as partes, consistirá a notificação do devedor pressuposto processual à consecução da medida satisfativa. Aqui a interpelação não constitui o devedor em mora, porém prova a sua existência*, conforme a exigência da Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça"²⁴.

Em casos tais, portanto, não há dúvida quanto à necessidade ou à desnecessidade de notificação extrajudicial do devedor, porque a própria lei cuidou de exigir ou de excluir a atuação adicional do credor (por meio do procedimento notificatório) para fins de constituição ou de comprovação da mora *debitoris*.

Logo, o presente estudo não trata de casos enquadráveis em tais exceções legais. Trata, registre-se, das hipóteses em que, *por força exclusivamente de cláusula contratual*, o credor pretende vencer antecipadamente uma dívida em virtude do inadimplemento parcial do devedor *sem necessitar recorrer* a qualquer procedimento prévio (judicial ou extrajudicial) para tanto.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 11. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, páginas 577 a 581.

Delimitado o tema, avança-se para o exame pormenorizado da questão em análise: enquadramento da hipótese de vencimento antecipado de dívidas (convencionado entre as partes) em virtude de inadimplemento parcial da obrigação (atraso de uma ou de mais prestações) ao regramento legal disposto no art. 397 do Código Civil.

De acordo com a redação frequentemente empregada nos contratos bancários para apresentar a cláusula que trata do vencimento prematuro de dívidas, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no instrumento de crédito (e a obrigação de manter-se adimplente é, certamente, a principal) poderá implicar o vencimento antecipado de toda a dívida, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial.

Nesse contexto, nos contratos de mútuo e de financiamento bancários que contemplam um calendário de reembolso (esquema de pagamento) pré-definido entre as partes, os termos de cada uma das prestações convencionadas encontra-se perfeitamente delimitado no tempo, de sorte que credor e devedor, uma vez firmada a avença, têm plena ciência da exata data em que as parcelas obrigacionais precisam ser honradas e o modo com que essa honra se opera.

Ademais, têm igual ciência de que, violado o contrato por atraso no pagamento de uma (ou de algumas prestações), todos os termos previamente fixados para as prestações vincendas podem ser desconsiderados pelo credor naquele mesmo instante, tornando-se exigível, dali em diante, a dívida *por inteiro*, porque antecipadamente vencida em virtude da força do pacto estabelecido entre as partes.

Há, nessas circunstâncias, de forma bastante evidente, uma mora *ex re* configurada, a dispensar qualquer ato prévio, judicial ou extrajudicial, por parte do credor para que a obrigação como um todo seja cobrada do devedor pela via judicial, já que não há qualquer incerteza quanto ao objeto obrigacional e quanto ao momento para o cumprimento tempestivo da obrigação.

O argumento de muitos devedores, ao contrário (porém sem aderência à lei e à convenção), defende a natureza *ex persona* da mora *debitoris* nessas mesmas circunstâncias (sob o fundamento de que, não havendo sido alcançados os termos de cada uma das prestações definidas em contrato, uma cobrança judicial prematura da dívida teria de ser comunicada formal e antecipadamente ao devedor, porque teria surgido daí um novo e incerto termo obrigacional), e, se acolhido fosse por algum tribunal, acarretaria uma imposição ao credor para a adoção de expedientes notificatórios (judiciais ou extrajudiciais) necessários à configuração da mora do devedor, distorceria a regra positivada que regulamenta a configuração da mora *debitoris*, desconsideraria a força das convenções, erodiria a segurança jurídica dos contratos e agravaria sobremaneira a posição do credor, acentuado o desequilíbrio contratual já provocado pelo inadimplemento obrigacional.

Lucidamente, porém, as Cortes de Justiça do país preservam as relações jurídicas obrigacionais assim construídas entre credores e devedores, tratando o pacto do vencimento antecipado por atraso de uma ou de algumas prestações como uma genuína hipótese de mora *ex re*, dado que, em essência, uma convenção dessa natureza preenche integralmente os requisitos do *caput* do art. 397 do Código Civil, como bem retratam os julgados colacionados a seguir.

TJSP - EMBARGOS À EXECUÇÃO - *CONTRATO DE CRÉDITO FIXO - IMPROCEDÊNCIA - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - Vencida antecipadamente a dívida, o credor ajuizou execução acompanhada de memória de cálculo acrescida dos encargos moratórios contratados - Caso em que não era necessária a prévia notificação do mutuário sobre o vencimento antecipado da dívida, uma vez que foi estabelecido expressamente na avença. [...].* (TJSP; Apelação Cível 1000264-93.2015.8.26.0577)²⁵.

25 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1000264-93.2015.8.26.0577*. Relator (a): Walter Fonseca. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado. Foro de São José dos Campos - 8ª Vara Cível. Data do Julgamento: 14/09/2017. Data de Registro: 18/09/2017.

TJMG - EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS Á EXECUÇÃO - NULIDADE DA EXECUÇÃO E DA SENTENÇA NÃO VERICADAS - CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - INADIMPLÊNCIA - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - DESNECESSIDADE - VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA - PREVISÃO EXPRESSA NO CONTRATO - POSSIBILIDADE - [...]. Não há que se falar em nulidade da sentença, quando devidamente fundamentada em provas suficientes para o deslinde do feito. *Considerando que o contrato de confissão de dívida com débito em conta corrente estipula obrigações com termo certo de vencimento, deve-se concluir que a mora é automática (ex re), de modo que o inadimplemento do devedor é suficiente para caracterizá-la, não havendo a necessidade de notificação prévia da parte contratante, sendo possível a cobrança com base em seu vencimento antecipado ante a existência de estipulação contratual para tanto.* [...]. (TJMG - Apelação Cível 1.0394.15.004950-7/001)²⁶.

TJRO - Embargos à execução. *Vencimento antecipado da dívida. Previsão contratual. Desnecessidade de notificação prévia.* Afastamento da multa. Má-fé não configurada. É lícito ao credor promover a execução da integralidade do contrato quando há previsão expressa de que o inadimplemento de uma das parcelas pactuadas enseja o vencimento antecipado da dívida. *A ausência de cláusula prevendo a necessidade de notificação prévia do devedor para sua constituição em mora afasta tal exigência, pois o inadimplemento da obrigação constitui de pleno direito em mora o devedor.* (TJRO - Apelação Cível 0002339-53.2013.822.0012)²⁷.

Aplicando-se os mesmos argumentos de pesquisa utilizados na busca dos julgados acima, Tribunais Regionais Federais (TRFs) também foram consultados e, embora muitos acórdãos tenham sido encontrados alinhados ao mesmo entendimento das Cortes Estaduais exposto anteriormente

26 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0394.15.004950-7/001*, Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel. 18ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 17/10/2017. Publicação da súmula em 19/10/2017.

27 RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível 0002339-53.2013.822.0012*. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. 1ª Câmara Cível. Relator(a) do Acórdão: Des. Raduan Miguel Filho. Data de julgamento: 05/10/2016.

te, uma só decisão, da lavra do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pela didática redacional, representará as demais:

TRF3 - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE RELACIONAMENTO - ABERTURA DE CONTAS E ADESÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS - PESSOA FÍSICA. CHEQUE ESPECIAL - PESSOA FÍSICA. CRÉDITO DIRETO CAIXA - PESSOA FÍSICA. [...] NÃO CONSTITUIÇÃO EM MORA. DESCABIMENTO. [...] 4. Importa notar o disposto no art. 397 do Código Civil: "O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.". 5. E de acordo com a cláusula contratual décima terceira (fls. 15) que assim expressa: "São motivos de vencimento antecipado da dívida e imediata execução deste contrato, bem como de todos os contratos de crédito mantidos com a CAIXA, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial, além dos casos previstos em lei, a infringência de qualquer obrigação contratual, e, também, se o(s) CREDITADO(S) encontrar(em)-se em insolvência civil, ficando a CAIXA autorizada a promover a cobrança judicial de todos os débitos mantidos com a CAIXA, de forma consolidada e atualizada, independentemente de qualquer aviso ou notificação judicial ou extrajudicial". 6. *Em vista da previsão legal e contratual, estando o devedor inadimplente, é admissível o vencimento antecipado da dívida, sendo desnecessária a notificação judicial ou extrajudicial.* 7. *No sentido da licitude da cláusula que prevê o vencimento antecipado da dívida no caso de inadimplência da prestação situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Precedente.* 8. *No caso em tela, o inadimplemento dos embargantes antecipou o vencimento da dívida, acarretando a mora ex re, o que dispensa a notificação do devedor. Portanto, plenamente descabível a alegação de não constituição em mora.* [...]15. Apelação parcialmente conhecida, preliminares rejeitadas e, no mérito, recurso improvido. (TRF3, AC 0001361-24.2015.4.03.6138, PRIMEIRA TURMA, Relator HÉLIO EGYDIO MATOS NOGUEIRA, julgado em 31/10/2017)²⁸.

28 BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. AC 0001361-24.2015.4.03.6138. EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE RELACIONAMENTO - ABERTURA DE CONTAS E ADESÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS - PESSOA FÍSICA.

Por fim, mesmo diante de situações outras em que, de fato, a mora em debate tenha natureza *ex persona* (o que não é o caso do vencimento antecipado convencionado de ora se cuida), o Código Civil, ao exigir a interpelação do devedor para fins de configurá-la, não estabelece que tal expediente seja *prévio* a uma cobrança judicial da dívida correlata, nem que seja feita unicamente pela via extrajudicial, permitindo, ao contrário, que o procedimento interpelatório ocorra judicialmente, permissão essa que a doutrina e a jurisprudência, associando-a ao art. 240 do Código de Processo Civil de 2015²⁹ (anterior art. 219 do Código de Processo Civil de 1973³⁰), entendem englobar o ato de *citação válida* dentro do próprio processo de cobrança judicial da dívida inadimplida³¹.

CA. CHEQUE ESPECIAL - PESSOA FÍSICA. CRÉDITO DIRETO CAIXA - PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS ANTES DA CITAÇÃO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. DOCUMENTOS HÁBEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. AFASTADA. NÃO CONSTITUIÇÃO EM MORA. DESCABIMENTO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE JUROS EXCESSIVOS OU ABUSIVOS. INOCORRÊNCIA. COBRANÇA DE JUROS EXCESSIVOS E OU ABUSIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. PRIMEIRA TURMA. Relator HÉLIO EGYDIO MATOS NOGUEIRA. Julgado em 31/10/2017.

- 29 “Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”. (BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 31/05/2023).
- 30 “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litis pendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”. (BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em 31/05/2023).
- 31 Pertence ao direito material a conceituação do inadimplemento, no qual se considera devedor inadimplente aquele que não cumpriu, na forma e no tempo devidos, o que lhe competia segundo a obrigação pactuada. Relaciona-se a ideia de inadimplemento com a de exigibilidade da prestação, de maneira que, enquanto não vencido o débito, não se pode falar em descumprimento da obrigação do devedor. Ciente dessa verdade, ensinava LOPES DA COSTA que, para a execução, torna-se necessário que: a) exista o título executivo; e b) ‘a obrigação esteja vencida’. É evidente que sem o vencimento da dívida, seja normal ou extraordinário, não ocorre a sua exigibilidade. E não sendo exigível a obrigação, o credor carece da ação executiva (art. 586). *Não há, todavia, necessidade de produzir-se prova do inadimplemento com a inicial, o transcurso do prazo da citação sem o cumprimento da obrigação, como forma de interpelação judicial, é a mais enérgica e convincente demonstração da mora do devedor.* Além do mais, a simples verifi-

Acerca do tema, Washington de Barros Monteiro é cirúrgico (sem grifos no original):

A interpelação judicial constitui processo acessório, disciplinado pelos arts. 867 e seguintes da lei processual. *Mas a jurisprudência sabiamente tem assentado que não é somente por esses meios que se processa a constituição em mora. Idêntico efeito se poderá igualmente obter pela citação feita na própria causa principal, pelo credor ajuizada para discutir a relação jurídica* (Código de Processo Civil, art. 219). Outrossim, em se tratando de relação contratual regulada pela lei civil, a interpelação do contratante inadimplente pode efetuar-se igualmente por meio extrajudicial, como a expedição de uma carta, desde que entregue no seu destino³².

Didaticamente abordando o tema, a Terceira Turma do STJ, em 11 de novembro de 2014, lavrou acórdão no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.489.913 - PR (Relator Min. Marco Aurélio Bellizze) tratando especificamente da configuração da mora *ex persona* do devedor por meio da *citação válida operada no bojo de uma ação executiva por título extrajudicial* promovida pelo credor, concluindo pela idoneidade plena de tal expediente processual para se alcançar tal finalidade, exatamente porque, se a “função precípua da interpelação é a de convocar o devedor para o cumprimento da obrigação”³³, a citação é, por excelência, uma segura forma de se interpelar qualquer pessoa, já que operada perante o Poder Judiciário. Eis importante excerto da referida decisão:

cação, no título, de que já ocorreu o vencimento é a prova suficiente para abertura da execução. Ao devedor é que incumbe o ônus da prova em contrário, isto é, a demonstração de que inexistiu o inadimplemento, o que deverá ser alegado e provado em embargos à execução (arts. 741, n. VI e 745). (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 28ª Edição, revista e atualizada. São Paulo - Editora Leud: 2014. P.131 a 132).

32 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte: das modalidades, das obrigações, dos efeitos das obrigações, do inadimplemento das obrigações*. São Paulo - Saraiva: 2003. P. 322 a 323.

33 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 11. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, página 577.

STJ - RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. [...]. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL REPRESENTATIVO DE OBRIGAÇÃO CERTA, LÍQUIDA E EXIGÍVEL, APTO A CONFERIR SUPEDÂNEO À AÇÃO EXECUTIVA. RECONHECIMENTO. 2. INADIMPLÊNCIA. OCORRÊNCIA. DISTINÇÃO CONCEITUAL DO ATRIBUTO DA EXIGIBILIDADE. NECESSIDADE. *CITAÇÃO OPERADA NO BOJO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO TEM O CONDÃO DE CONSTITUIR O DEVEDOR EM MORA E, VERIFICADA A INÉRCIA DO DEVEDOR, CONFIRMAR EM JUÍZO O ALEGADO INADIMPLENTO.* [...] 2.1. *Nos termos do artigo 397, parágrafo único, do Código Civil, em se tratando de dívida não sujeita a termo, tal como ocorre na espécie, o devedor é constituído em mora por meio de interpelação judicial ou extrajudicial.* Assim, encontrar-se-á em mora (inadimplente, portanto) o devedor que, embora instado, judicial ou extrajudicialmente, para a pagar, não providenciar, a tempo, o correlato adimplemento. 2.1. No ponto, é de suma importância deixar assente que *a citação operada no bojo da ação de execução não se destina a instar o devedor a se defender, mas sim a cumprir a obrigação contida no título executivo judicial*, especialmente porque a relação jurídica material estabelecida entre as partes encontra-se, por força de lei, devidamente definida. E, *justamente por se efetivar perante o Poder Judiciário, dúvidas não pairam sobre a idoneidade desta 'interpelação', e, principalmente, sobre o atendimento de sua finalidade, que é, ressalta-se, de instar o devedor a pagar.* 2.2. Deste modo, *a citação operada no bojo da ação de execução tem o condão de constituir o devedor em mora e, verificada a inércia do devedor, confirmar em juízo o alegado inadimplemento.* 3. Recurso especial improvido. (REsp 1489913/PR).³⁴

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1489913/PR. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO LASTREADA EM INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, ASSINADO POR DUAS TESTEMUNHAS. 1. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DIFERE O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PARA AJUSTE FUTURO. CONDIÇÃO POTESTATIVA E, PORTANTO, INVÁLIDA. EXIGÊNCIA IMEDIATA (VENCIMENTO À VISTA). VERIFICAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL REPRESENTATIVO DE OBRIGAÇÃO CERTA, LÍQUIDA E EXIGÍVEL, APTO A CONFERIR SUPEDÂNEO À AÇÃO EXECUTIVA. RECONHECIMENTO. 2. INADIMPLÊNCIA. OCORRÊNCIA. DISTINÇÃO CONCEITUAL DO ATRIBUTO DA EXIGIBILIDADE. NECESSIDADE. CITAÇÃO OPERADA NO BOJO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO TEM O CONDÃO DE CONSTITUIR O DEVEDOR EM MORA E, VERIFICADA A INÉRCIA DO DEVEDOR, CONFIRMAR EM JUÍZO O ALEGADO INADIMPLENTO. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Terceira Turma. Julgado em 11/11/2014, Dje 20/11/2014.

Lei, doutrina e jurisprudência, portanto, fazem coro para dar à cláusula de vencimento antecipado de dívidas em contratos bancários a validade e a eficácia de que precisa para, no mudo dos fatos, operar os efeitos que, no plano jurídico, foram aceitos, previstos e acordados entre as partes, havendo, por fim, a incidência imediata e automática das consequências (entre as quais a configuração *ex re* da mora *debitoris*) estabelecidas em um pacto dessa espécie.

5. CONCLUSÃO

Os contratos que viabilizam o acesso a crédito nos mais variados modelos de mútuo e de financiamento bancário no Brasil têm uma projeção jurídica muito além da específica relação obrigacional que veiculam (nota marcante que os distingue das demais relações jurídicas obrigacionais de direito privado), porquanto irradiam efeitos em toda a quadra econômica do país por serem mecanismos estruturantes de um sistema financeiro que busca equilíbrio e solidez para a promoção do desenvolvimento nacional.

Por essa razão, as cláusulas que lhes dão vida precisam conferir-lhes segurança quanto ao cumprimento dos pactos firmados e condições de (re)equilíbrio das operações financeiras em cenários de adversidade, com instrumentos capazes de mitigar riscos e prejuízos ao credor com a agilidade necessária à proteção das relações de crédito do país, sendo indispensáveis, para tanto, a previsão de mecanismos que permitam uma recuperação efetiva de capitais empatados, especialmente quando verificado um estado de inadimplemento contratual.

Nesse contexto, a previsão convencionada do vencimento antecipado (e automático) de dívidas para o caso de atraso no cumprimento de prestações de trato sucessivo em contratos bancários é medida prestigiada pela legislação positivada, pelo escólio da doutrina civilista e pelas decisões construídas nos tribunais nacionais - os quais lhe conferem

inabalável juridicidade -, porquanto diminui a percepção do risco nas operações financeiras do país, interferindo, conseqüentemente, na definição de juros menores para o acesso a crédito e no equilíbrio saudável do Sistema Financeiro Nacional.



6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5 ed. São Paulo, Saraiva: 1980.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Justiça em números 2022*, p. 126. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 28/05/2023).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Decreto-lei 167, de 14 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0167.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Decreto-lei 413, de 9 de janeiro de 1969*. Dispõe sobre títulos de crédito industrial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0413.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969*. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. *Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp n. 1.489.784/DF*. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MÚTUO IMOBILIÁRIO. INADIMPLENTO. EXECUÇÃO JUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DE VENCIMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE EXECUÇÃO CONTINUADA. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. FACULDADE DO CREDOR. MECANISMO DE GARANTIA DO CRÉDITO. TERMO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL INALTERADO. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 15/12/2015. DJe de 3/2/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp 1489913/PR*. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO LASTREADA EM INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, ASSINADO POR DUAS TESTEMUNHAS. 1. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DIFERE O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PARA AJUSTE FUTURO. CONDIÇÃO POTESTATIVA E, PORTANTO, INVÁLIDA. EXIGÊNCIA IMEDIATA (VENCIMENTO À VISTA). VERIFICAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL REPRESENTATIVO DE OBRIGAÇÃO CERTA, LÍQUIDA E EXIGÍVEL, APTO A CONFERIR SUPEDÂNEO À AÇÃO EXECUTIVA. RECONHECIMENTO. 2. INADIMPLÊNCIA. OCORRÊNCIA. DISTINÇÃO CONCEITUAL DO ATRIBUTO DA EXIGIBILIDADE. NECESSIDADE. CITAÇÃO OPERADA NO BOJO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO TEM O CONDÃO DE CONSTITUIR O DEVEDOR EM MORA E, VERIFICADA A INÉRCIA DO DEVEDOR, CONFIRMAR EM JUÍZO O ALEGADO INADIMPLENTO. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Terceira Turma. Julgado em 11/11/2014, DJe 20/11/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. *AC 0001361-24.2015.4.03.6138*. EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE RELACIONAMENTO - ABERTURA DE CONTAS E ADESÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS - PESSOA FÍSICA. CHEQUE ESPECIAL - PESSOA FÍSICA. CRÉDITO DIRETO CAIXA - PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS ANTES DA CITAÇÃO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. DOCUMENTOS HÁBEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. AFASTADA. NÃO CONSTITUIÇÃO EM MORA. DESCABIMENTO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE JUROS EXCESSIVOS OU ABUSIVOS. INOCORRÊNCIA. COBRANÇA DE JUROS EXCESSIVOS E OU ABUSIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. PRIMEIRA TURMA. Relator HÉLIO EGYDIO MATOS NOGUEIRA. Julgado em 31/10/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. *Apelação Cível 1565001*. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. HIGIDEZ DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUROS OU ENCARGOS EXCESSIVOS OU ABUSIVOS. DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. APELO DESPROVIDO. Quinta Turma. Ap 0009511-06.2009.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal Mauricio Kato, Julgado em 27/11/2017. E-DJF3 Judicial 1. Data: 05/12/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 3. *Apelação Cível 2224751*. EMENTA: DIREITO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO BEM DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ANATOCISMO/ CAPITALIZAÇÃO DE JUROS/APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS DE LONGO PRAZO. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INPLICABILIDADE. MULTA DE MORA. Primeira Turma.

Ap 0018049-49.2013.4.03.6100. Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy. Julgado em 24/07/2018. E-DJF3 Judicial 1. Data: 03/08/2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 11. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FILHO, Castro. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*, arts. 304 a 333. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.), vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro. Forense: 2007. 17 ed.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O Direito e sua Ciência. Uma Introdução à Epistemologia Jurídica*. 2. ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0394.15.004950-7/001*, Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel. 18ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 17/10/2017. Publicação da súmula em 19/10/2017.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte: das modalidades, das obrigações, dos efeitos das obrigações, do inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível 0002339-53.2013.822.0012*. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. 1ª Câmara Cível. Relator(a) do Acórdão: Des. Raduan Miguel Filho. Data de julgamento: 05/10/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1000264-93.2015.8.26.0577*. Relator (a): Walter Fonseca. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado. Foro de São José dos Campos - 8ª Vara Cível. Data do Julgamento: 14/09/2017. Data de Registro: 18/09/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1016981-94.2017.8.26.0001*. EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO - EMPRÉSTIMO INSTRUMENTALIZADO EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - CONTRATAÇÃO DE FORMA LIVRE E PREVIAMENTE PACTUADA, SEM QUAISQUER INDÍCIOS A INDICAR A EXISTÊNCIA DE VÍCIO SOCIAL OU DE CONSENTIMENTO NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES - EMBARGANTE QUE ESTAVA INADIMPLENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE VENCIMENTO ANTECIPADO DAS OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS, CASO OCORRA O INADIMPLENTO POR PARTE DA APELANTE, O QUE AUTORIZA A EXECUÇÃO DO TOTAL DA DÍVIDA - ABUSIVIDADE NÃO CONSTATADA. (a): Mendes Pereira. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível. Data do Julgamento: 29/08/2018. Data de Registro: 29/08/2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 28ª Edição, revista e atualizada. São Paulo - Editora Leud: 2014.

A ‘CLÁUSULA DE MOLIÈRE’ E A ISONOMIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS: DISCUSSÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*THE ‘MOLIÈRE CLAUSE’ AND
ISONOMY IN PUBLIC CONTRACTS:
DISCUSSION IN LIGHT OF THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Stéfani Clara da Silva Bezerra

- » Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2021 - atual). Mestre em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNI-CHRISTUS) (2020). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Tecnológica de Palmas (FTP) (2016). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) (2013). Atualmente é Coordenadora de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da Faculdade Princesa do Oeste (FPO) (2023 - atual). Professora do Curso de Direito da Faculdade Princesa do Oeste (FPO) (2022 - atual). E-mail: stefani.scb@gmail.com

João Victor Carvalho de Araújo

- » Bacharelado em Direito pela Faculdade Princesa do Oeste - FPO (2020 - atual). Monitor bolsista da disciplina de “Filosofia do Direito” (2021). Monitor bolsista da disciplina de “Direito Constitucional II” (2022). Monitor bolsista da disciplina de Hermenêutica Jurídica

dica (2023). Membro do corpo editorial da Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) da Universidade Federal do Ceará (UFC). Estagiário de Direito da Unidade de Direito Administrativo do escritório Schiefler Advocacia.

E-mail: jvictorcdm@gmail.com. Endereço para correspondência: Rua Francisco Bonfim, 489, Morada dos Ventos II, Crateús, Ceará, CEP: 63702-500. Telefone: (88) 997195690.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Cláusula de Molière. 3 Por que “Cláusula de Molière”? 4 O processo licitatório e o princípio da isonomia. 4.1 A isonomia no bojo dos contratos públicos. 5 Como a experiência francesa representa uma ruptura à isonomia?. 6 Considerações finais.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo refletir e expor uma análise do princípio da isonomia nos contratos públicos, apresentando sua relevância como um inafastável elemento norteador do ordenamento jurídico pátrio. Nesse cenário, a partir da experiência francesa da “cláusula de *Molière*”, busca-se demonstrar como a igualdade é elemento inerente às contratações públicas e que, sem ela, podem apresentar uma valoração não representativa da axiologia do ordenamento jurídico pátrio. A pesquisa é do tipo qualitativa e tem como procedimento o levantamento bibliográfico e documental. Após a análise, constata que, sem um tratamento isonômico entre os particulares que buscam barganhar com a Administração Pública — a exemplo da “cláusula de *Molière*”, que privilegiava aqueles licitantes que dominassem a língua francesa —, a licitação não é possível, pois a isonomia é a causa da licitação pública, e a garantida da isonomia é, ao mesmo tempo, sua finalidade. É fulcral, portanto, que a isonomia, princípio norteador da aplicação da norma administrativa, seja diligentemente observado quando das contratações públicas, pois sem ela, não há de se falar em “razão suficiente” para a concretização do interesse público.



PALAVRAS-CHAVE

Cláusula de Molière. Contratos Públicos. Isonomia. Licitação Pública.

ABSTRACT

The present study aims to reflect upon and present an analysis of the principle of equality in public contracts, highlighting its relevance as an indispensable guiding element of the national legal system. In this context, drawing from the French experience of the “*Molière* clause,” the study seeks to demonstrate how equality is an inherent element of public procurement and that, without it, valuations may not represent the axiology of the national legal system in a meaningful way. The research is qualitative in nature and employs bibliographic and documentary research as its methodology. After analysis, it concludes that without equal treatment among private individuals seeking to negotiate with the Public Administration - as exemplified by the “*Molière* clause,” which favored bidders fluent in the French language - public procurement is not possible, as equality is the foundation of public bidding and ensuring equality is simultaneously its purpose. Therefore, it is crucial that equality, as a guiding principle in the application of administrative norms, be diligently observed in public contracts, as without it, there can be no “sufficient reason” for the realization of the public interest.

KEYWORDS

Molière clause. Public Contracts. Equality. Public Bidding.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Estado brasileiro o dever de satisfazer o bem-estar social de seus cidadãos. Dessa forma, o Estado deve, obrigatoriamente, promover a segurança pública, saúde, educação, em resumo, prestar serviços obrigacionais que visem suprir o interesse público.

Isso posto, tendo como dever constitucional sempre a finalidade pública e a perseguição do interesse público - uma vez que nem os órgãos nem seus entes integrantes (entidades da Administração Direta e Indireta) são autossuficientes para satisfazer suas necessidades, como obras, bens e serviços -, a Administração Pública precisa, obrigatoriamente, contratar com particulares para cumprir suas obrigações sociais por meio de contratos administrativos.

Essa contratação irá acontecer por meio de uma licitação pública que, em linhas gerais, se caracteriza como uma competição, em regra, isonômica, que busca reunir o maior número possível de particulares idôneos que sejam qualificados para a prestação do serviço pretendido. Dessa forma, os interessados poderão ter a chance de auferir expressivos lucros, em troca da prestação eficaz e ímpar dos serviços públicos, perseguindo o interesse social.

Ao mesmo tempo em que o Estado brasileiro tem o poder-dever de satisfazer os direitos sociais fixados pela própria Constituição Federal, o particular que contrata com o Estado, de outro lado, visa auferir lucro a partir da demanda estatal. A princípio, o que se almeja é uma relação harmônica entre o interesse público e o interesse privado. Devendo, ainda, ater-se aos princípios constitucionais, prezando, outrossim, pelo tratamento isonômico dos interessados em contratar com a Administração Pública.

Dentro do cenário das contratações públicas, há de se destacar uma

anomalia francesa que surgiu, mais precisamente, na região de *Rhône-Alpes*, por sugestão do então político Laurent Wauquiez, a então “Cláusula de *Molière*”.

Ela buscava, em síntese, proibir os licitantes, que não tivessem seus trabalhadores capazes de se expressar em francês nos canteiros de obras, de participarem da barganha com o Poder Público. Dessa forma, excluindo potenciais prestadores de serviços qualificados e suficientes ao interesse público, em detrimento de nacionais, e não por puro protecionismo, como se verá.

A justificativa, em tese, para a criação da referida cláusula, dava-se por proteção aos ambientes laborais em obras públicas, uma vez que a utilização de um só idioma facilitaria a segurança dos estaleiros. Contudo, a medida foi adotada sem estudos pretéritos que confirmassem que um idioma diferente gerava mais perigo aos trabalhadores, e até mesmo desconsiderando que comandos básicos poderiam ser repassados aos trabalhadores sem necessariamente estes falarem fluentemente o francês.

Não só a isonomia aos licitantes era afrontada, como também a cláusula foi entendida como discriminatória pelo Tribunal Administrativo de Lyon, e por políticos críticos à época da utilização mandatária de um só idioma, prejudicando o trabalho de imigrantes que buscavam refúgio e asilo na França.

A cláusula ia de encontro, também, às legislações internas e externas do país, notadamente ao Código do Trabalho francês em seu artigo L1132-1, e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 21, §1º.

Tem-se como objetivo, portanto, analisar a importância do princípio da isonomia no procedimento licitatório e como sua quebra, a partir da experiência francesa da “cláusula de *Molière*”, pode ser prejudicial à competitividade entre licitantes, o que gera a conseqüente corrosão na

prestação eficaz de serviços obrigacionais que almejam sanar o interesse público, isso, inclusive, sob a ótica da Lei Federal nº 14.133/2021, também conhecida como a “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”.

A pesquisa tem uma abordagem qualitativa, vez que discorre sobre o tema em questão a partir de um tom descritivo e explicativo. Quanto aos procedimentos empregados para sua execução, tem-se a realização de um levantamento bibliográfico, selecionando livros e trabalhos acadêmicos que promovam a discussão aqui apresentada. É, ainda, documental, uma vez que apresenta a legislação relativa ao tema, discutindo-a.

Para que tal fim consiga ser atingido, dissertar-se-á aqui sobre (i) o que é a “Cláusula de *Molière*”; (ii) o que é um processo licitatório e qual a função do princípio da isonomia no ordenamento jurídico pátrio e (iii) como a cláusula francesa representa uma ruptura à isonomia.

2. A CLAÚSULA DE *MOLIÈRE*

Entre os anos de 2016 e 2017, surgiu na França a “cláusula de *Molière*”. As regiões de *Île-de-France*, *Normandie*, *Hauts-de-France* e *Auvergne-Rhône-Alpes* foram as primeiras a adotar a cláusula que proibia a participação, nos contratos públicos, das empresas que não garantissem que seus funcionários se comunicassem em francês.¹

Basicamente, tais disposições seriam incluídas nos editais de licitação e se tornariam um novo critério de julgamento dos licitantes. Todos os contratos de obras públicas deveriam, por meio do dispositivo contratual, requerer a utilização da língua francesa nos estaleiros pelos funcionários das empresas contratadas.

1 MINÉ, Michel. Des « clauses Molière » sur les chantiers : protectionnisme et discrimination déguisés. *La Tribune*, 2017. Disponível em: <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/des-clauses-moliere-sur-les-chantiers-protectionnisme-et-discrimination-deguises-672195.html>. Acesso em: 22 maio 2023.

Embora a cláusula possa representar uma espécie de protecionismo estatal para com seus cidadãos, garantindo empregabilidade aos franceses, ela não só feria o direito interno francês, como também o direito da União Europeia, e para o que se busca demonstrar nesta pesquisa, vai diametralmente de encontro às disposições licitatórias e à garantia da isonomia nos contratos públicos-privados.

Um dos argumentos centrais para explicar a introdução dessa cláusula, ao invés da promoção da língua francesa ou até mesmo protecionismo econômico, era que, na verdade, a cláusula visava garantir a segurança nos canteiros de obras e construções públicas. Ocorre que a referida presunção não foi precedida de estudos que ligassem as causas de acidentes com a capacidade de se comunicar em francês dos trabalhadores.²

De outro modo, há de se ressaltar a capacidade parcial dos trabalhadores de entenderem certas instruções e regras de segurança sem o necessário domínio do idioma francês. A exigência de falar francês só se justificaria para casos específicos de obras o que, por conseguinte, torna a adoção geral da cláusula absolutamente desproporcional e excessiva às necessidades reais.³

Não de outra forma, a “Cláusula de *Molière*” era vista como discriminatória e em desalinho às regulamentações francesas e europeias. Isso porque um dos pilares da construção europeia desde 1957, qual seja a livre circulação⁴, era veementemente descumprida por uma cláusula que proibia as empresas francesas de estimularem a contratação de imigrantes, uma vez que eles não falariam o francês, ou empresas estrangeiras,

2 Ibid., 2017.

3 Ibid., 2017.

4 Aos trabalhadores, conforme o regulamento 1.612 de 15 de outubro de 1968 (alterado pela Diretiva 38/2004), garante a proibição de discriminações baseadas na nacionalidade e afins, a título de concessão de emprego, condições de trabalho, remuneração, e dentre outros. Dessa forma, a livre circulação dos trabalhadores europeus em qualquer Estado-Membro, constitui um direito garantido.

de participar de licitações públicas, mesmo elas sendo altamente qualificadas para a prestação dos serviços pretendidos.

O Primeiro-ministro socialista, Bernard Cazeneuve, à época, intitulou-a ironicamente como a cláusula de “*Tartuffe*”, uma das obras de *Molière* que denunciava a hipocrisia da sociedade à época. Já o político francês Benoît Hamon, nomeou-a como “uma cláusula abertamente xenofóbica”.⁵

Ressalta-se que, entre os anos de 2006 e 2016, a população francesa aumentou em 3,2 milhões de pessoas sendo que um terço eram imigrantes (1.1 milhão).⁶ Acrescenta-se, ainda, que a metade das pessoas que imigraram para a França entre os anos de 2016 e 2017, são nascidas na Europa, representando um total de 25% das imigrações em 2017, enquanto o resto eram de 26% de pessoas nascidas na África, 23% nascidas na França, 12% na Ásia, 8% nas Américas e Oceania e 6% de franceses nascidos no exterior.⁷

A cláusula, portanto, representava uma verdadeira quebra da livre circulação entre países europeus e um completo desalinho às regulamentações europeias, tais como o Pacto de 1966 da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 2º) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, do Conselho da Europa, adotada em Roma em 1950, que visa garantir o gozo de direitos e liberdades sem distinções, dentre elas, as idiomáticas.

5 ‘Moliere clause’ or maybe ‘Tartuffe clause’?. *Labour Mobility Initiative*, 2017. Disponível em: <https://www.mobilelabour.eu/11062/moliere-clause-or-maybe-tartuffe-clause/>. Acesso em: 23 maio 2023.

6 INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE). *En 2017, la moitié des personnes arrivées en France sont nées en Europe*, 2019. Disponível em: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3716876#documentation>. Acesso em: 23 maio 2023

7 Id., 2019.

De igual forma, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe que:

Artigo 21.^o

Não discriminação

1^o É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.⁸

O Código do Trabalho francês, em razão da modificação proporcionada pela Lei nº 2016-1547, de 18 de novembro de 2016, conhecida como “Justiça 21”, introduziu a proibição da discriminação na contratação de pessoas por empresas, dentre elas, a vedação ao preconceito idiomático, em seu artigo L1132-1:

Nenhuma pessoa pode ser excluída de um processo de recrutamento ou nomeação, ou ter acesso a um estágio ou a um programa de treinamento em uma empresa; nenhum funcionário pode ser punido, demitido ou sujeito a qualquer medida discriminatória, direta ou indireta, conforme definido no artigo 1^o da Lei nº 2008-496 de 27 de maio de 2008, que estabelece várias disposições de adaptação ao direito comunitário no campo da luta contra a discriminação, [...], capacidade de se expressar em um idioma diferente do francês, [...]⁹ (Tradução nossa)¹⁰

8 EUROPEIA, União. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Direito e Democracia, v. 457, 2007, p. 464.

9 ASSEMBLÉE NATIONALE. *Code du Travail*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000045391841. Acesso em: 23 maio 2023.

10 Aucune personne ne peut être écartée d’une procédure de recrutement ou de nomination ou de l’accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l’article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d’adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, [...] de sa capacité à s’exprimer dans une langue autre que le français, [...].

Não de outra forma o é que as jurisprudências francesas demonstram a inviabilidade de aplicação da cláusula onde, mesmo aquelas favoráveis à sua aplicação, acabam por contê-la de alguma forma. Um dos exemplos é o caso do julgamento pelo Tribunal Administrativo de Lyon que, em 13 de dezembro de 2017, anulou a aplicação da cláusula. A jurisprudência nº 1704697 do Tribunal Administrativo de Lyon¹¹ a julgou como discriminatória e, para além disso, segundo os juízes, a cláusula violava a liberdade de contratar com o poder público e a devida igualdade (isonomia) no tratamento dos licitantes, uma vez que favorecia as empresas francesas em detrimento das estrangeiras, mesmo nas ocasiões em que aquelas eram mais qualificadas.¹²

Uma alternativa aos defensores da cláusula foi a criação de uma ramificação, a “Cláusula interpretativa”, mas que ainda assim limitava consideravelmente sua aplicação, determinando a necessidade de intérpretes de francês em situações específicas das obras, para permitir a compreensão e os direitos dos trabalhadores estrangeiros.¹³

A jurisprudência ainda impôs o dever de que, apesar de permitida em 4 de dezembro por meio do *Conseil d'État 413366*¹⁴, a referida “Cláusula interpretativa” não poderia de forma alguma gerar despesas a mais em relação aos licitantes estrangeiros nos certames com o Poder

11 FRANÇA. Tribunal Administrativo de Lyon. *Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, nº 1704697. 2017. Disponível em: <http://lyon.tribunal-administratif.fr/content/download/121186/1225196/version/1/file/1704697.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

12 JACOB, Maxime. La jurisprudence tempère la clause Molière. *EURACTIV*, 2017. Disponível em: https://www.euractiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/la-jurisprudence-tempere-la-clause-moliere/?_ga=2.37102435.2140308989.1684701641-1330592988.1684701640. Acesso em: 23 maio 2023

13 *Ibid.*, 2017.

14 FRANÇA. Conseil d'État. *Section du contentieux, 7e et 2e chambres réunies, la clause d'interprétariat garantit un objectif d'intérêt général liés à la protection des travailleurs*, nº 413366. 2017. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2017-12-04/413366>. Acesso em 23 maio 2023.

Público.¹⁵ Isto é, gastos advindos da necessidade de contratação de intérpretes que os licitantes franceses não teriam, o que impactaria na proposta de preços, com os particulares franceses estipulando preços mais competitivos em virtude de terem um gasto a menos do que os demais, o que geraria a desproporcionalidade entre os participantes.

Em completa afronta à isonomia, os particulares franceses detinham maior privilégio para contratar com a Administração Pública em comparação àquelas empresas estrangeiras que podiam até ser mais qualificadas, mas pelo fato irrisório de não falarem francês, seriam prontamente desclassificadas do certame. Contudo, antes de adentrar no mérito do que se busca estudar neste presente artigo, é indispensável que se entenda qual a etimologia da cláusula, o que se entende por isonomia e, até mesmo, o que são licitações em *stricto sensu*.

3. POR QUE “CLAÚSULA DE *MOLIÈRE*”?

Resulta conveniente explicar qual o motivo do nome do célebre autor *Jean-Baptiste Poquelin* ou, mais conhecido como *Molière*, dar nome à polêmica cláusula, e isso acontece, em síntese, pela língua francesa também ser conhecida como “a língua de *Molière*”.

Jean-Baptiste Poquelin nasceu em Paris, a 15 de janeiro de 1622. De família nobre, desde criança recebera educação ímpar, estudando no Colégio jesuíta de *Clermont*. Era fascinado pela filosofia e literatura, e especula-se que tenha chegado a se formar em Direito. *Molière* se tornou um importante escritor francês da época classicista durante o século XVII.¹⁶

Durante este período, a língua francesa estava em via de formali-

15 JACOB, op.cit, 2017.

16 FORESTIER, Georges. *Molière*. Paris: Éditions Gallimard, 2018. P. 15-32.

zação, conseqüentemente, os autores dessa época são considerados os primeiros expoentes da língua francesa. Na poesia, tem-se *Fontaine*; na tragédia, *Racine* e *Corneille*, e na comédia, *Molière*.¹⁷

Contudo, a tragédia e a poesia eram consideradas mais nobres do que a comédia, assim, inacessíveis à maioria da sociedade francesa. Junto a isto, devido à sua grande criatividade, *Molière* retratava seus personagens de forma “verdadeira”, com os quais, a grande maioria da população francesa se identificava e tinha acesso. Usava uma linguagem fácil, com expressões regionais, alguns erros gramaticais cometidos no dia a dia e entre outros.

Nos séculos XVIII e XIX, após considerável tempo desde a morte de *Molière* (em 17 de fevereiro de 1673), os franceses cunharam o termo “língua de *Molière*” para se referir à sua língua nativa e fomentar o espírito nacional.¹⁸ No mesmo sentido do Inglês, conhecido como “a língua de Shakespeare”, o Italiano como “língua de Dante” e o Espanhol, como “língua de Cervantes”.¹⁹

Com isso, ao se falar em “cláusula de *Molière*”, fala-se em “cláusula da língua francesa”, o que vai ao encontro de seu propósito: limitar, nos contratos públicos, a participação de licitantes que não tenham trabalhadores que falem o francês.

17 SOUSA, Cleonice Ferreira de. Aspectos da presença francesa na obra de Castro Alves. São Paulo: Tese de Doutorado, Departamento de Teoria e Crítica Literária da USP, 2015, p. 13.

18 CHARAUDEAU, Patrick. *Langue, discours et identité culturelle*. *Revue de didactologie des langues-cultures*, n. 3-4, p. 341-348, 2001.

19 *Ibid.*, p. 341-348.

4. O PROCESSO LICITATÓRIO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Sabe-se que, para a construção de um sólido Estado Democrático de Direito, é necessária a existência de normas eficientes e que, alçadas em nível constitucional, proporcionem a boa evolução de sua sociedade e a consecução da justiça. Contudo, para a construção de um ordenamento jurídico virtuoso, não só as regras se fazem necessárias como também, os princípios.

Assim, qualquer norma necessita, para seu esclarecimento total, de ser contraposta às demais regras e aos demais valores e princípios jurídicos.²⁰ De acordo com as lições de Juarez Freitas, a regra isolada “[...] por maior clareza que aparente ter o seu enunciado, torna-se obscura e ininteligível”.²¹ Ao encontro do exposto, Miguel Reale, ao definir o papel dos princípios, chega à conclusão de que:

O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feita da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação.²²

Dessa forma, os princípios são ferramentas fundamentais para a manutenção da busca pela justiça, ideal último e mais elevado do Direito, servindo como norteadores da boa interpretação e como instrumentos-fim para suprir as lacunas dentro do ordenamento jurídico. No âmago

20 SLEUMER, Fernando Lamengo. *A nova principiologia do direito administrativo (1ª parte)*. Belo Horizonte: Fórum Jurídico, 2009, n.p.

21 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.19-23.

22 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Saraiva, 2002, p. 216.

dos diversos princípios que regem nosso Estado de Direito, importa-se relevar o princípio da isonomia que “é como o prisma por onde se filtram os valores para unificá-los em torno do ideal de igualdade formal entre os homens e, no caso deste estudo, entre o Estado e os cidadãos.”²³

Afunilando-se à Administração Pública, nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo — discricionário ou regrado — porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específicas. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos hão de se dirigir sempre e sempre para um *fim público*, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo.²⁴

O Estado brasileiro possui, dentre as inúmeras obrigações sociais, satisfazer e proporcionar o bem-estar social dos seus cidadãos. Por força constitucional, ele necessita entregar inúmeras prestações materiais aos seus cidadãos, sejam elas de segurança pública, de educação, de saúde entre outras. Para que isso possa ser concretizado, como a Administração Pública não é autossuficiente, o ente federado precisa da ajuda de particulares que, visando auferir lucro e no exercício da livre iniciativa, optam por barganhar com o Poder Público e viabilizar a entrega dos múltiplos objetivos que esse almeja. Para tanto, existem as licitações públicas.

Marçal Justen Filho, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, define precisamente o que é uma licitação pública:

23 PAGNUSSAT, Gabriel Trentini et al. *Princípio da licitação pública: a isonomia e seu papel basililar*. v. 6, n.1. Curitiba: Brazilian Journal of Development, 2020, p. 1787.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 176.



A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.²⁵

O mais importante dispositivo normativo no que tange a licitações, é o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. É nele que estão dispostas as diretrizes essenciais sobre o regime jurídico das contratações públicas nacionais, além de orientar o conteúdo de todas as demais normas jurídicas que versarem sobre a matéria licitatória. Veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²⁶

Percebe-se que, desde a sua concepção, o texto constitucional ressalta a importância das condições iguais entre os concorrentes para que seja possível a concretização de um processo licitatório. Em outras palavras, para que a norma seja eficaz e as contratações públicas atinjam seu

25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 495.

26 BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

fim, é necessário o estrito seguimento de princípios, dentre os quais, o princípio da isonomia figura importante posição.

Assim, entendido a importância dos princípios para o bom funcionamento das normas, em busca de se conceituar especificamente o que é o princípio da isonomia, é necessário que se entenda primeiro o que é igualdade.

Durante o desenvolvimento do pensamento liberal francês do século XVIII, criou-se o entendimento de que a igualdade é dar a todas as pessoas o mesmo tratamento. Ou seja, seria uma tutela jurídica inalienável que “possui como finalidade o tratamento igualitário de um sujeito, de uma coletividade ou de uma etnia perante a um Estado, a uma Organização e aos demais sujeitos.”²⁷

Contudo, a concepção hoje entendida como igualdade formal não mais é a que se consolidou durante as Revoluções Burguesas. Ainda na Idade Antiga, Platão compreendeu que a igualdade baseada em tratar a todos do mesmo modo não é viável, isso pois, seja por razões de cunho pessoal ou social, nem todos são iguais.²⁸ Com essa aceção, pode-se notar que o grande filósofo grego introduzia um embrião do que hoje se conhece por igualdade material, e que foi desdobrada por seu aprendiz, Aristóteles, que cunhou a célebre frase: “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”²⁹

Rui Barbosa condensou muito bem a ideia aristotélica em seu notável discurso feito em 1921, para a turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo:

27 GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ARAUJO, Luiz Aberto David. *Igualdade*: Fundamentos filosóficos. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2022, p. 5-6.

28 *Ibid.*, 2022, p. 7.

29 *Ibid.*, 2022, p. 7.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.³⁰

Dessa forma, a busca pela igualdade está, intimamente, interligada à justiça, devido a isso, possui valor social ímpar para a sociedade, o valor pelo qual todos os seres humanos, mesmo diante de todos os ditames e alteridades que afloram em suas vicissitudes, continuam sendo iguais em sua *mater*. Como exposto por Joel de Menezes Niebhur, “Nenhum homem é igual ao outro, mas todos comungam identidade que traduz a dignidade do gênero.”³¹

Celso Bandeira de Mello, ao lecionar sobre o assunto, menciona que:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma; qual o critério legitimamente manipulável - sem agravos à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?³²

No mesmo sentido, o jurista alemão, Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ao refletir sobre a igualdade material, observa que:

30 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Prefácios de senador Randolfe Rodrigues; Cristian Edward Cyril Lyuch. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. p.36.

31 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Catarina. Florianópolis, 1999, p. 57.

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 11.

A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos. [...]. Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.³³

Assim, a única exceção à “máxima geral de igualdade” é o tratamento desigual. Contudo, ele há de ter uma “razão suficiente”, como alude Robert Alexy³⁴, para que, de fato, exista e não se desalinhe dos princípios constitucionais.

Por exemplo, imagine-se um edital de licitação, ele é um documento que promove o tratamento desigual uma vez que, a Administração Pública, ao requerer especificamente um particular que venda canetas de cor preta, por exemplo, discrimina aqueles outros que não fabricam canetas desta cor, retirando-os da oportunidade de licitar com o Poder Público.

Contudo, essa situação é “permissível”, isto é, é legítimo e necessário que o tratamento desigual aqui seja adotado, por ser amparado e justificado no interesse público, o que seria uma “razão suficiente”. Dessa forma, deve haver uma justificativa palpável à luz do interesse público, apoiada pela razoabilidade, para que o Estado contrate somente a compra de canetas pretas, excluindo do procedimento licitatório, todos aqueles que não trabalham com esse material, a exemplo, nesse caso, de licitantes que produzam canetas azuis.³⁵

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 4 tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 411-430.

34 *Ibid.*, 2015, 407-411.

35 NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 464.

Desse modo, o princípio da isonomia se traduz na representação do valor da igualdade, é ele que contempla a amplitude desse vulto. Entende-se, assim, isonomia como “a norma jurídica que recebe e incorpora o valor da igualdade entre os homens.”³⁶ Se a norma se propõe a distinguir pessoas ou grupos visando a máxima aristotélica da igualdade material, não há como negar a prática de “discriminações”, não podendo, de certo, afastar-se da razoabilidade e da particularidade de cada caso concreto na sociedade.³⁷

Adentrando-se no regime jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê, no *caput* do seu art. 5º, os seguintes termos: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.³⁸

O princípio da igualdade assegura que os iguais recebam o mesmo tratamento por parte do Poder Público, “o que representa a gênese da licitação pública, a causa de sua obrigatoriedade.”³⁹ Dessa forma, os contratos públicos estão, por força do *caput* do art. 5º da Carta Magna, obrigados a tratar todos os interessados no benefício econômico da mesma forma, garantindo, por meio de inúmeras formalidades, que o procedimento licitatório seja isonômico e probó.

Compreendida a importância da igualdade para o bom funcionamento das normas em um Estado Democrático de Direito, parte-se para a análise da isonomia dentro do cenário das contratações públicas.

36 NIEBHUR, op. cit., 1999, p. 61.

37 PAGNUSSAT, op. cit., 2020, p. 1792

38 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

39 NIEBHUR, op. cit., 2022, p. 30.

4.1 A isonomia no bojo dos contratos públicos

Ao definir licitação pública, Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Henrique Carvalho Schiefler concretizam, de maneira precisa e clara, que ela é:

[...] o procedimento administrativo por meio do qual os particulares interessados podem concorrer em igualdade de condições para celebrar com a Administração Pública um contrato administrativo. Essa necessidade de que sejam tratados em igualdade de condições é o que fundamenta a existência da licitação pública. Portanto, não seria um disparate afirmar que a isonomia é a causa da licitação pública, e a garantida da isonomia é, ao mesmo tempo, sua finalidade.⁴⁰

Desta feita, a primeira finalidade de uma licitação pública, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, e no art. 5º e artigo 11, II, da Lei nº 14.133/2021, é que seja garantido o tratamento isonômico quando da seleção do particular que celebrará um contrato com a Administração Pública.

O texto da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, dispunha que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos lhes são correlatos.⁴¹

40 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação*. Curitiba: Zênite, 2015, p. 45.

41 BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22, Jun. de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

Já a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em caráter abrangente, abordou o tema dos princípios da seguinte forma:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).⁴²

Ou seja, o vigilante cuidado quanto a aplicação do princípio da isonomia durante o processo licitatório, faz-se para garantir que todos os particulares, minimamente qualificados, tenham, em medidas iguais, a chance de contratar com a Administração Pública. O Estado possui o dever inerente de garantir a igualdade de condições para os licitantes, sendo a licitação pública, portanto, instrumento para garantir a isonomia durante a seleção do particular que celebrará contrato com o Poder Público.⁴³

Não só o tratamento igualitário, mas a observância quanto à imparcialidade e à impessoalidade, são elementos corolários ao tratamento isonômico. Isso significa dizer que o agente público nem pode privilegiar, direta ou indiretamente, qualquer terceiro por razões injustificadas que desalinhem do estrito agir em razão do interesse público, nem poderá, por razões pessoais e particulares, beneficiar, por qualquer motivo que seja, o licitante, ameaçando o patamar de igualdade inerente ao processo licitatório.

42 BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1º, Abr. de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

43 OLIVEIRA; SCHIEFLER, op. cit., 2015, p. 40.

O princípio da isonomia, dessa forma, é elemento inafastável de um procedimento licitatório público, conseqüentemente, sem sua devida consideração, não há licitação pública. “O desrespeito à isonomia acarreta automaticamente a desconfiguração do interesse público. E é palmar: licitação que não é regida de acordo com o interesse público, perde este caráter, tomando-se privada.”⁴⁴

Por isso é que, sem isonomia, há de se falar em tudo, menos em licitação pública. Afinal, se não for para garantir a igualdade entre os licitantes, o procedimento licitatório nada o é. Ora, se o procedimento administrativo antecedente procura assegurar a igualdade dos interessados, se não houver o seu estrito cumprimento, bastaria ser feita uma pesquisa de preços, adequando-se às necessidades do Estado.

Assim, a isonomia também garante a efetividade da competitividade, pois, ao garantir tratamento isonômico durante todo o procedimento licitatório, garante o oferecimento de propostas variadas e em maior número, e se mais propostas chegam até a Administração Pública, mais possíveis propostas que sejam, de fato, a mais eficiente, são acolhidas pelo Estado. Isso garante, por consequência, a eficiência do cumprimento da demanda pública, pois garante, em condições igualitárias de competição, escolher o melhor particular para efetuar o melhor trabalho à sociedade.

O princípio, de tão importante que o é para a licitação pública, figura importante trecho do doutrinador Dallari, em sua obra “Aspectos Jurídicos da Licitação”, onde sustenta que:

O fato é que o princípio da isonomia por ser elementar ao direito administrativo e estar erigido à categoria de princípio constitucional, acabou transformando o próprio instituo da licitação num princípio para a Administração Pública. O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação

44 NIEBHUR, op. cit., 1999, p. 88.

em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimento licitatórios.⁴⁵

Resta-se indubitável a importância da isonomia para a licitação pública e devida efetivação dos contratos administrativos. Por exigência constitucional, principiológica e infraconstitucional, o princípio da isonomia garante a igualdade de condições a todos os licitantes interessados na barganha com a Administração Pública. É ele elemento basilar para a efetivação do procedimento licitatório, não podendo, sem seu devido cumprimento, se falar em licitação pública.

4.2 Uma Cláusula de Molière seria possível no ordenamento administrativo brasileiro? A preferência por bens e serviços nacionais

Cumpra-se questionar, ainda, se (i) uma cláusula como a de Molière seria possível no ordenamento jurídico brasileiro e (ii) se existe uma disposição parecida nas leis administrativas pátrias. Como se verá, a resposta é negativa para ambos os questionamentos.

Isso porque, caso surgisse uma “Cláusula de Machado de Assis” no Direito Administrativo brasileiro, o dispositivo seria manifestamente inconstitucional. A Administração Pública não pode privar interessados em barganhar com o Poder Público com a justificativa de que eles não possuem trabalhadores que falam o português brasileiro nos canteiros de obras, por exemplo.

Empresas estrangeiras podem contratar com o Poder Público do Brasil se essas forem as mais qualificadas para tanto, em igualdade de condições e oportunidades, favorecendo o interesse público e a prestação efetiva de serviços à sociedade.

Contudo, poder-se-ia alegar que a preferência por bens e serviços nacionais, prevista na Lei nº 8.666/93 em seu artigo 3º, §2º, II e III, e

45 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 32.

na Nova Lei de Licitações nº 14.133/21, em seu artigo 60, §1º, II, é um instrumento que, tal qual a cláusula francesa, impõe uma restrição aos licitantes que não sejam brasileiros, descumprindo com o princípio constitucional da isonomia e impossibilitando a competitividade justa das compras públicas. O dispositivo da Lei nº 14.133 prevê que:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.⁴⁶

Em síntese, tal previsão das leis licitatórias dizem que, havendo empate entre duas ou mais propostas de licitantes, um dos critérios que poderão ser utilizados para o devido desempate é a empresa ser brasileira. Ocorre que, essa previsão é absolutamente constitucional e em nada fere a isonomia das compras públicas.

Relembre-se que, a Cláusula de Molière proibia que licitantes tivessem a possibilidade de participar da competição promovida pela Admi-

46 BRASIL, op.cit, 2021.

nistração Pública francesa simplesmente porque seus funcionários não falavam a língua francesa, com a justificativa de que a falta de um uso comum de idioma nos estaleiros acabava por colocar em risco os trabalhadores. Observe-se que, como será exposto ao longo do próximo tópico desta pesquisa, essa justificativa em nada foi motivada pelos seus criadores, sendo apenas, ao fim, uma cláusula discriminatória e proibitiva, sem embasamento próprio e necessário.

A previsão brasileira de preferência aos bens e serviços nacionais nada mais o é que uma exceção a ser utilizada em caso de empate de licitantes, não obstante, portanto, que esses participem das licitações públicas e proponham suas propostas. Tal medida excepcional é um incentivo à produção nacional que, frisa-se, não é regra, mas sim exceção.

Como exposto pelo dispositivo normativo, não só deve ser utilizada em “igualdade de condições”, como também há uma ordem de utilização dos critérios de desempate, sendo que a empresa ser brasileira é apenas um dentre outras 7 margens de preferências utilizadas excepcionalmente em favor de uma licitante, caso seja o caso de empate entre duas ou mais propostas.

A referida preferência, portanto, em nada obsta a participação dos licitantes na competição, apenas sendo uma forma de desempate que possui fundo de embasamento regado pelo incentivo à produção nacional e aos empreendedores brasileiros que, contudo, se classifica como medida absolutamente excepcional e, ainda assim, preocupa-se com a igualdade de condições e na disponibilidade de demais possibilidades de desempate, sendo uma delas, inclusive, a de empresas que invistam no desenvolvimento de tecnologia no País, não havendo restrições de serem ou não nacionais.

Diferentemente da cláusula francesa que não possuía justificativa de incentivo nacional, muito menos era um critério de desempate, mas sim um óbice aos licitantes estrangeiros, os critérios de desempate previstos

pela lei pátria são constitucionais, isonômicos e ao fim, atingem o interesse público, buscando incentivar o desenvolvimento econômico e tecnológico do País, não impedindo, por certo, que licitantes que não sejam brasileiros participem das compras públicas. Particulares estrangeiros serão somente desfavorecidos caso tenham suas propostas empatadas com demais licitantes brasileiras e, ainda assim, podem vir a ganhar a competição, em razão dos demais critérios de desempate.

5. COMO A EXPERIÊNCIA FRANCESA REPRESENTA UMA RUPTURA À ISONOMIA?

A experiência francesa, em alinhamento ao já exposto a respeito da isonomia, demonstra o papel primordial que o princípio detém não só para o ordenamento jurídico como um todo, mas também em específico para as compras públicas.

Ao requerer, por meio de uma cláusula, que o particular interessado em contratar com o Poder Público, necessite falar um idioma específico, deixa-se muitos outros potenciais licitantes de fora do procedimento licitatório. E, por consequência, se há menos interessados em uma demanda, têm-se, também, menos potenciais efetivos prestadores, que poderiam sanar mais eficientemente a necessidade da Administração Pública, mas foram preteridos por outros particulares.

Uma vez que as compras públicas visam sanar as necessidades de um interesse coletivo – qual seja, o interesse público –, necessita-se que os prestadores sejam aqueles mais habilitados e competentes para o efetivo desempenho da atividade, resultando em contratos vantajosos e que sejam, acima de tudo, eficientes.

O interesse público necessita e requer resultados, afinal a administração pública existe com o objetivo-fim de fornecer à sociedade sempre



o melhor serviço, e para que isso seja feito, é necessário sempre que haja a busca pelo melhor preço, produto, fornecedor, eficiência, em síntese, a busca pela qualidade.⁴⁷

Desta feita, os princípios da eficiência e isonomia funcionam como uma espécie de sistema de freios e contrapesos ao procedimento licitatório, uma vez que, para se ter qualidade, não necessariamente deve se quebrar o tratamento isonômico e vice e versa.

Nesse sentido, ao se limitar o espectro de licitantes àqueles que possuem trabalhadores que se comuniquem em francês – isto é dizer, que se limite as contratações públicas às empresas francesas –, pode-se alegar, por certo, que a medida seja uma forma de protecionismo estatal, visando garantir empregos aos cidadãos franceses e capital para as empresas nacionais.

Contudo, a justificativa utilizada era diversa, qual seja a de prevenir acidentes que poderiam vir a acontecer em locais de trabalho, supostamente motivados pela não utilização da língua francesa nos estaleiros. Assim, sem efetivamente demonstrar que os incidentes eram causados, em alguma medida, pela não fluência francófona dos operários, a aplicação da cláusula acabou por demonstrar que, além de não se tratar de protecionismo estatal, o tratamento não isonômico prejudicava, ao fim, o próprio interesse público francês, uma vez que a sociedade deixava de ter potenciais prestadores de serviços eficazes à sua disposição e eventuais contratações vantajosas pudessem ser feitas.

O interesse público, ressalta-se, é indisponível e supremo, não é certo nem justificável que o poder público se utilize daquilo que a todos pertence para fomentar o lucro de empresas nacionais, por meio de uma cláusula que surge para prevenir acidentes de trabalho. Ainda que, a priori, tal medida se pautasse na implementação do princípio da diferença

47 NIEBHUR, op. cit., 1999, p. 84.

apresentado por John Rawls⁴⁸, uma análise mais aprofundada das consequências da preterição na contratação de nacionais a estrangeiros, não revela um ganho coletivo conforme preconizado pelo referido autor.

Em que pese o direito, em regra, pautar-se em uma lógica utilitarista, insta destacar que a supressão de uma liberdade ou direito de um indivíduo deve ser feita visando um outro ganho pessoal para ele. E, não, como o caso aqui apresentado, um benefício único de um determinado grupo.

Ainda em conformidade à Teoria da Justiça de Rawls⁴⁹, merece destaque o princípio da equidade, o qual dispõe que uma determinada configuração é eficiente sempre que é impossível modificá-la para melhorar a situação de algumas pessoas (pelo menos uma) sem, ao mesmo tempo, piorar a situação de outras pessoas (pelo menos uma). Isto é, deve-se prezar pelo equilíbrio de toda a sociedade.

Consoante apontado em linhas anteriores, resguardar o direito de uma classe, ainda que em situação de vulnerabilidade, qual seja, pessoas desempregadas, pode vir a comprometer os demais ganhos socioeconômicos da coletividade: economia e eficiência no pleito licitatório. Assim como a disponibilidade de verba orçamentária para implementação de políticas públicas que visem alcançar com eficiência e constância tais indivíduos que, ao contrário do que se imagina, estariam amparados pela “mão do particular” enquanto perdurasse a contratação com o ente público. Para Rawls⁵⁰, em uma sociedade marcada pela Justiça Social, toda e qualquer distinção deve ser justificada.

Dessa forma, importa-se frisar que, se o estado francês passasse por

48 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

49 Ibid.

50 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

momento de evidente crise econômica e quisesse proteger os empregos dos seus cidadãos e o efetivo lucro às suas empresas, em nada haveria ilegalidade, até porque o interesse público estaria sendo atendido. Ocorre que a “Cláusula de *Molière*” surge para outro fim que não o protecionismo estatal e acaba, nesse interim, quebrando o tratamento isonômico sem justificativa, favorecendo empresas francesas em relação à estrangeiras, em completa antítese à liberdade no acesso aos contratos públicos do país, garantido e previsto pela ordem de 23 de julho de 2015⁵¹.

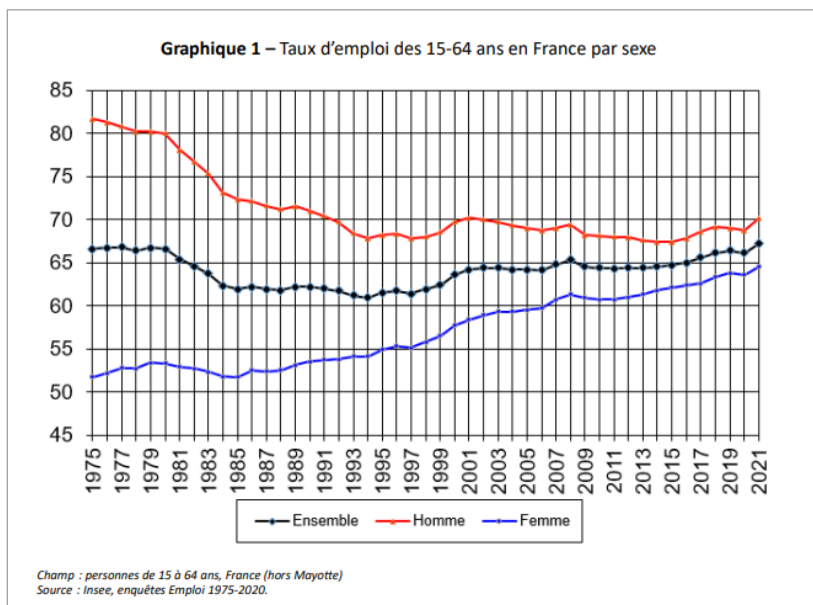
Em reforço ao exposto, evidencia-se que, no ano de 2016, o Produto Interno Bruto (PIB) da França cresceu em 1,1%. E no ano seguinte - ano em que a cláusula surge - a França viu seu PIB ter o melhor resultado em 6 anos, com um crescimento de 1,9%.⁵² O que deixa de ratificar a justificativa acima apontada como plausível para fins de manutenção da referida cláusula, qual seja, a garantia de renda para os cidadãos franceses.

A taxa de empregabilidade, cumpre destacar, também está em cenário positivo. A França tem sua taxa de empregabilidade nas idades de 15-64 anos, em evidente crescimento desde meados de 2013, como se demonstra no gráfico feito pelo *Institut National de la Statistique et des études Économiques*⁵³:

51 O artigo 1º da “l’ordonnance du 23 juillet 2015”, prevê, dentre outras, que: “Art. 1, I. As contratações públicas sujeitas a esta ordem seguem os princípios de liberdade de acesso à contratação pública, igualdade de tratamento dos candidatos e transparência dos procedimentos. / Esses princípios garantem a eficácia das contratações públicas e o uso adequado dos recursos públicos.” (tradução nossa). Texto na íntegra: “Art. 1, I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d’accès à la commande publique, d’égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. / Ces principes permettent d’assurer l’efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030920376>. Acesso em: 23 maio 2023.

52 INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE). *L’économie française - Comptes et dossiers Édition 2019*, 2019. Disponível em: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4174895?sommaire=4180914#encadre4>. Acesso em: 28 maio 2023

53 INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE). *Indicateurs de richesse nationale*, 2022. Disponível em: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3281596?sommaire=3281778#graphique-figure1>. Acesso em: 28 maio 2023



Dessa forma, não havia justificativa econômica nem social que desse razão à cláusula. Tanto o é que sempre foi entendida como um instrumento de proteção laborativa, visando melhorar a comunicação nos estaleiros entre os trabalhadores, o que foi conseguido através da já abordada “Cláusula Interpretativa”.⁵⁴

Assim, não só as empresas francesas, mas todas as empresas que eventualmente possuam interesse em contratar com o poder público francês, devem ter acesso e o devido direito de participar das contratações públicas à luz de um procedimento isonômico e eficaz, que vise satisfazer o interesse público.

54 A título rememorativo, a cláusula interpretativa, aceita pelo governo francês, era parecida com sua antecessora “Cláusula de Molière”, contudo, ao invés de obrigar o uso do idioma e gerar mais despesas para aquelas licitantes que não fossem francesas, ela apenas estabeleceu o uso de intérpretes em alguns condições de trabalho, para especificamente beneficiar os trabalhadores, não devendo, inclusive, ser um ônus econômico para aqueles licitantes que tivessem que contratar intérpretes.

Por derradeiro, colaciona-se um dos argumentos utilizados pelo Prefeito da região de *Auvergne-Rhône-Alpes*, onde pedia a anulação da aplicação da “Cláusula de *Molière*”, em síntese, pois:

Os princípios gerais do direito de igualdade de tratamento dos candidatos, liberdade de acesso à contratação pública e transparência dos procedimentos obrigam os compradores a não impor condições que possam ser cumpridas apenas por licitantes nacionais ou que sejam mais difíceis de serem satisfeitas por licitantes de outros Estados membros.⁵⁵ (Tradução nossa)

Neste sentido, destaca-se a conclusão de Joel de Menezes Niebhur⁵⁶ sobre a importância da isonomia aos contratos públicos:

Licitação pública só se configura com isonomia e só por este caminho é respaldada pela Sociedade, tomando-se legítima. É palmar que o tratamento diferenciado àqueles que demonstrem as condições suficientes para contratarem com a Administração constitui ofensa ao preceito que reclama eqüidade (*sic*). Não há meio para o interesse público harmonizar-se às discriminações que se utilizam daquilo que a todos pertence para fomentar o lucro de empresas particulares favorecidas por agentes da administração.

A experiência francesa, portanto, serve para destacar não apenas a importância do princípio da igualdade na administração pública, mas também os objetivos das compras governamentais e a necessidade de cumprir o interesse público devidamente.

Outrossim, merece destaque que a mera implementação da referida cláusula, apartada da realidade socioeconômica do país, reverbera o que fora assertivamente pontuado por John Rawls ao elucidar que o trata-

55 FRANÇA, op. cit., 2017. Texto na íntegra: les principes généraux du droit d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures obligent les acheteurs à ne pas poser de conditions qui ne pourraient être remplies que par les soumissionnaires nationaux ou qui seraient plus difficilement satisfaites par des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres.

56 NIEBHUR, op. cit., 1999, p. 97.

mento diferenciado a determinado grupo social só se justifica diante de um ganho coletivo.

Ao verificarmos que o PIB francês esteve em escala ascendente desde a concepção e aplicação da “Cláusula de *Molière*”, observamos o esvaziamento do propósito, a priori, que poderia vir a ser defendido pelo governo francês, qual seja, a proteção dos empregos dos cidadãos franceses. Desta feita, tem-se que a experiência francesa representa, de fato, uma ruptura à isonomia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto organizacional da sociedade, tem-se que a Administração Pública, por não ser autossuficiente, necessita de particulares para prestar, devidamente, seus serviços e cumprir com obrigações constitucionais que a ela são devidas. Para isso o Poder Público se utiliza das licitações para alcançar a melhor contratação para a demanda necessária. Buscando uma maior competitividade e eficiência na contratação, é necessário que o Estado garanta um tratamento isonômico a todos aqueles interessados em prestar serviços.

Nesse cenário é que se está inserido o papel fundamental da isonomia, a qual teve durante o presente trabalho, sua força demonstrada. É a isonomia que estrutura nossa legislação e é elemento inafastável para a existência de um procedimento de contratação da Administração Pública.

Compreende-se que, a partir da ‘cláusula de *Molière*’ e da experiência não igualitária dos contratos públicos franceses, uma vez que a Administração Pública tem como dever a busca pela concretização do interesse público, ela não pode discriminar nenhum particular que seja minimamente qualificado para exercer, eficientemente, o contrato almejado. Isso porque, se o faz, acaba por privar o interesse público de se beneficiar de eventuais contratos com particulares competentes e eficazes à demanda estatal.

Ao requerer que o licitante fale um idioma específico, deixa-se de fora do procedimento licitatório diversas propostas benéficas e eficientes de prestação de serviços, o que não condiz, de certo, com o interesse público e as normas e conceitos principiológicos de um contrato público.

Dessa maneira, o que é capaz de determinar a compatibilidade ou incompatibilidade com o princípio da isonomia é o próprio interesse público. É ele quem irá nortear se a “razão suficiente” aludida por Alexy, existe de fato para possibilitar o tratamento desigual. Se a exigência que, em princípio, era desigual, atestar razão e interesse público, somente assim será legítima.

Caso contrário, se uma medida for adotada de forma imotivada e desvinculada do interesse público, ela se torna não apenas ilegítima e desigual, mas também um obstáculo ao progresso social. Uma exigência desprovida de “razão suficiente” é desconexa dos princípios fundamentais que regem o bem-estar da sociedade, perdendo, assim, sua finalidade e legitimidade.

Apenas contratos públicos gerados por meio de uma competição igualitária de condições são capazes de harmonizar os princípios da efetividade e da isonomia. Essa condição é fundamental, pois a Administração não apenas garante uma competição justa e ágil aos particulares que desejam contratar com ela, como também assegura a prestação de serviços eficientes e alinhados com o interesse público. Ao concretizar essa finalidade, a licitação se torna uma ferramenta essencial para promover a transparência, a concorrência saudável e a otimização dos recursos públicos.

Promover uma seleção ampla e isonômica proporciona que a Administração tenha a possibilidade de escolher, dentre os mais variados fornecedores, aqueles que ofereçam não apenas preços competitivos, mas também capacidade técnica, experiência comprovada e comprometimento com a entrega de resultados satisfatórios. Isso resulta em contratos

que atendem às necessidades da Administração e, conseqüentemente, dos cidadãos, garantindo a efetividade das políticas públicas.

A isonomia deve ser tratada, portanto, como fundamental, sempre devendo ser auxiliada dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, competitividade e eficiência, buscando a direta e justa aplicação das normas jurídicas, facilitando e estruturando o trabalho hermenêutico do operador do Direito.



REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉE NATIONALE. **Code du Travail**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000045391841. Acesso em: 23 maio 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Prefácios de senador Randolfe Rodrigues, Cristian Edward Cyril Lyuch. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 1º, Abr. de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 22, Jun. de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

CHARAUDEAU, Patrick. **Langue, discours et identité culturelle**. *Revue de didactologie des langues-cultures*, n. 3-4, p. 341-348, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

EUROPEIA, União. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Direito e Democracia, v. 457, 2007.

FORESTIER, Georges. **Molière**. Paris: Éditions Gallimard, 2018.

FRANÇA. Conseil d'État. **Section du contentieux, 7e et 2e chambres réunies, la clause d'interprétariat garantit un objectif d'intérêt général liés à la protection des travailleurs), nº 413366**. 2017. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2017-12-04/413366>. Acesso em 23 maio 2023.

FRANÇA. Tribunal Administrativo de Lyon. **Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes, nº 1704697**. 2017. Disponível em: <http://lyon.tribunal-administratif.fr/content/download/121186/1225196/version/1/file/1704697.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ARAUJO, Luiz Aberto David. **Igualdade: Fundamentos filosóficos**. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2022.

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE). **En 2017, la moitié des personnes arrivées em France sont nées em Europe**, 2019. Disponível em: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3716876#documentation>. Acesso em: 23 maio 2023

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE). **Indicateurs de richesse nationale**, 2022. Disponível em: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3281596?sommaire=3281778#graphique-figure1>. Acesso em: 28 maio 2023

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE). **L'économie française - Comptes et dossiers Édition 2019**, 2019. Disponível em: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4174895?sommaire=4180914#encadre4>. Acesso em: 28 maio 2023

JACOB, Maxime. **La jurisprudence tempère la clause Molière**. EURACTIV, 2017. Disponível em: https://www.euractiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/la-jurisprudence-tempere-la-clause-molier-re/?_ga=2.37102435.2140308989.1684701641-1330592988.1684701640. Acesso em: 23 maio 2023

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINÉ, Michel. **Des « clauses Molière » sur les chantiers : protectionnisme et discrimination déguisés**. La Tribune, 2017. Disponível em: <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/des-clauses-molier-sur-les-chantiers-protectionnisme-et-discrimination-deguises-672195.html>. Acesso em: 22 maio 2023.

'MOLIERE clause' or maybe 'Tartuffe clause'?. Labour Mobility Initiative [blog], 27 mar. 2017. Disponível em: <https://www.mobilelabour.eu/11062/molier-clause-or-maybe-tartuffe-clause/>. Acesso em: 23 maio 2023.

NIEBHUR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Catarina. Florianópolis, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação**. Curitiba: Zênite, 2015.

PAGNUSSAT, G. T.; MARANGONI, P. H.; SCARPETA, F. E.; PRANDI, L. R. Princípios da licitação pública: a isonomia e seu papel basilar. **Brazilian Journal of Development**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1786-1805, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/6076>. Acesso em: 23 maio 2023.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUSA, Cleonice Ferreira de. **Aspectos da presença francesa na obra de Castro Alves**. São Paulo: Tese de Doutorado, Departamento de Teoria e Crítica Literária da USP, 2015.

SLEUMER, Fernando Lamengo. **A nova principiologia do direito administrativo (1ª parte)**. Belo Horizonte: Fórum Jurídico, 2009.

**A TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
NO CONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS**

*THE THEORY OF LEGAL
ARGUMENTATION IN
CONTEMPORARY BRAZILIAN
CONSTITUTIONALISM:
CONSIDERATIONS ON THE DUTY
OF GROUNDS FOR JUDICIAL
DECISIONS*

José Adeildo Bezerra de Oliveira

- » Advogado e Professor. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Christus (UniChristus). Historiador licenciado pleno pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: ad.direito-ch@gmail.com.
- » Declaro que o presente artigo não foi publicado e nem enviado a nenhuma revista, livro ou qualquer meio de divulgação científica.

RESUMO

A presente reflexão tem como pressuposto teórico a obra de Robert Alexy e por objeto a compreensão da fundamentação das decisões judiciais e a forma como foi positivada no Código de Processo Civil brasileiro. O objetivo é expor alguns aspectos teóricos da obra de Alexy, analisando a forma como foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro e propor releituras jurídico-positivas e argumentativas sobre a fundamentação das decisões judiciais no Brasil. Por ser uma reflexão de viés teórico, o método utilizado é o hipotético-dedutivo. Quanto aos objetivos da pesquisa, será adotado o método descritivo, mas com algumas investidas prescritivas. Quanto aos procedimentos, a metodologia a ser adotada é a pesquisa bibliográfica. A título de conclusão parcial, entende-se que houve uma recepção inadequada da teoria alexyana no Código de Processo Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo; Decisão judicial; Fundamentação; Interpretação.

ABSTRACT

The present reflection has the work of Robert Alexy as a theoretical assumption and as its object the understanding of the reasoning of judicial decisions and how it was positive in the Brazilian Code of Civil Procedure. The aim is to expose some theoretical aspects of Alexy's work, analyzing how it was received by the Brazilian legal system and proposing legal-positive and argumentative readings on the grounds of judicial decisions in Brazil. As it is a reflection of a theoretical bias, the method used is hypothetical-deductive. As for the research objectives, the descriptive method will be adopted, but with some prescriptive approaches.

As for the procedures, the methodology to be adopted is bibliographical research. By way of partial conclusion, it is understood that there was an inadequate reception of Alexy's theory in the Brazilian Code of Civil Procedure.

KEYWORDS

Constitutionalism; Judicial decision; Rationale; Interpretation.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2 A fundamentação das decisões judiciais: interpretar e fundamentar; 2.1 A proposta procedimental de Robert Alexy; 2.1.1 O discurso jurídico como parte do discurso prático geral: a tese do caso especial, a pretensão de correção e a injustiça extrema como limite moral das decisões judiciais; 2.1.2 Princípios como mandamentos de otimização; 2.1.3 A regra da proporcionalidade e a fórmula do peso; 3 Considerações críticas acerca da recepção da teoria alexyana pelo constitucionalismo contemporâneo brasileiro e os limites à interpretação jurídica na CRFB/88 e no CPC; 3.1 A regra dever (direito) fundamental de motivação das decisões judiciais como limite formal e material à interpretação judicial; 3.2 Considerações acerca da recepção teórica da teoria de Alexy no CPC de 2015; 4 Conclusão.



1. INTRODUÇÃO

As constituições contemporâneas são resultado de lutas políticas constantes e de busca pela racionalização do poder, ou seja, têm “por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder”.¹ Como corolário dessas lutas políticas, o Estado de Direito, marcado pelo império da Lei, busca juridicizar a política e regrá-la, concedendo a cada um dos Poderes determinadas atribuições.

É nesse contexto que o princípio da legalidade vai ser afirmado como garantia fundamental do Estado de Direito, junto com a separação de poderes. No entanto, o Direito trabalha diretamente com a linguagem textual e sua interpretação/aplicação objetiva muitas vezes esbarra, de modo deliberado ou não, nos aspectos subjetivos do intérprete e do aplicador.

Surgem, assim, dois problemas fundamentais que devem ser resolvidos no processo de interpretação, aplicação e fundamentação do Direito pelo Poder Judiciário: a discricionariedade judicial e a aplicação *ex post facto* da lei.

Se a interpretação objetiva da lei encontra limites na possibilidade de discricionariedade nas decisões judiciais, bem como a aplicação retroativa de leis construídas a partir da prática judicial nos Tribunais, como então a segurança jurídica, fundamental ao Estado de Direito, pode ser algo concreto no Direito? Seria a segurança jurídica mero artifício retórico para a defesa de ideologias e do *status quo* jurídico dos segmentos sociais dominantes, ou é possível a construção de uma hermenêutica jurídica que possibilite a percepção racional argumentativa?

Essas são as questões que serão parcialmente enfrentadas neste trabalho, começando pela distinção entre os atos de interpretar e de fundamentar as decisões judiciais. Por ser uma reflexão proposta de viés teórico

1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 94.

- descritivamente em sua primeira parte e prescritivamente na segunda parte - o método utilizado é o hipotético-dedutivo. Quanto aos objetivos da pesquisa, será adotado o método descritivo. Por fim, quanto aos procedimentos, a metodologia a ser adotada é a pesquisa bibliográfica.

2. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: INTERPRETAR E FUNDAMENTAR

Aqui, interpretar é entendido como o modo de aplicar, de realizar, de estudar ou de entender o Direito como campo do saber, bem como um exercício técnico de procedimentos legais. Logo, interpreta-se o Direito conforme os valores e a cultura geral e jurídica de um intérprete, havendo, de certo modo e com limites legais, alguma medida de liberdade na interpretação.

Ocorre que o poder estatal de sanção não pode ficar à mercê de práticas subjetivas dos aplicadores, devendo ser praticado com base em padrões públicos que se aproximem da objetividade na maior medida possível. Nesse contexto, entra em cena a fundamentação, ferramenta que serve como filtro para diferenciar a interpretação puramente parcial e individual da interpretação pautada na racionalidade procedimental.

Entende-se por fundamentação a prática de justificação adotada para legitimar o exercício do poder estatal de coerção por meio da Jurisdição. Nesse sentido, diante da variedade de posições teóricas sobre a fundamentação das decisões judiciais, este trabalho se restringirá a explicar e refletir sobre aspectos de uma das teorias mais citadas pela jurisprudência e pela doutrina jurídica brasileira: a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

2.1 A PROPOSTA PROCEDIMENTAL DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy desenvolveu um conjunto de reflexões jusfilosóficas fundamentais para a compreensão dos debates contemporâneos sobre direitos fundamentais, argumentação jurídica, conceito e validade do direito e fundamentação racional das decisões jurídicas em geral. Suas reflexões correspondem a uma negação das teorias positivistas do direito, sendo Alexy um *não-positivista inclusivo*.²

O não-positivismo inclusivo de Alexy é pautado em um conceito de Direito que depende de três elementos centrais, sendo dois deles fáticos e um ideal: i) a eficácia social; ii) a legalidade conforme o ordenamento - critérios fáticos e defendidos pelas versões positivistas como os únicos necessários ao estabelecimento do conceito de Direito; e iii) a correção material - critério ideal. Assim, para Alexy, inspirado na fórmula de Radbruch, a validade do ordenamento jurídico também necessita de critérios de correção moral. No entanto, não será qualquer injustiça ou falha moral que colocará em xeque a validade de um ordenamento jurídico, mas somente aquelas em que ficar caracterizada a prática da chamada injustiça extrema, que seria evidente diante do seu alto grau de injustiça.

Partindo desse paradigma teórico, Alexy desenvolve uma teoria da argumentação jurídica, uma teoria dos direitos fundamentais e uma teoria sobre o conceito e a validade do Direito. Nesses três flancos, suas problemáticas centrais são, respectivamente, o problema da insuficiência da subsunção e da inevitabilidade das valorações na fundamentação das decisões jurídicas, em especial, nos chamados casos difíceis; o problema da indeterminação das disposições jusfundamentais e do protagonismo judicial da Corte Constitucional alemã na determinação das normas jusfundamentais presentes na Lei de Bonn (1949); e o problema da existên-

2 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 180.

cia de casos difíceis que problematizam o conceito de Direito positivista, levando a uma necessária conexão entre Direito e moral.³

Alexy constrói suas teorias partindo da premissa de que existe a possibilidade de se fundamentar a moral a partir de uma racionalidade construída discursivamente e que observa as limitações jurídicas específicas do discurso jurídico (lei, cânones interpretativos, dogmática etc.), que é um caso especial do discurso prático geral. De acordo com Alexy, o caráter discursivo da razão permite a compreensão racional da moralidade através de procedimentos racionais. Embora esses procedimentos não possam eliminar completamente arbitrariedades ou subjetivismos, nem garantir a correção moral das decisões jurídicas, eles exercem uma forte restrição sobre essas questões.

Desse modo, Alexy desenvolve, em suas reflexões jusfilosóficas, a ideia de sistema jurídico como um sistema de procedimentos normativos⁴, daí entender-se que a proposta do autor é uma proposta procedimental racional e discursiva que possuiu uma pretensão de correção moral do Direito. Nesse sentido, aponta o autor que:

Como sistema de *procedimentos*, o sistema jurídico é um sistema de ações baseadas em regras e direcionadas por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas. Como sistema *normativo*, o sistema jurídico é um sistema de resultados ou de produtos de procedimentos que, de alguma maneira, criam normas. Pode-se dizer que aquele que considera o sistema jurídico um sistema normativo refere-se a seu aspecto externo. Em contrapartida, trata-se do aspecto interno quando o sistema jurídico é considerado um sistema de procedimentos.⁵

3 RODRIGUES, Ivan. O pensamento jurídico de Robert Alexy. Problemas fundamentais, teses centrais, interconexões sistemáticas. Disponível em: file:///C:/Users/sobre/Downloads/dadospdf.com_o-pensamento-juridico-de-robert-alexey-problemas-fundamentais-teses-centrais-interconexoes-sistematicas-.pdf. Acesso em: 26 maio 2023.

4 Note-se que o sistema jurídico não é concebido por Alexy apenas como sistema de procedimentos, mas também como sistema de normas, compreendidas como produtos, já disponíveis, de procedimentos.

5 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 29-30.

Além de procedimental e normativo, conforme exposto acima, o sistema jurídico, segundo o autor, possui uma pretensão de correção moral, fato que enseja a defesa de uma conexão necessária entre o Direito e a Moral.

A pretensão à correção é um elemento necessário do conceito de direito. Essa tese será designada como ‘argumento da correção’ [...] Aqui [...] há que se constatar que sistemas normativos que não formulam explicita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção.⁶

Com essa pretensão à correção moral, ou seja, a pretensão de compatibilidade/fundamentabilidade do Direito com os valores morais da sociedade, o conceito de Direito apresenta uma dimensão ideal que vai além da dimensão fática das correntes positivistas, que defendem apenas a necessidade de uma legalidade autoritativa e a eficácia social para a caracterização do conceito de Direito. Segundo Alexandre Trivisonno:

Tendo o direito uma dimensão real, representada pela legalidade autoritativa e pela eficácia social, e uma dimensão ideal, representada pela conexão com a moral, pode Alexy afirmar que ele possui uma dupla natureza. Cada uma das duas dimensões é representada por um princípio: a dimensão real pela segurança jurídica e a dimensão ideal pela correção moral ou injustiça [...].⁷

A partir do entendimento que o Direito possui uma dupla natureza/dimensão, Alexy constrói sua teoria da argumentação jurídica pautada no respeito aos princípios que decorrem dessa dupla natureza do Direito, ou seja, o princípio da segurança jurídica e o princípio da correção moral.

Trazendo tal constatação para o objeto específico desta reflexão, Ale-

6 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 41-42.

7 TRIVISONNO, Alexandre. T. G. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 3, p. 97-122, Edição Especial, 2015. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9676/pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

xy sustenta que toda decisão jurídica (judicial), para se diferenciar de ordens puramente subjetivistas, coercitivas e arbitrárias, carrega uma pretensão de correção minimamente fundamentável em termos argumentativos racionais e morais.⁸ Portanto, além de seguir os procedimentos jurídicos adequados conforme estabelecido pelo ordenamento jurídico (que é essencial para garantir a segurança jurídica), os juízes também devem atender aos requisitos de correção prática em geral, ou mais especificamente, à exigência de correção moral (que corresponde à dimensão ideal do Direito e ao princípio da correção moral). Somente assim suas decisões poderão ser verdadeiramente válidas do ponto de vista jurídico.⁹

2.1.1 O discurso jurídico como parte do discurso prático geral: a tese do caso especial, a pretensão de correção e a injustiça extrema como limite moral das decisões judiciais

Em sua Teoria da Argumentação Jurídica (1978), Alexy desenvolveu a tese do caso especial, ou seja, que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que, por sua vez, é também um discurso moral. Assim, o discurso prático geral é um discurso porque é um jogo de linguagem onde se ofertam e se recebem razões para concordar ou discordar de argumentos sobre uma determinada problemática.

No discurso prático geral há a discussão sobre o que se deve fazer. Esse tipo de discussão abrange o que se deve fazer para agir com correção moral; o que se deve fazer para agir com correção ética; e o que se deve fazer para agir com correção pragmática. Os discursos moral, ético e pragmático, portanto, distinguem-se uns dos outros. Assim, no discurs-

8 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 39-41.

9 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 212.

so prático geral são apresentadas pretensões de correção, que incluem questões morais, éticas e pragmáticas.¹⁰

Logo, para Alexy, o discurso jurídico é semelhante ao discurso prático geral; é um caso especial dele porque, assim como ele, trata de problemas práticos sobre o que é correto. No entanto, ao mesmo tempo é um caso especial do discurso prático geral porque, ao contrário daquele, ao tratar dos problemas práticos, deve obediência aos limites do ordenamento jurídico ao qual está inserido. Nesse sentido, Alexy aduz que:

O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas.¹¹

Em outros termos, a pretensão de correção no discurso jurídico exige que, se o interesse da parte em um processo não puder ser racionalmente justificado e fundamentado à luz do Direito vigente, ele carecerá de pretensão de correção ou de fundamentabilidade jurídica e, consequentemente, não estará sujeito à proteção do Direito.

Neste quadro teórico, Alexy sustenta que a decisão judicial deve obedecer primordialmente ao Direito em sua dimensão real, ou seja, a legalidade autoritativa e a eficácia social, consagrando, pois, de modo apriorístico, o princípio da segurança jurídica. Apenas em casos excepcionais ou difíceis, onde existem lacunas, imprecisões ou indeterminações semânticas,

10 RODRIGUES, Ivan. Robert Alexy sobre a argumentação jurídica: tese do caso especial, pretensão de correção e racionalidade. Disponível em: file:///C:/Users/sobre/Downloads/dadospdf.com_o-pensamento-juridico-de-robert-alexey-problemas-fundamentais-teses-centrais-interconexoes-sistematicas-.pdf. Acesso em: 26 maio 2023.

11 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 217.

cas, antinomias ou até há uma resposta prévia no ordenamento jurídico, mas ela atinge a injustiça extrema, é que caberá ao Juiz – após submeter tal problemática ao tribunal da razão –, fazer uma filtragem da lei com base na dimensão ideal do Direito, ou seja, da sua pretensão de correção. Porém, caberá àquele que tomar uma decisão contra a lei, o ônus argumentativo racionalmente fundamentado.

Assim, dois esclarecimentos devem ser realizados para o entendimento da proposta procedimental racionalista e não-positivista inclusiva de Alexy: 1) a fundamentabilidade racional do discurso jurídico que só se legitima com a pretensão de correção das decisões judiciais; 2) o que se entende por injustiça extrema nos termos alexyanos.

Quanto ao primeiro esclarecimento, destaca-se que a pretensão de correção traz, assim como no discurso prático geral, uma necessidade de fundamentação ou de fundamentabilidade racional, pois:

[...] em todas as formas de discurso jurídico se efetuam fundamentações. Mas quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta. No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso. Os enunciados jurídicos formulam, portanto, como os enunciados normativos gerais, uma pretensão de correção – que se pode satisfazer certamente de diferentes formas. A exigência de fundamentação e a pretensão de correção ligada a ela podem fundamentar-se também, ao menos no que concerne às decisões judiciais, mediante direito positivo. Segundo o direito vigente atualmente na República Federal da Alemanha e talvez na maior parte dos Estados, os juízes são obrigados a fundamentar suas decisões. Por isso, a decisão judicial, em virtude do direito positivo, é submetida à pretensão de correção.¹²

Desse modo, quando um juiz prolata uma sentença, que traz como

12 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 212.

um dos seus elementos essenciais no ordenamento jurídico brasileiro a fundamentação, ele busca com tal fundamentação uma correção, se não moral, pelo menos jurídica, que justifique o uso do poder coercitivo estatal para restringir direitos das pessoas.

No entanto, na perspectiva da teoria alexyana, conforme já analisado anteriormente, o Direito possui uma natureza real (princípio da segurança jurídica, pautado na legalidade e na eficácia social) e uma natureza ideal (princípio da correção moral, pautado na pretensão de correção). Assim sendo, faz-se necessário entender como o juiz irá aferir essa correção moral, que é o problema do segundo esclarecimento.

Conforme já foi enunciado nas considerações iniciais sobre a teoria de Alexy, não será qualquer injustiça que autorizará o magistrado a tomar uma decisão contra a lei, mas apenas aquelas em que a lei estiver autorizando ou protegendo a injustiça extrema. Mas o que seria uma injustiça extrema?

Tal proposta alexyana é inspirada na chamada **fórmula de Radbruch**, segundo a qual:

[...] o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a injustiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça.¹³

Percebe-se, neste ponto, que Alexy dá prioridade ao princípio da segurança jurídica e ao primado da lei, com seus procedimentos formais, o que não o difere do positivismo. No entanto, Alexy é um não-positivista inclusivo e o é exatamente porque defende uma conexão necessária entre direito e moral. Logo, apenas a injustiça extrema poderá afastar o princípio da segurança jurídica em razão do respeito à moral ideal.

13 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35.

Reconhece-se, contudo, a complexidade e as limitações desse argumento, uma vez que é extremamente desafiador determinar o que constituiria uma injustiça extrema. Entretanto, acredita-se que o caso do holocausto, quando o nazismo implantou uma estrutura estatal voltada ao extermínio dos judeus, seja um bom exemplo do que seria a injustiça extrema nos termos alexyanos. À vista disso, a injustiça seria extrema porque tal prática de extermínio foi voltada para a destruição de grupos étnicos tidos como inferiores e isso, em tese, é um ataque não apenas a um grupo, mas a própria espécie humana, pois institucionalizou o genocídio.

Entendidos esses pressupostos da teoria da argumentação jurídica de Alexy, fica evidenciado que ele constrói toda uma teoria procedimental, racionalista e discursiva que pretende uma correção moral do Direito e que visa pôr limites jurídicos e morais à decisão judicial. Alexy nega o pressuposto “voluntarista” kelseniano, onde o juiz, quando diante de um caso que pode ter várias respostas jurídicas possíveis, poderá escolher uma dentre as possibilidades normativas, desde que dentro de uma moldura da norma e que respeite o escalonamento hierarquizado do ordenamento jurídico.¹⁴

Negando tal premissa positivista, além da sua teoria da argumentação jurídica, Alexy também constrói uma teoria dos direitos fundamentais, a qual, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão – protagonista na definição do conteúdo indeterminado dos direitos fundamentais presentes na Lei de Bonn (1949) – desenvolve uma reflexão acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais, que podem ser distinguidas entre normas-regra e normas-princípio.

14 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 388-394.

2.1.2 Princípios como mandamentos de otimização

Inicialmente, como recorte metodológico, cumpre observar que será analisada apenas a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, centrando-se a análise no conceito de princípio. Isso, porque no constitucionalismo contemporâneo, princípios aparecem como uma categoria de extrema importância para a interpretação do Direito, tanto no espaço acadêmico, como na *praxe* judiciária.

A já clássica distinção entre regras e princípios, direcionada no Brasil para as propostas de Alexy e de Dworkin, muitas vezes tratada erroneamente como se fossem sinônimas, não pode ser reduzida ao que foi proposto por esses dois autores. O próprio Alexy destaca que a distinção entre regras e princípios não é nova e que impera sobre o tema a falta de clareza e muita polêmica. Afirma o autor que existe uma série de problemas na distinção entre regras e princípios, a exemplo da pluralidade de critérios distintivos, a obscuridade na delimitação de coisas como valores e uma terminologia vacilante.¹⁵

Alexy destaca, ainda, que dentre os vários critérios de distinção, como o da determinabilidade dos casos de aplicação, a forma do surgimento, o caráter explícito do conteúdo axiológico, o que é mais utilizado é o da generalidade. Tal critério estabelece que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alta e regras com grau relativamente baixo. No entanto, apesar da diversidade de distinções, ambos são entendidos como normas.

Essa normatividade dos princípios não foi desenvolvida pelas versões positivistas, que centraram suas análises no elemento norma-regra ou na legalidade autoritativa e eficácia social do ordenamento. No entan-

15 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 86-87.

to, as versões ditas pós-positivistas, como é o caso do procedimentalismo de Alexy, apesar dos paradigmas teóricos e das propostas metodológicas distintas, entendem regras e princípios como variantes da espécie norma jurídica, ambos servindo como *standards* jurídicos que possuem normatividade e vinculam o trabalho dos poderes estatais constituídos.

Esse é um ponto central na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que entende ser a diferença entre regras e princípios mais uma diferença de ordem estrutural, pois ambas são normas jurídicas. Nesse sentido, aponta o autor que:

[a]qui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹⁶

Segundo Alexy, essa pluralidade de critérios distintivos possibilita a existência de três teses diversas acerca da distinção aqui tratada. A primeira seria que, diante da diversidade de critérios existentes, qualquer tentativa de distinção estaria fadada ao fracasso, pois os critérios expostos poderiam ser combinados indistintamente. A segunda tese aduz que, embora seus defensores aceitem ser possível distinguir de vários modos, a referida distinção é somente de grau, que seria o critério decisivo para distinguir regras de princípios. A terceira e última tese defende que a distinção entre regras e princípios não é apenas gradual, mas qualitativa. Essa terceira tese é a defendida por Alexy como sendo a correta.¹⁷

16 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87.

17 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 89-90.

Nesse sentido, Alexy define a distinção que considera decisiva entre normas-regra e normas-princípio como sendo uma distinção qualitativa:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁸

Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização axiologicamente neutros e possuem um caráter *prima facie*. Entende o autor que, por serem mandamentos de otimização, os princípios devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Logo, princípios não contêm mandamentos definitivos, enquanto essa característica é uma marca distintiva das regras; salvo nos casos de cláusulas de exceção ou onde determinados princípios são superados por outros princípios que estabelecem uma nova regra, desde que não se esteja relativizando sem motivos uma prática estabelecida. Princípios e regras são, pois, razões para normas, sendo que as regras são razões definitivas e princípios razões *prima facie*.¹⁹

No entanto, nos choques de direitos fundamentais diante de casos concretos, o caráter *prima facie* dos princípios passa pela definição de

18 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90-91.

19 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 103-108.

uma relação de preferência entre os princípios colidentes. Nesse ponto é que Alexy identifica uma conexão estreita entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, com uma relação de dependência mútua entre ambas. Tal conexão, segundo Alexy, é uma decorrência lógica da natureza aberta dos princípios, que são mandamentos de otimização e, por isso, devem ser realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas.²⁰

Diante de tal conexão é que, a partir do tratamento dado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão ao tema, Alexy realiza a análise da máxima da proporcionalidade com seus subcritérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Desenvolve, então, a fórmula do peso visando dar maior racionalidade à ponderação realizada nos casos de choque de direitos fundamentais, onde o modelo silogístico da subsunção mostra suas insuficiências práticas na resolução de tais casos difíceis. Isso ocorre porque, ao contrário das regras, a colisão entre princípios não permite que uns excluam os outros, mas apenas que o maior peso atribuído a um princípio afaste o outro princípio em determinado caso concreto.

2.1.3 A regra da proporcionalidade e a fórmula do peso

O primeiro esclarecimento relevante sobre o tema é que, ao contrário do que muitas vezes se entende ou se propala a respeito da proporcionalidade no Brasil, tal máxima não é um princípio, mas uma regra, com três subcritérios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Esse é o entendimento exposto pelo próprio Alexy, para quem a máxima da proporcionalidade - com suas subespécies adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, não é um princípio, mas

20 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 116-117.

uma regra,²¹ pois o autor esclarece que a máxima da proporcionalidade não é um mandamento de otimização que deve ser realizado na maior medida possível.

Analisando a questão, Virgílio Afonso da Silva informa que a máxima da proporcionalidade é “uma regra acerca da aplicação de outras regras”.²² Importa registrar que a ponderação de princípios, não de valores, só ocorre no exame de proporcionalidade em sentido estrito. Esclareça-se.

Como princípios são mandamentos de otimização, eles exigem a maior realização possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são averiguadas nos dois primeiros momentos da máxima da proporcionalidade, ou seja, na adequação e na necessidade, quando, dentro da realidade do caso concreto, caberá ao operador do Direito realizar os princípios colidentes ao máximo. Aqui, segundo Alexy, não há ponderação. Esta só ocorrerá quando verificadas as condições de otimização dentro das possibilidades jurídicas, e isso só tem lugar quando se chega ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.²³

Tentando racionalizar o uso da ponderação, Alexy cria a lei da ponderação, segundo a qual “[q]uanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do seu cumprimento”.²⁴

21 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117 (nota de rodapé 84).

22 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 168.

23 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 132.

24 ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 07.

Alexy explica exaustivamente a fórmula do peso, dando a ela um caráter altamente rigoroso e uma estrutura lógica, porém, não se adentrará nessa discussão, pois tais detalhamentos fogem ao objetivo traçado para o presente trabalho, que é apenas expor as diretrizes gerais da teoria de Alexy.

3. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA RECEPÇÃO DA TEORIA ALEXYANA PELO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO E OS LIMITES À INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA CRFB/88 E NO NCPC

O Estado Democrático de Direito é um dos pilares maiores do constitucionalismo contemporâneo. Dentro deste modelo de Estado, ainda com reflexos do pensamento liberal – que aduz que o Direito deve se expressar por meio da Lei (ideia do império da lei) –, o princípio da legalidade, incorporado à Constituição de 1988, traduz a concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais. Foi essa concepção liberal que a CF/88 manteve inalterada.

Assim, ao ser construído sobre o postulado do princípio da legalidade, pois a lei é o fundamento e o limite de todo o funcionamento do Estado (concepção do Estado legislativo), o constitucionalismo contemporâneo consagra como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito às leis e à Constituição, o direito a uma decisão fundamentada com base na Lei e na Constituição.

Note-se que, apesar de o Estado de Direito ter se pautado na concepção liberal do Direito, no constitucionalismo contemporâneo a Lei não é mais entendida sob o reinado do Código, mas da Constituição. Isso, porque depois do segundo pós-guerra, a concepção do Estado Legislativo foi

substituída pela concepção de Estado Constitucional. Assim, a situação normativa hierarquizada da lei como fonte única da justiça e do Direito, fruto do pensamento iluminista, foi substituída pela ideia da supremacia da Constituição, com normas superiores repletas de princípios e valores condicionantes de toda a produção legislativa, da interpretação e da aplicação do Direito. Paulo Bonavides resume esse processo afirmando que antes eram os códigos, hoje as Constituições.²⁵

Percebe-se então uma passagem do princípio da legalidade para o princípio da constitucionalidade. Logo, a interpretação e a decisão judicial devem obediência direta à Constituição Federal de 1988, que assim estabelece em seu artigo 93, IX:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)²⁶

A CRFB/88 assegura a todos os cidadãos brasileiros o direito fundamental a uma decisão fundamentada e adequada aos seus dispositivos, ao mesmo tempo em que impõe um dever de fundamentar ao magistrado, sob pena de nulidade. Tem-se, então, um caráter dúplice na fundamentação das decisões judiciais, sendo ela um direito subjetivo dos cidadãos e uma imposição à atuação dos magistrados.

Lenio Streck e Gilmar Mendes também compreendem o referido comando como um direito e um dever, afirmando que “A obrigatoriedade da fundamentação é [...] [m]ais do que uma obrigação do magistrado ou do

25 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

26 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão [...]”.²⁷

Além desse caráter dúplice da fundamentação ou motivação das decisões judiciais, entende-se, na esteira de Rodrigo Ramina de Lucca, que a natureza normativa da motivação das decisões judiciais é de uma regra.

O dever de motivação é, antes de tudo, uma garantia jurídica. [...] Além de garantia, o dever de motivar as decisões judiciais é uma regra jurídica constitucional e processual, contida no devido processo legal e dele garantidora, que impõe a todo aquele que exerce o poder jurisdicional o dever de expor as razões de suas decisões, justificando-as formal e materialmente.²⁸

Este entendimento deriva do fato de que a motivação das decisões judiciais não se encaixa no conceito de princípio, pelo menos não no conceito de princípio da concepção alexyana. Isso, porque o dever e direito fundamental de motivação das suas decisões imposto aos juízes pela CRFB/88 não está plasmado em um mandamento de otimização, conforme leciona Robert Alexy, quando trata de princípios.

3.1 A REGRA DEVER (DIREITO) FUNDAMENTAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO LIMITE FORMAL E MATERIAL À INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

No atual contexto constitucional brasileiro, marcado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, com a força normativa e a supremacia da Constituição de 1988, é impossível não se falar em jurisdição constitucional.

Logo, indiscutivelmente, a interpretação judicial e a fundamentação das decisões devem ser realizadas primordialmente à luz da CRFB/88,

27 CANOTILHO, J. J. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1325.

28 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 80.

que é o seu limite material. Em razão desta centralidade da Constituição no ordenamento jurídico pátrio, a atuação do Supremo Tribunal Federal ganha destaque, pois a CRFB/88 atribuiu a esta corte o papel de corte constitucional e de última instância do Judiciário, cumulando funções de natureza política e de natureza jurídica.

É na corte constitucional que o papel político da Jurisdição mais se acentua. No entanto, apesar de possuir funções de natureza política, sua condição de corte jurídica que guarda a Constituição restringe a sua atuação ao respeito à Constituição e às Leis. É desse respeito às normas jurídicas, com a realização do seu dever fundamental de motivar suas decisões, que advém a sua legitimidade constitucional.

Tal constatação é importante porque o respeito às normas jurídicas é fundamental para a consolidação dos ideais fundantes do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, a defesa das liberdades, dos direitos fundamentais das minorias e da consequente racionalização do poder.

Entretanto, a jurisdição, por ser uma das atribuições típicas dos poderes constituídos, é uma das manifestações da soberania exercida pelo Estado, mas que tem no povo o seu titular. Consequentemente, a jurisdição constitucional possui um papel político-jurídico conformador da vida constitucional, pois as decisões dos juízes, de cortes constitucionais, cortes superiores ou de magistrados de primeiro grau, produzem direito e servem para conformar a atuação dos órgãos de direção política do País.²⁹

Martonio Mont'Alverne elucida os elementos centrais de um dos debates mais importantes para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo: o debate entre Kelsen e Schmitt. Discussão essa que girou em torno de quem deveria ser o Guardião da Constituição. Para Schmitt, o controle de constitucionalidade deveria ser exercido pelo chefe de Es-

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 681.

tado, pois ele possuiria legitimidade política para tanto, além disso, uma corte constitucional não poderia ser denominada de corte judiciária em razão da natureza política de suas decisões. Kelsen, por outro lado, reconhecia o caráter político da jurisdição constitucional e a possibilidade de uma corte constitucional poder realizar o controle de constitucionalidade das leis, pois, assim como os demais poderes constituídos, a função jurisdicional também possui uma natureza política, sendo todo conflito jurídico um conflito político de poder. Nesses termos, a diferença entre o caráter político das decisões do legislador e das decisões do juiz seria quantitativa, não qualitativa, pois o legislador possui maior liberdade para criar o Direito e o juiz deve restringir sua atuação à moldura da norma.³⁰

Este quadro jurídico-político é marcado pelo dever de respeito à separação de poderes e aos mecanismos de freios e contrapesos. Reconhecer essa natureza política das decisões judiciais no constitucionalismo contemporâneo e afirmar o controle de constitucionalidade das leis, com sua função contramajoritária, não dá aos juízes a autorização para estabelecer um governo de magistrados. Pelo contrário, só fortalece o papel institucional dos juízes de promoverem o respeito à Constituição e às Leis como garantia da estabilidade institucional e como limite material à interpretação judicial expressamente estabelecida na CRFB/88.

Por isso, a regra do dever fundamental de motivação das decisões judiciais, corolário direto do Estado Democrático de Direito constitucional afirmado no Brasil a partir de 1988, firmado no respeito à separação de poderes, é o limite prático-processual e formal ao qual está submetida toda e qualquer interpretação judicial no Brasil, pois não basta apenas indicar um dispositivo constitucional para que a decisão esteja fundamentada, deve-se argumentar e estabelecer o nexo causal entre texto constitucional e a realidade concreta dos fatos. Logo, apesar de possuir

30 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan./jul. 2003. p. 205.

um caráter fundamentalmente político dentro do atual modelo constitucional, a decisão jurídica detém uma racionalidade própria e distinta da do legislador.

Nesse contexto, torna-se claro que no constitucionalismo contemporâneo, o requisito fundamental de justificar as decisões judiciais – tanto no controle de constitucionalidade difuso quanto concentrado, bem como em decisões que não envolvam diretamente a jurisdição constitucional – torna-se um elemento central na entrega da justiça por parte de um Estado democrático e baseado no Direito. Portanto, a motivação das decisões judiciais representa um limite prático, processual e formal à interpretação judicial no Brasil.

No entanto, embora seja conhecido o principal parâmetro material a ser seguido na interpretação do Direito e na fundamentação de uma decisão judicial – ou seja, a Constituição – e compreendida a importância da motivação das decisões como um limite prático, processual e formal à interpretação, a questão fundamental relacionada à motivação das decisões judiciais reside em determinar a metodologia mais eficaz a ser adotada para alcançar uma decisão devidamente fundamentada e em conformidade com a Constituição e as leis. Além disso, o que constituiria uma decisão fundamentada? Seria suficiente seguir meramente as formalidades legais de uma sentença e mencionar um dispositivo constitucional que, teoricamente, fundamente a decisão?

Esses questionamentos são fundamentais para o estabelecimento de uma teoria da decisão judicial no Brasil. Não por menos, o Código do Processo Civil brasileiro de 2015 tratou de maneira ainda mais incisiva sobre a referida regra/direito fundamental de motivação das decisões judiciais, em seus artigos 489 e 926.

Em tais dispositivos, buscando sistematizar e estabelecer parâmetros para o que seria uma decisão fundamentada ou motivada, o NCPC parece seguir a mixagem teórica do (neo) constitucionalismo, mesclando

elementos das teorias de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, com a posição de conceitos como ponderação, coerência e integridade, conforme será visto no próximo tópico.

3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RECEPÇÃO TEÓRICA DA TEORIA DE ALEXY NO CPC DE 2015

O recorte do presente trabalho compreende a realização de uma análise da recepção teórica da teoria de Alexy no CPC de 2015 a partir de seu artigo 489. Inicialmente, destaca-se que o entendimento de que o CPC de 2015 recepcionou elementos da teoria de Alexy, como ponderação e proporcionalidade, é pautado no fato de que esses conceitos são comumente utilizados na doutrina e nos tribunais pátrios como se fossem parte das reflexões teóricas de Alexy, ainda que não exatamente nos mesmos termos.

Em seu Capítulo XIII, que trata da sentença e da coisa julgada, a Lei 13.105 de março de 2015 (CPC), em seu artigo 489, traz quais os elementos essenciais para que uma sentença possa ser considerada fundamentada.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. **§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:** I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus

fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. **§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.** § 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.³¹

O referido dispositivo legal enseja inúmeras e ricas discussões doutrinárias. No entanto, seguindo a proposta aqui adotada, restringir-se-á à realização de algumas considerações gerais sobre a pretensão de correção no parágrafo primeiro do referido artigo, e, em especial, com foco no parágrafo segundo que, na presente reflexão, realiza uma recepção teórica inadequada de parte da teoria alexyana.

Primeiramente, entende-se que o parágrafo primeiro do art. 489 do NCPC apresenta uma clara pretensão de correção jurídica³², pois estabelece, a *contrario sensu*, o que é uma decisão fundamentada. Ao definir o que não é uma sentença fundamentada, o referido dispositivo legal apresenta uma tentativa de dar contornos mais claros e objetivos sobre o que seria uma decisão devidamente fundamentada (correta) ou pelo menos fundamentável em termos de argumentação jurídica.

31 BRASIL. Lei 13.105 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

32 Aqui nos arriscamos a fazer uso adaptado do argumento da pretensão de correção, mas não nos exatos termos propostos por Alexy, pois ele propõe uma pretensão de correção moral do Direito. No entendimento aqui esboçado, utiliza-se o termo pretensão de correção em um sentido estritamente jurídico, ou seja, uma pretensão de correspondência com o ordenamento jurídico positivado. Registre-se que se assume o risco de tal adaptação ser entendida como uma recepção inadequada, mas, de pronto, nega-se tal entendimento, já que se dispõe expressamente que o uso é apenas da expressão, além do presente esclarecimento quanto a sua diferença em relação ao que foi proposto originariamente por Alexy.

Ou seja, estabelece o referido dispositivo cânones legais ou parâmetros tidos como corretos que devem ser abordados obrigatoriamente pelos magistrados no ato de fundamentar suas decisões. Não é, pois, um mandamento de otimização, mas uma regra que vincula a atuação do magistrado de modo direto e definitivo e, de certo modo, dá contornos mais claros à regra dever/direito fundamental de motivação ou fundamentação das decisões judiciais.

Sob esse aspecto, o art. 489 parece ser, embora não necessariamente seja, um avanço na fundamentação da decisão judicial, que, nos termos alexyanos, também é uma expressão da pretensão de correção, que será aferida racionalmente a partir de procedimentos normativos previamente estabelecidos no ordenamento jurídico.

Mais do que necessariamente um avanço em relação ao dever/direito fundamental de motivação das decisões judiciais, entende-se o parágrafo primeiro do art. 489 como um robustecimento dos dispositivos constitucionais referentes ao devido processo legal e à fundamentação das decisões judiciais, já que prevê expressamente um caminho normativo a ser seguido pelos juízes para que suas decisões possam ser consideradas juridicamente fundamentadas e corretas ou adequadas à Constituição de 1988.

Assim, o referido dispositivo não inova em nada em relação ao dever/direito fundamental de motivação das decisões judiciais, mas entende-se que, ao dispor expressamente sobre um procedimento que é previsto genericamente na Constituição, traz maior densidade normativa ao que está previsto na Constituição de 1988. Nesse ponto, de certo modo, pode-se aduzir que o procedimentalismo alexyano, ainda que não diretamente, poderia ser associado a esse dispositivo legal.

Apesar de se discutir a respeito da aplicabilidade concreta desse dispositivo, acredita-se que ele veio para favorecer a boa prática judicial de interpretação e de fundamentação das decisões judiciais, haja vista que, ao

prever expressamente o que não é uma sentença fundamentada, ele parece, em um primeiro momento, reduzir as possibilidades de falácias jurídico-argumentativas e constranger a atuação discricionária dos magistrados.

Quanto ao parágrafo segundo, as considerações não são tão positivas quanto às esboçadas em relação ao parágrafo primeiro do art. 489. Começa o referido dispositivo com uma imprecisão técnica, pelo menos nos termos definidos por Robert Alexy, aduzindo que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Alexy desenvolveu a regra da ponderação como uma técnica para resolver conflitos normativos entre princípios que devem ser realizados de maneira ótima, jamais entre regras (normas legais). Para o autor, ou a regra é válida e se aplica, ou não é válida e não se aplica, exceto nos casos de outras regras que apresentam exceções à regra geral, conforme exposto anteriormente.

Alexy consagra, de modo apriorístico, o princípio da segurança jurídica, ou seja, o respeito estrito às leis e aos procedimentos legais do devido processo legal. Isso porque, apesar de ser parte do discurso prático geral, daí ter uma pretensão de correção moral, o Direito é um caso especial do discurso prático geral, pois possui seus próprios cânones interpretativos, a saber: a lei, a jurisprudência, a doutrina etc.

Além de só ocorrer nos casos de colisões entre princípios, de acordo com Alexy, a ponderação propriamente dita será realizada apenas na terceira etapa da regra da ponderação, ou seja, na proporcionalidade em sentido estrito, após serem verificadas a adequação da medida e a sua necessidade ao caso concreto.

Some a isso o fato de que a ponderação apenas poderá ocorrer diante da complexidade do caso concreto, jamais em abstrato, como o

que prevê o parágrafo segundo do art. 489 do CPC. Lembre-se que, nos moldes aqui definidos acima, o art. 489 é apenas um robustecimento ou uma regra para dar maior densidade normativa ao que está previsto na Constituição de 1988, não podendo ele ir de encontro ao devido processo legal constitucional.

Por fim, é importante observar que Alexy só admite a possibilidade de exceção ao princípio da segurança jurídica em favor do princípio da correção moral nos casos de lacunas, contradições, obscuridades ou quando houver previsão legal expressa em situações de extrema injustiça, nenhum dos quais estão presentes na disposição normativa descrita no parágrafo segundo do artigo 489 do Código de Processo Civil brasileiro.

Nesses termos, a ponderação não pode ser realizada como se princípio fosse. Partindo da premissa alexyana, aqui entendida como a fonte inspiradora do parágrafo segundo do art. 489 do CPC de 2015, não poderá haver a relativização da regra da ponderação, ficando ela restrita aos casos concretos que apresentem conflitos entre princípios, obscuridade, lacunas, imprecisões textuais ou previsões legais que atinjam a chamada injustiça extrema.

Assim, quaisquer tentativas de se aplicar a ponderação de normas fora dessas possibilidades incorre em ataque direto à proposta teórica de Alexy. Logo, só há uma possibilidade de se ponderar regras, a saber: o juiz só poderá afastar uma regra expressa e clara quando for notória a sua injustiça extrema. Nesse caso, caberá ao magistrado todo o ônus argumentativo para comprovar que se está diante de uma injustiça extrema.

Essas considerações são necessárias porque o legislador ordinário não especificou algo que é fundamental no Constitucionalismo Contemporâneo, ou seja, a distinção entre norma regra e norma princípio.

De modo indiferente, o atual CPC traz a possibilidade de se ponderar normas, sem esclarecer se são normas regras ou normas princípios. Esse tratamento impreciso não passou despercebido por parte da dou-

trina brasileira, pois Lenio Streck denuncia o que chama de positivação da ponderação e do esquema sujeito-objeto, que possibilita todo tipo de discricionariedades, decisionismos e arbitrariedades judiciais.³³

Estando o autor certo quanto a tal inferência, o CPC - apesar de, em seu parágrafo primeiro, robustecer a regra/direito fundamental de motivação das decisões judiciais, dando mais densidade normativa ao comando constitucional do art. 93, IX - acaba por tornar nula ou, ao menos, reduz esta densidade normativa em seu parágrafo segundo do art. 489.

Entende-se que o legislador ordinário recepcionou inadequadamente a regra da ponderação alexyana, pois não especificou em qual colisão de normas ela poderá acontecer, se de regras ou de princípios. Tal dispositivo poderia ser mais adequado à abordagem alexyana se viesse nos seguintes termos: No caso de colisão entre normas princípio, de obscuridade, lacunas, imprecisão textual quanto aos fins legais ou constitucionais, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação normativa efetuada, enunciando as razões jurídico-constitucionais que autorizam a interferência na norma princípio afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Complementando o artigo 489, em seu papel de robustecimento procedimental e de consequente densificação normativa da regra do dever/direito fundamental de motivação das decisões judiciais, ainda sob a perspectiva procedimental discursiva e não-positivista inclusiva de Robert Alexy, propõe-se a inclusão de um quarto parágrafo com a seguinte redação: O Juízo que apreciar uma demanda não poderá afastar uma norma regra por meio da ponderação de valores, sob pena de nulidade, ficando autorizado apenas a declarar incidentalmente a sua inconstitucionalidade.

33 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.103.

Entende-se que este quarto parágrafo traria um ganho procedimental para a regra do dever/direito fundamental de motivação das decisões judiciais, pois ele enfatizaria a impossibilidade de se fazer ponderações sobre valores, escolha ou mesmo concessões recíprocas, bem como a já existente possibilidade de afastar uma regra por meio da declaração incidental de inconstitucionalidade.

4. CONCLUSÃO

A exposição teórica feita anteriormente, somada às investidas prescritivas, permitem chegar-se à algumas conclusões parciais sobre o objeto de análise na presente reflexão. De início, diante da constatação de que o poder estatal de sanção não pode ficar à mercê de práticas subjetivas dos aplicadores, estando sujeito a padrões públicos que assegurem o mínimo de objetividade ao trabalho dos julgadores, conclui-se que a fundamentação é necessária para a legitimidade do poder estatal de coerção por meio da Jurisdição.

A segunda conclusão é que a fundamentação das decisões judiciais possui um caráter dúplice, por um lado como um direito subjetivo dos cidadãos e, por outro, uma imposição objetiva à atuação dos magistrados. Uma vez que é uma imposição objetiva, conclui-se que a motivação das decisões judiciais é de uma regra, não um princípio nos termos da teoria alexyana.

A terceira conclusão é que essa regra do dever fundamental de motivação das decisões judiciais é um limite prático-processual e formal ao qual está submetida toda e qualquer interpretação judicial no Brasil. Isso ocorre porque uma fundamentação objetiva e racional fortalece o papel institucional dos juízes de promoverem o respeito à Constituição e às Leis, favorecendo a estabilidade institucional.

A quarta conclusão é que o CPC de 2015 recepcionou inadequadamente elementos da teoria de Alexy, como ponderação e proporcionalidade.

de. Essa conclusão geral decorre dos posicionamentos expostos a seguir.

Primeiro, seu artigo 489 dá contornos mais claros à regra dever/direito fundamental de motivação ou fundamentação das decisões judiciais, mas não necessariamente representa um avanço na fundamentação da decisão judicial. Nessa linha, conclui-se que o parágrafo primeiro do art. 489 representa o fortalecimento de dispositivos constitucionais referentes ao devido processo legal e à fundamentação das decisões judiciais.

Ocorre que no parágrafo segundo, há uma imprecisão técnica, com o legislador ordinário recepcionando inadequadamente a regra da ponderação alexyana, dispondo sobre ponderação de normas, sem especificar qual colisão de normas ela poderá acontecer, se de regras ou de princípios.

Com o intuito de superar a imprecisão técnica, conclui-se que o dispositivo poderia ser mais adequado à abordagem alexyana se viesse nos seguintes termos: No caso de colisão entre normas princípio, de obscuridade, lacunas, imprecisão textual quanto aos fins legais ou constitucionais, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação normativa efetuada, enunciando as razões jurídico-constitucionais que autorizam a interferência na norma princípio afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Por fim, concluiu-se ser necessário a inclusão de um quarto parágrafo com a seguinte redação: O Juízo que apreciar uma demanda não poderá afastar uma norma regra por meio da ponderação de valores, sob pena de nulidade, ficando autorizado apenas a declarar incidentalmente a sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. Princípios formais. *In*: TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Lei 13.105 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

CANOTILHO, J. J. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan./jul. 2003.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

RODRIGUES, Ivan. **Robert Alexy sobre a argumentação jurídica: tese do caso especial, pretensão de correção e racionalidade**. Disponível em: file:///C:/Users/sobre/Downloads/dadospdf.com_o-pensamento-juridico-de-robert-alexey-problemas-fundamentais-teses-centrais-interconexoes-sistematicas-.pdf. Acesso em: 26 maio 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TRIVISONNO, Alexandre. T. G. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Espaço jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 3, p. 97-122, Edição Especial, 2015. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9676/pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

**O DIREITO COMPARADO
COMO FONTE DO DIREITO DO
TRABALHO: UM BREVE
ESTUDO SOB A ÓTICA DO
ARTIGO 8ª DA CLT**

*COMPARATIVE LAW AS A SOURCE
OF LABOR LAW: A BRIEF STUDY
UNDER THE PERSPECTIVE OF
ARTICLE 8 OF THE CLT*

Francisco Gérson Marques de Lima

- » Professor, Doutor, Subprocurador-Geral do Trabalho, coordenador do GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho, membro da Academia Cearense de Direito do Trabalho e da Academia Cearense de Letras Jurídicas.
- » Email: fgersonmarques@yahoo.com.br

Carlos Eduardo Pinheiro da Silva

- » Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Vale do Acaraú - UVA. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Membro do GRUPE - Grupo de Estudos em Direito do Trabalho.
- » Email: epinheiroadv@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo aborda a previsão legal da utilização do Direito Comparado como fonte do Direito do Trabalho, constante do artigo 8º da CLT, realizando uma análise do que é o Direito Comparado, e da sua importância como ferramenta de estudo, construção e otimização da legislação trabalhista nacional. No estudo são analisados aspectos do Direito Comparado, buscando dirimir erros comuns na sua significação, na utilização do método comparativo e da inexistente limitação e vinculação do método à matéria, sendo realizada ainda uma breve exposição na defesa da autonomia do Direito Comparado como ciência. Foi realizada ainda uma exposição da importância do Direito Comparado como ferramenta científica de conhecimento e melhoria da legislação laboral nacional. No fim, apresentamos nossas conclusões.

PALAVRAS-CHAVE

Fonte. Direito do Trabalho. Direito Comparado.

ABSTRACT

This article approaches the legal provision for the use of Comparative Law as a source of Labor Law, contained in Article 8 of the CLT, performing an analysis of what Comparative Law is, and its importance as a tool for the study, construction and optimization of legislation national labor. Aspects of Comparative Law are analyzed in the study, seeking to resolve common errors in its meaning, in the use of the comparative method and the non-existent limitation and linkage of the method to the subject, with a brief exposition in defense of the autonomy of Comparative Law as a science. There was also an exhibition on the importance of Comparative

Law as a scientific tool for knowledge and improvement of national labor legislation. At the end, we present our conclusions.

KEYWORDS

Source. Labor Law. Comparative law.

SUMÁRIO

Introdução. 1. O direito comparado como fonte do direito do trabalho. 2. Aplicação do direito comparado às relações de trabalho. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas. 5.

1. INTRODUÇÃO

A globalização e a mudança da forma do registro da informação do átomo para o digital impulsionaram os estudos do Direito Comparado diante da maior facilidade do acesso remoto e *on line* a dados existentes em sistemas jurídicos distintos.

Com acesso à *internet* o pesquisador tem hoje a possibilidade de consultar bancos de dados ao redor do mundo, acessando os seus documentos, as decisões judiciais dos tribunais, as legislações diretamente dos sites governamentais, onde a qualidade da informação tende a ser mais preservada, podendo acompanhar em tempo real ou através de gravações os debates nos julgamentos. Pode ainda o pesquisador buscar o conhecimento da aplicação prática do direito pesquisado na sociedade que ele busca regular, avaliando ainda os contextos social, econômico, político que deram contornos ao objeto da pesquisa.

Como um dos efeitos da globalização temos o aumento das empresas transnacionais, além de constantes mudanças de empresas entre países na busca de melhores condições de produção e de concorrência, cabendo aqui um apontamento que as “melhores condições” quase sempre constituem em impostos menores ou até a isenção de tributos e um menor custo pela mão de obra empregada na atividade.

Diante de um mercado cada mais vez líquido e competitivo é urgente que as pesquisas de Direito Comparado do Trabalho sejam mais comuns e incentivadas nos cursos de Direito, pois constituem ferramentas científicas eficazes no conhecimento de experiências vividas por outros países, cabendo a aplicação do resultado desses estudos tanto no campo legiferante, quanto no alinhamento jurisprudencial e no próprio conhecimento do direito.

Com a expansão da tecnologia, da comunicação, do teletrabalho e do trabalho à distância, o conhecimento das disposições normativas e

da prática jurídica de outros países se tornou ainda mais relevante. Por exemplo, descortinar os pontos de similitude e divergência entre outros países e o Brasil a respeito do trabalho intermitente ou do trabalho a tempo parcial, verificando seus diversos contornos, é importante para a identificação do que se possa melhorar, do que deu certo e do que deu errado.

A CLT, desde 1943, já reconhecia a importância do Direito Comparado do Trabalho, destacando-o como fonte do Direito do Trabalho no art. 8º. Neste artigo, buscaremos expor o que é o Direito Comparado e a sua importância no Direito do Trabalho no mundo globalizado.

Ao final deste artigo buscar-se-á compreender qual o conteúdo subjetivo da hipótese do uso comparatista prevista no artigo 8º Consolidado, e a importância da sua previsão de forma expressa em nosso ordenamento laboral, como instrumento de aplicação e interpretação do Direito do Trabalho.

Para o presente trabalho lançamos mão de dados secundários, utilizando pesquisa bibliográfica e documental, livros nacionais e estrangeiros, bem como a legislação infraconstitucional nacional, seguindo o método dedutivo.

2. O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DO DIREITO DO TRABALHO

As fontes são a origem ou a procedência de onde vem determinada coisa. O artigo 8º da CLT trata das fontes, da hierarquia e dos meios de interpretação e de aplicação do Direito do Trabalho. De fato, prevê a norma Consolidada:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acor-

do com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Desta feita, são fontes do Direito do Trabalho a lei, o contrato (estando aqui inclusos os regulamentos empresariais internos), a jurisprudência, os princípios gerais de direito, o direito comparado, os usos e costumes. O direito comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho.

O artigo 8º da CLT é de fundamental importância para o ordenamento laboral, pois através dele o operador do direito pode estabelecer o entendimento acerca da aplicação e de interpretação do Direito do Trabalho que será aplicado no caso concreto. Entre as fontes referidas, encontra-se a expressa remissão ao direito comparado.

Comparar é traçar paralelo, colocar algo em frente a outra coisa e realizar confrontações, correlações, estabelecendo pontos em que se aproximam e se distanciam. Trata-se de uma atividade complexa em que o comparativista se utiliza de vários critérios e métodos idôneos para a consecução do seu fim. Para Maia D'Oliveira, comparar é “examinar simultaneamente para conhecer as semelhanças, diferenças ou relações”.¹ Num aprofundamento maior, a comparação pode ir adiante, para investigar as razões que levaram ao surgimento e à evolução do objeto investigado em cada um dos sistemas estudados e como ele se comporta nas sociedades em cotejo. E isto poderá apontar as consequências

1 D'OLIVEIRA, H. Maia (org.). *LISA-Grande Dicionário da Língua Portuguesa*: histórico e geográfico. São Paulo: Brasil, Gráfica Saraiva, [1970], p. 662, verbete “comparar”. A origem da palavra vem de “parare” (= fazer par) e de “com” (= junto). Então, significa, etimologicamente, “juntar um par”, com o objetivo de analisá-los um perante o outro.

que certo instituto acarrete, inclusive o desvio que haja tomado em um ou em outro país.

Para bem entender o Direito Comparado como fonte do Direito do Trabalho, é necessário esclarecer seu conceito, distinguindo-o em relação a outras denominações que, por vezes, são utilizadas como sinônimas, porém de forma equivocada, bem como explicar a diferença do método comparativo com o Direito Comparado.

A primeira dessas denominações é o Direito Estrangeiro. O Direito Estrangeiro é insumo do Direito Comparado, e com ele não se confunde. Não existiria Direito comparado se não houvesse o direito estrangeiro para que pudesse haver a própria comparação. A simples citação de norma estrangeira ou da jurisprudência que a interpreta, sem que se faça a comparação técnica entre elas e o direito nacional não significa um estudo de Direito Comparado. Obviamente, o conhecimento do direito estrangeiro tem grande relevância e constitui a base para o estudo comparativo, mas se confunde, definitivamente, com o Direito Comparado.

Francisco Gérson Marques de Lima explica a distinção da seguinte forma:

“Direito Estrangeiro é expressão que reflete o conteúdo jurídico encontrado nos diversos ordenamentos, mas sem realizar trabalho sistemático de semelhanças, diferenças e relações. Alguém pode realizar pesquisa, por exemplo, no Direito norte-americano, simplesmente apontando como o ordenamento invocado trata de determinada matéria (ex.: assédio moral, condutas desleais). A pesquisa pode até envolver mais de um país. Mas se não houver a atividade comparativista, de Direito Comparado não se trata.”²

2 LIMA, Francisco Gérson Marques. **Modelos de negociação coletiva no Direito Comparado do Trabalho**. Trabalho final da pesquisa de pós-doutorado no PPGD/UFPE, sob a orientação do professor Ivo Dantas. Recife: UFPE, 2021.

O segundo engano costumeiro é a confusão do Direito Comparado com História Comparada. Fazer um estudo de um sistema jurídico, ou de algum dos seus institutos, tomando-se dois pontos diferentes na sua linha do tempo não é fazer Direito comparado. No entendimento de Ivo Dantas³, ao qual nos filiamos, a existência de dois sistemas distintos e vigentes é condição *sine qua non* para o Direito Comparado. A análise da evolução histórica de um instituto dentro do mesmo sistema História Comparada.

Há ainda uma utilização da expressão Direito Internacional como sinônimo de Direito Comparado. Direito Internacional é o estudo de tratados celebrados entre países soberanos, ou das normas emanadas de organismos internacionais que vinculam estados que a elas aderem, ou ainda das relações diplomáticas. Não se confunde com o Direito Comparado por ausência de seus elementos caracterizadores que serão vistos adiante.

Outro erro é atribuir a expressão “Legislação Comparada” como se fosse sinônimo de Direito Comparado. O engano tem início ao se tentar limitar o Direito à lei, em seu aspecto positivista, desconsiderando que o Direito é bem mais amplo e dinâmico, e que a lei é apenas uma das formas de revelação do Direito. Com efeito, compõem o Direito a norma, a jurisprudência, a prática jurídica, a doutrina etc.

Portanto, o Direito e, de resto, o Direito Comparado são bem mais amplos que a norma escrita, e o estudo da legislação estrangeira é fase preparatória indispensável ao comparativista, mas que não se atarraca com a comparação.

O Direito Comparado necessita olhar para a realidade integral do sistema legislativo comparado, albergando nesta análise não apenas o texto legal, mas indo além, verificando a jurisprudência, os contextos so-

3 DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 25/26.

ciais e econômicos que criaram ou sustentam o sistema ou o instituto sob pesquisa, a doutrina, a técnica jurídica utilizada, enfim, tudo que forma o complexo organismo jurídico do sistema sob análise científica, examinando-os e apontando as suas semelhanças e diferenças.

Outro engano comum é reduzir o Direito Comparado ao método comparativo, confundindo assim um dos vários métodos que o comparativista pode utilizar com a própria Ciência. O método comparativo é, por excelência, o método mais utilizado na pesquisa do Direito Comparado, porém, não é o único, estando ao alcance do comparativista todos os demais métodos que ele, de forma técnica e fundamentada, estiver disposto a utilizar, tais como o método funcional, o analítico, o estrutural, entre tantos outros.

Na defesa da pluralidade de métodos aplicáveis ao Direito Comparado, Deo Campos Dutra⁴ se posiciona da seguinte forma:

“Há, portanto duas posições que se completam. A primeira delas compreende a fundamentalidade da escolha de um método para o trabalho de pesquisa no direito comparado. A segunda ressalta que, ao contrário do que foi pensado durante muitos anos, não há um único método correto, mais eficaz e, portanto, universal, para a realização dos estudos comparados.

Conscientes dessa realidade, os estudiosos do direito comparado centram atualmente suas atenções não só no desenvolvimento de caminhos metodológicos mais adequados e que possam potencializar os resultados do trabalho de pesquisa que estão desenvolvendo.”

Esta pesquisa não ignora as opiniões em sentido contrário, de que o Direito Comparado seria tão somente o próprio método comparativo, não reconhecendo a sua autonomia. Porém, pensamos de forma diversa, seguindo o entendimento de que a utilização em larga escala do método comparativo não reduz o Direito Comparado a ele, até porque a compa-

4 DUTRA, Deo Campos. Métodos em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*. Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212.

ração em si é o objeto final de um estudo em Direito Comparado, que utilizará outros métodos, coletará e interpretará dados não apenas legais, mas também sociais, econômicos e históricos. O Direito Comparado possui autonomia doutrinária e didática, além possuir um objeto próprio, que é a pluralidade de ordens jurídicas, e dificuldades próprias dessa ciência autônoma.

Aqueles que reduzem o Direito Comparado ao método comparativo confundem o caminho com o destino que será alcançado, sendo ainda certo que o resultado poderá ser diverso a depender do método utilizado, das fontes, da técnica jurídica aplicada, e até do próprio pesquisador, o qual não estará imune a análise crítica no resultado do seu estudo, não sendo possível isolá-lo dos valores por ele abraçados, em uma hipotética neutralidade axiológica.

Acerca da possibilidade de se empregar uma visão crítica ao Direito, Francisco Gerson Marques de Lima assim expõe:

“Outra corrente, no entanto, parte do pressuposto de que é natural, nas Ciências Sociais em geral, realizar-se estudo crítico, o que não significa parcialidade metodológica. E que, sendo o Direito tridimensional (fato, valor e norma), é natural que haja avaliação destas instâncias cognitivas e axiológicas, destacando-se que o estudo dos valores implica sempre uma escorregadela para o campo crítico, como ocorre na identificação de valores positivos, negativos etc. No sentir deste autor, o que deve ser imparcial é a metodologia da pesquisa, a técnica investigativa, os critérios objetivos empregados, a perquirição e o manuseio dos dados, que não podem ser manipulados para a obtenção de resultados tendenciosos, de mera conveniência, direcionados a satisfazer concepções prévias. As análises não podem ser apaixonadas, baseadas eminentemente em pré-concepções ideológicas; mas, se fundamentada a posição do pesquisador, é indubitável que ele possa realizar estudo crítico do objeto investigado e esboce comentários favoráveis ou desfavoráveis a determinadas realidades.” (em fase de elaboração)⁵

5 Ibid.,p.4.

A epistemologia reforça o entendimento acima. Na sua evolução, a ciência experimentou três fases distintas, sendo a primeira fase de atitude mais descritiva, a segunda compreensiva-explicativa e a terceira fase, que é a atual, de caráter prescritivo. Na terceira fase, além do propósito de conhecer a realidade, a ciência também se presta a descrevê-la e alterá-la.⁶

O conhecimento é o resultado de uma relação entre o sujeito, que observa e estuda, e o objeto analisado, onde a função do sujeito é perceber o objeto, e a função do objeto é ser percebida pelo sujeito. Dessa apreensão surge no sujeito uma imagem do objeto já alterado pela função cognoscitiva do sujeito em relação àquele.⁷

Assim, o conhecimento humano é provisório, pois a figura do objeto é resultado do processo de conhecimento do sujeito, que será influenciado por diferentes valores, vieses e abordagens na observação e análise de um mesmo objeto. Como o sujeito é imperfeito, e seu acesso à realidade intrincada é parcial, a imagem construída a partir do objeto pode carregar – ou certamente carregará – algumas dessas imperfeições, que influenciarão inequivocamente a construção da figura de objeto a objeto. Desse modo, entendemos por ser não apenas possível, mas de certa forma pouco provável uma abordagem não crítica e valorativa à pesquisa, mesmo à pesquisa científica.

Diante do amplo leque que o pesquisador pode e deve utilizar para fazer o estudo comparativo, alguns problemas surgem como sendo inerentes a esta tarefa. Destaca-se o problema do acesso às fontes e à sua conferência pelo cientista, e o problema do domínio da língua estrangeira, que aqui pode ser dividido em duas vertentes: a) a existência da

6 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

7 HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

correta interpretação das expressões e das palavras, não sendo raro que a mesma palavra tenha diferentes significados a depender do contexto utilizado; e b) o uso da linguagem paracoloquial, a qual pode divergir tanto internamente, dentro do sistema pesquisado, como entre o sistema comparado e o sistema pátrio do pesquisador.

Ivo Dantas descreve a dificuldade no estabelecer uma única linguagem paracoloquial no Direito. Destaca o autor:

“o vocábulo técnico é meio de que se valem os especialistas para a comunicação entre si, tornando compreensível tudo aquilo que desejam expressar. É, por assim dizer, o veículo sem o qual não haveria diálogo científico. Se nas Ciências Naturais o nível alcançou índice satisfatório, entre as Ciências Sociais a situação é bem diferente...”⁸

O mesmo autor destaca as dificuldades específicas que o pesquisador comparativista necessariamente deverá considerar e transpor:

“Assim, pelo menos duas dificuldades podem ser mencionadas, a saber:

1. - a questão do acesso às fontes estrangeiras, ligadas aos ordenamentos que se pretende comparar (fontes aqui não tomadas não apenas no sentido de textos legislativos, mas também como Doutrina, Jurisprudência e costumes);
2. - a dificuldade relativa ao problema linguístico, isto é, conhecimento da língua usada pelo Estado cujo Direito se pretende comparar.”⁹

Colhe-se, ainda, do mesmo autor que tais dificuldades podem ser suplantadas por uma preparação metodológica e intelectual do pesquisador. Para ambas as questões acima destacadas, a tecnologia e a informática se apresentam como fortes aliadas à pesquisa e à solução, mediante cautela, das dificuldades.

8 DANTAS, Ivo. ***Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia***. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Pág. 41.

9 Id., 2000, **pág. 57**.

Não se pode esquecer, todavia, que o avanço da tecnologia tem facilitado o acesso às fontes de pesquisa, bem como a leitura básica dos textos em língua estrangeira, mediante os aplicativos de tradução, os quais vêm passando por constantes aprimoramentos.

Através das novas tecnologias, o pesquisador comparativista poderá ter acesso aos textos legais diretamente da fonte, bem como consultar e atestar a veracidade das fontes secundárias que utilizar na sua atividade. A tecnologia, entre as quais a *internet*, permitem o acesso a bancos de dados em todo o mundo, tais como casas legislativas, bibliotecas, tribunais, debates sobre o tema, além de informações obtidas diretamente com doutrinadores, legisladores e pesquisadores, através de *chats*, *e-mail*, reuniões virtuais etc.

Outras ferramentas, tais como as de tradução, pesquisas por assuntos, títulos ou autores, sistemas que notificam o pesquisador acerca de publicações que envolvam o seu tema de pesquisa, são exemplos das inúmeras facilidades que o pesquisador comparativista encontra ao seu alcance com o desenvolvimento da tecnologia.

3. APLICAÇÃO DO DIREITO COMPARADO ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

Necessário destacar as vantagens que o Direito Comparado pode proporcionar ao Direito do Trabalho e a aplicação da sua justiça social. José de Oliveira Ascensão pontua duas dessas vantagens, que seriam em sua perspectiva, a contribuição para o conhecimento do próprio direito nacional, e a de proporcionar referências para a política legislativa.¹⁰

É comum a importação de normas estrangeiras para o sistema jurí-

10 ASCENSÃO, José de Oliveira. Sistemas atuais de Direito (direito comparado). FONTE? Veja se eu não coloquei nas referências do plano de aula de Direito Comparado. Na pior das hipóteses, cite pelo menos a página. Sem data - se for o caso - escreve-se assim: [s.d.]; sem local: [s.l.].

dico nacional, muitas vezes sem muita preocupação com as adequações necessárias da legislação importada para a realidade jurídica, social e econômica do país que a adota. Sob este prisma o estudo é válido para a interpretação de leis nacionais que foram inspiradas em leis estrangeiras, havendo frequente repetição de temas científicos, pois, como ciência cultural, o Direito se debruça sobre a natureza das coisas ou sobre um dado normativo comparável.

A segunda vantagem é a admirável contribuição para a produção legislativa, utilizando as soluções encontradas nos outros países, e todo o seu contexto sociocultural, à realidade do direito nacional, analisando a sua absorção, ou não, ao contexto amplo e complexo em que vive.

O Direito Comparado aproxima os homens através da pesquisa científica, onde, mesmo que limitada ao conteúdo jurídico do país estrangeiro, promove o conhecimento e a troca de dados de culturas diferentes, e de distintas formas de pensar a solução de problemas e a criação de leis, as quais sofreram pressões dos diversos setores que compõem àquela sociedade.

Quando se fala em adotar no Brasil, por exemplo, os critérios de legitimidade sindical da França ou da Itália, é preciso verificar o contexto da norma, para compreender que o Brasil adota o sistema de unicidade, ao passo que aqueles países guardam a pluralidade sindical. Quando, em 2017, o Brasil incorporou o trabalho intermitente, inspirado nos modelos espanhol e português, esqueceu de acrescentar o limitado rol de atividades que permitem esta forma de contratação. A opção brasileira foi escancarar este tipo de contratação. Então, o que se tratava de uma boa concepção nas relações extraordinárias de trabalho se transformou em palco de degradação laboral. As experiências internacionais sobre o trabalho em plataformas eletrônicas e a aplicação das regras da LGPD-Lei Geral de Proteção de Dados importam ser estudadas e comparadas com a realidade brasileira. Embora os princípios básicos do Regulamento Europeu tenham sido replicados pela LGPD, um estudo mais atento

demonstra as diversas lacunas da legislação brasileira, especialmente no campo trabalhista. A mesma preocupação com a dignidade de trabalhadores, expressada pelos países desenvolvidos, deve irradiar para os países em desenvolvimento. As soluções encontradas por outros países para dilemas e desafios nas relações de trabalho devem ser analisadas e aproveitadas no que seja possível, *mutatis mutandis*.

Na busca por melhores mercados e sabendo que os custos de mão-de-obra influenciam consideravelmente no produto final, os grandes grupos econômicos costumam realizar estudo de direito comparado do trabalho antes de instalarem suas fábricas ou transferirem suas atividades para determinado país. Este estudo foca na legislação, na jurisprudência e nas práticas trabalhistas locais.

Os princípios universais do Direito do Trabalho são fixados a partir da análise comparativa da experiência vivenciada por vários países, não obstante o trabalho universalizante da OIT-Organização Internacional do Trabalho. Daí é que surgem balizas de dignidade no trabalho, como a proibição de trabalho infantil, o limite máximo de horas, a obrigação de conceder o trabalho, o conceito de trabalho decente, as proibições contra o assédio, a bandeira da igualdade de gênero etc.

O mundo globalizado, de mercados para vez mais próximos e interdependentes, reclama uma mudança muitas vezes rápida da legislação ou da interpretação dos Tribunais sobre a matéria trabalhista, a fim de adequar o Direito do Trabalho à modernidade e as novas formas de trabalho.

Alguns desses movimentos de mudança da norma trazem consigo a consequência da precarização de direitos e de conquistas sociais. Parte dessas transformações já foram experimentadas em outros estados nacionais, e o estudo do Direito Comparado pode fornecer o conhecimento das questões positivas e negativas à mudança pretendida, inclusive se tal aspiração está inserida dentro do contexto social, econômico e histórico que ocasionou a sua criação ou utilização.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as exposições acima concluímos que o estudo do Direito Comparado é importante ferramenta científica para a criação, o entendimento e a melhoria do Direito do Trabalho, podendo ser utilizada pelos operadores como fonte do Direito do Trabalho, além de instrumento de interpretação da norma, inclusive utilizando o seu juízo de equidade.

O movimento cada vez maior de globalização, com a aproximação e até a interdependência das normas laborais nos diferentes países e blocos econômicos torna vital o conhecimento das experiências estrangeiras a fim de amoldar o seu uso, ou sua a proposta, no nosso sistema legal.

Por tais destaques, o Direito Comparado deverá ser incorporado e incentivado nos estudos dentro das universidades, tribunais, grupos de pesquisas e casas legislativas, utilizando os seus resultados dentro da possibilidade prevista no artigo 8º da CLT.

5. REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sistemas atuais de Direito (direito comparado).

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

D'OLIVEIRA, H. Maia (org.). **LISA-Grande Dicionário da Língua Portuguesa: histórico e geográfico**. São Paulo: Brasil, Gráfica Saraiva, [1970], p. 662, verbete “comparar”.

DUTRA, Deo Campos. Métodos em Direito Comparado.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Francisco Géron Marques. **Modelos de negociação coletiva no Direito Comparado do Trabalho**. Trabalho final da pesquisa de pós-doutorado no PPGD/UFPE, em 2021, ainda inédito sob a orientação do prof. Ivo Dantas. Recife.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

O DISPUTE BOARD COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS DE EMPRESAS ESTATAIS

Bruna de Carvalho Nogueira

- » Graduada em Direito, pela UNEB. Membro do Núcleo de Competições Jurídicas da UNEB - NCJ. Bolsista de Nível Superior do Banco do Nordeste do Brasil S/A.
- » E-mail: bruna.c.nogueira@hotmail.com

João Tonizza Pereira

- » Graduando em Direito, pela UNEB. Membro do Núcleo de Competições Jurídicas da UNEB - NCJ. Estagiário do Escritório de Representação da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 5ª Região em Petrolina/PE.
- » E-mail: joaotp002@hotmail.com

Fábio Gabriel Breitenbach

- » Graduado em Direito, pela UNISINOS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil, pela ESMAPE. Mestre e doutorando em Direito, pela UNICAP. Membro do Grupo de Pesquisa LOGOS (Processo, Tecnologia e Hermenêutica). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (AN-NEP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor Assistente na Universidade Estadual da Bahia (UNEB). Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A.
- » E-mail: fabiogb@bnb.gov.br

RESUMO

Este artigo discute a possibilidade de utilização do instituto do *Dispute Board* nos contratos celebrados pelas empresas estatais. Para tanto, foi abordado, primeiramente, o conceito do *Dispute Board*, sua origem, características e as vantagens de utilizá-lo como método de resolução de conflitos alternativo à jurisdição estatal. Após, adentrou-se na natureza jurídica das estatais, delineando seu fundamento e hibridismo característico. Por fim, demonstrou-se a viabilidade de utilização do *Dispute Board*, a despeito das especificidades legislativas.

PALAVRAS-CHAVES

Dispute Boards; Empresas Estatais.

ABSTRACT

This article discusses the possibility of utilizing the Dispute Board institute in contracts signed by state-owned companies. Therefore, it was addressed, primarily, the very concept of Dispute Board, its origin and characteristics, and the advantages of its use as an alternative dispute resolution method to state jurisdiction. Following, it was addressed the juridical nature of state-owned companies, outlining its basis and characteristic hybridism. Lastly, the viability of its use was demonstrated, in spite of the legal specificities.

KEYWORDS

Dispute Boards; State-owned companies.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito e Vantagens do *Dispute Board*. 3. Empresas Estatais: Atividades e Execução Contratual. 4. A utilização do *Dispute Board* por Empresas Estatais. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tem-se buscado, em boa parte dos ordenamentos jurídicos atuais, afastar a preponderância do Poder Judiciário na pacificação de conflitos sociais. Ademais, existem situações que, por sua natureza inerente, demandam soluções com elevado grau de especificidade, o que, não obstante, tende a escapar dos lindes do Judiciário.

Explica-se: ante o astronômico número de demandas submetidas à apreciação pelo Estado-Juiz, torna-se muito dispendioso, e, certas vezes, contraproducente, que os magistrados se aprofundem demasiadamente em certos temas; sua atuação diária tende a ser mais diversificada. Há, é verdade, exemplos de varas com alto grau de especialização; contudo, apesar do destaque, encontram-se limitadas pelas mesmas razões acima expostas.

Contratos empresariais, por não raras vezes, envolvem grande quantidade de recursos, e dependem de uma teia logística diversificada e altamente funcional. Nota-se, com certa clareza, que a relação tempo-x-custos é fundamental para o equilíbrio da execução contratual, além de influenciar diretamente no objeto resultante da relação. Em outras palavras, disputas prolongadas demasiadamente tendem a gerar grandes desgastes para ambas as partes, cenário de manifesta desvantagem.

Nesse sentido, buscando aprimorar a resolução de disputas de grande complexidade e especificidade, com menor onerosidade para as partes e de forma célere, é que se deve lançar luz sobre institutos como o *Dis-*

pute Board, ou, em tradução livre, Comitê de Resolução de Disputas. Os *Dispute Boards* são comitês formados por pessoas técnicas e imparciais para acompanhar o desenvolvimento do contrato e visam atender, justamente, às demandas especializadas, figurando como meio extrajudicial de prevenção, gestão e resolução de controvérsias contratuais.

As empresas estatais, gênero do qual são espécies as empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de fazerem parte da Administração Pública (indireta), são mecanismos de intervenção direta do Estado no domínio econômico, e possuem natureza jurídica peculiar: submetem-se, ao mesmo tempo, à normas de caráter público e de caráter privado, perfazendo um ambiente complexo e dual.

Como toda empresa, para a realização de seu objetivo institucional, que dá suporte jurídico à sua existência, reclamam mecanismos ágeis e respostas rápidas às situações de impasse que surgem do ambiente negocial, o que vai de encontro à morosidade processual e a estrutura sobrecarregada e deficitária que se apresenta no Judiciário brasileiro atualmente.

Neste contexto, aspecto relevante que deve ser suscitado é o fato de que a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021) prevê, de forma expressa, a possibilidade de utilização de Comitê de Resolução de Disputas na execução de contratos administrativos, firmados após processo licitatório.

É sabido, no entanto, conforme § 1º, do art. 1º, da Lei 14.133/2021, que as normas gerais de licitações e contratos nela previstas não se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, que, de acordo com a Lei 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais), devem seguir procedimento licitatório específico daquele corpo legislativo.

Ora, é inegável que o ordenamento jurídico brasileiro há substancial tempo segue a tendência de robustecer os chamados Métodos Alterna-

tivos de Resolução de Conflitos, tendo, inclusive, os incorporado na execução de contratos administrativos firmados com o Poder Público. Além disso, tem-se que os efeitos advindos da execução de contratos, sejam eles regidos pela lei geral, ou pela lei específica, são, substancialmente, similares, assim como o próprio objeto contratado.

É necessário, assim, uma interpretação sistemática. Com efeito, se, mesmo quando se trata de contratos envolvendo entes públicos, balizados (de forma quase que absoluta) pelo interesse público (indisponível), é expressamente possível a utilização de métodos como a Arbitragem e o *Dispute Board*, por qual razão não seria possível o mesmo cenário envolvendo empresas públicas, quando estas, ao explorar atividades econômicas, não estão sujeitas às mesmas balizas que condicionam a Administração Direta?

Este trabalho abordará, portanto, o conceito e estrutura dos Comitês de Resolução de Disputas, e as vantagens de utilizá-los. Após, será tratado acerca da natureza híbrida das Empresas Estatais e as formas de execução contratual destas. Ato contínuo, abordar-se-á a possibilidade de implementação do *Dispute Board* pelas empresas estatais.

2. CONCEITO E VANTAGENS DO DISPUTE BOARD

O *Dispute Board* faz parte do conceito de métodos alternativos de solução de conflitos, denominado na literatura estrangeira de *Alternative Dispute Resolutions* (ADR's). Tais meios têm por objetivo a resolução consensual de controvérsias, em substituição à resolução convencional de litígios pelo Judiciário, a fim de garantir maior efetividade e celeridade na prevenção, gestão e resolução dos conflitos.

De acordo com o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá¹, o *Dispute Board* pode ser definido como:

[...] um comitê, composto por um ou mais profissionais independentes, que acompanham de forma periódica o andamento de um contrato. Dessa forma, o *dispute board* proporciona uma espécie de gerenciamento que previne o acirramento das divergências e conflitos decorrentes da execução contratual e oriundos do desgaste natural das relações entre as partes envolvidas.

A *International Chamber of Commerce - ICC*², por sua vez, esclarece que o *Dispute Board* caracteriza-se como um método de resolução de conflitos que é estabelecido mediante a assinatura do contrato ou início da sua execução, “para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato”.

Por ser o *Dispute Board* um método que acompanha o desenvolvimento contratual, é comum que a sua utilização se dê em contratos de prestação continuada, grande complexidade e de média a longa duração, razão pela qual o instituto foi amplamente difundido e consolidado no ramo da construção civil.

Neste contexto, segundo a *Dispute Resolution Board Foundation - DRBF*³, o *Dispute Board* pode ser definido como um conselho de profissionais imparciais formado no início do projeto para acompanhar o progresso da construção, incentivar a prevenção de conflitos e auxiliar na resolução de disputas durante o projeto.

1 Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

2 Disponível em: <https://www.iccbrasil.org/resolucao-de-disputas/#dispute-boards>. Acesso em: 26 abr. 2023.

3 Disponível em: <https://www.drb.org/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

Todavia, apesar de a sua utilização ter se consolidado nos contratos de engenharia, o *Dispute Board* busca solucionar controvérsias na área corporativa como um todo, sendo a sua adoção uma alternativa efetiva também no âmbito de pesquisa e desenvolvimento (P&D), propriedade intelectual (PI), partilha de produção e acordos de acionistas⁴, assim como em casos de recuperação judicial de empresas. Isso se dá pela natureza dos contratos em questão, pois tratam-se de acordos de longa duração, muitas vezes com grande quantidade de contratos conexos e derivados⁵.

Além disso, apesar de ser recente a sua utilização no Brasil e ainda embrionário o seu desenvolvimento, o *Dispute Board* não é um método atual. O primeiro uso relatado do instituto ocorreu na década de 1960 nos EUA, no empreendimento *Boundary Dam*, na cidade de Washington, no qual uma equipe técnica, denominada *Joint Consulting Board*, foi, atendendo convite das partes, designada para acompanhar a obra e dar pareceres sobre os conflitos oriundos do projeto⁶.

Posteriormente, conforme apresentam Vaz e Nicoli⁷:

Em 1975, o procedimento de DB foi utilizado experimentalmente para acompanhar a execução do grandioso projeto de construção do segundo furo do *Eisenhower Tunnel*, no estado americano do Colorado, com absoluto sucesso. A partir de então, o método veio ganhando alguma rele-

4 Disponível em: <https://www.iccbrasil.org/resolucao-de-disputas/#dispute-boards>. Acesso em: 26 abr. 2023.

5 Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

6 FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. *Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado em Inovação na Construção Civil) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2019. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/pt-br.php>.

7 MACHADO, Matheus Oliveira. *A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC)*. Revista de Doutrina Jurídica. Brasília, DF; v. 110. n. 1. p. 12-31. 2019. doi: 10.22477/rdj.v110i1.294. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/294>.

vância, com utilização em alguns projetos, sobretudo nos Estados Unidos. [...] Nessa época, os primeiros DBs eram juntas de especialistas com notoriedade e conhecimento do objeto da obra ou serviço. Não havia regras ou procedimentos rígidos a serem seguidos e as partes não eram obrigadas a aceitar a opinião dessa junta. Ao final dos anos 80, com o maior desenvolvimento da disciplina de análise de riscos, as disputas de contratos passaram a ser vistas sob um prisma mais abrangente, o que, acreditamos, contribuiu para uma maior penetração dessa técnica. Os proprietários, sobretudo os da iniciativa privada, passaram então a compreender que a não solução ou a protelação da solução de disputas surgidas na implantação de um empreendimento acabava por, na maior parte das vezes, encarecer o custo final das obras.

Desse modo, vê-se que o *Dispute Board* surgiu da necessidade do setor da indústria de ter um acompanhamento mais especializado da execução dos seus contratos, com uma gestão econômica, imparcial e efetiva dos conflitos surgidos ao longo das obras. E, atualmente, a razão da utilização do método permanece a mesma, somando-se ao fato de que tornou-se uma alternativa aos altos custos e à morosidade do Poder Judiciário.

A principal vantagem do *Dispute Board* é que, diferentemente do que se tem nos sistemas de jurisdição, não há a figura de um vencedor, uma vez que a atuação principal do instituto se dá de maneira preventiva⁸.

Na maioria dos casos, por ser o *Dispute Board* um mecanismo estabelecido mediante relação contratual, a escolha do método e suas particularidades se dá no momento da celebração do contrato. Ou seja, no ato do contrato elege-se um comitê técnico (em geral formado por três especialistas, sendo eles engenheiros e/ou advogados) que fica responsável por acompanhar, desde o início, a execução do objeto contratual, até a

8 MARTINS, Juliana Bruschi.; MEDICI, Sergio De Oliveira.; GOMES, Larissa Camerlengo Dias. *Dispute Boards e Administração Pública*. In: II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. 2020. Florianópolis: CONPEDI. Anais Eletrônicos; p. 200-2015; Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/45nx4pp0/n7N7RgFf9m2oWirL.pdf>.

sua conclusão, emitindo pareceres e recomendações. Consequentemente, o comitê possui a vivência prática do desenvolvimento do contrato, sendo munido, desde o início, de informações pertinentes acerca do caso.

A atuação do *Dispute Board* se dá de forma estratégica. Os conflitos vão sendo resolvidos à medida em que vão surgindo (*real time*). Desse modo, é possível prever a iminência de possíveis conflitos e solucionar de forma mais fácil aqueles que vierem a ser formar, uma vez que as partes são encorajadas a construir juntas a solução, evitando-se, assim, maiores desgastes entre as partes e a gradação do conflito, que poderia culminar em consequências mais gravosas, como a rescisão do contrato e interrupção da obra e/ou prestação de serviço.

Tal atuação mostra-se vantajosa se comparada à resolução dos conflitos pelo Judiciário, haja vista que este apenas conhece da realidade do contrato e do conflito durante o julgamento, o que pode implicar na percepção distorcida dos fatos e formação de uma coisa julgada não satisfatória às partes.⁹ Além disso, a construção pelas próprias partes da solução do conflito mostra-se mais eficaz do que a imposição de decisões adjudicadas, visto que preserva a harmonia no ambiente negocial, resultando no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3. EMPRESAS ESTATAIS: ATIVIDADES E EXECUÇÃO CONTRATUAL

O papel desenvolvido pelas empresas públicas e sociedades de economia mista encontram guarida direta na Constituição Federal de 1988. O Título VII disciplina, dentre outros, os “Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Neste título são abordados os aspectos da intervenção do Estado na economia.

9 MARTINS; MEDICI; GOMES, op. cit.

Historicamente, as formas de intervenção são divididas entre direta e indireta, apontando subdivisões, quais sejam:

- a. Intervenção direta por absorção: Que pode ser chamada, ainda, de intervenção monopolista ou monopolística - quando o Estado assume o controle de determinada atividade econômica, desempenhando-a em regime de monopólio, excluindo a participação de outros agentes no referido segmento ¹⁰; e
- b. Intervenção direta por participação: O Estado atua em concorrência com os particulares, em igualdade de condições com os agentes privados, desenvolvendo atividades tipicamente econômicas, com intuito de lucro¹¹.

Vê-se, como bem observa Pimenta, *apud* Ramos Filho¹², o que diferencia a intervenção monopolística da não monopolística “é o nível de restrição aos princípios que integram a base da ordem econômica”, que, frise-se, com relação àquela última, é substancialmente menor, ou mesmo inexistente. Isso porque um dos primados da atividade econômica transfigura-se no combate à concentração econômica. Segundo art. 173 da CF/88: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Nesse sentido, partindo da noção de intervenção direta por participação, é possível estabelecer duas premissas. Primeira premissa: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista estão sujeitas a dois imperativos constitucionais de caráter eminentemente público.

10 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Direito financeiro e econômico*. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.* p. 284

O primeiro pressuposto (“segurança nacional”) é de ordem política e visa proteger um interesse ligado à soberania. Na lição de Ferreira, *apud* Ramos Filho¹³, a “segurança nacional diz respeito sobretudo à produção de bens e serviços indispensáveis ao funcionamento regular das Forças Armadas”. Sobre o conceito, cabe transcrever o seguinte trecho de ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal¹⁴:

“Segurança nacional” envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto

O segundo pressuposto (“relevante interesse coletivo”) é de ordem técnica. A atuação do Estado, neste caso, é no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado, que o impedem de operar a contento. Nos dizeres de Mukai, *apud* Ramos Filho¹⁵:

(...) na atividade econômica está presente um interesse público subjetivo, que depende da valoração que o administrador (e o legislador) faça daquilo que possa ser interesse público em dado momento, em determinadas circunstâncias. Embora no primeiro caso também haja um certo grau de subjetividade na valoração que se faça, ela encontra limites na “natureza das coisas” e, portanto, a noção objetiva de interesse público não fica descaracterizada.

Não há como se distanciar, para a caracterização do “relevante interesse coletivo”, do que trata o *caput* do art. 173 da CF/88, da presença de certos elementos, “entre os quais é razoável citar a garantia do desenvolvimento nacional integrado, a redução dos níveis de desigualdades

13 RAMOS FILHO, op. cit., p. 290.

14 RE 62.739/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Pleno. Julgado em 23.08.1967. DJ 20.12.1967. p. 4408.

15 RAMOS FILHO, op. cit., p. 285.

regionais e sociais e o oferecimento de serviços essenciais à população”¹⁶.

Segunda premissa: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista estão sujeitas, também, a imperativos constitucionais de caráter eminentemente privado.

A própria definição de intervenção direta por participação deixa claro que as estatais devem, via de regra, obediência às regras aplicáveis aos particulares, quando estes exploram atividade econômica. Tem-se que, quando o Estado desenvolve atividade econômica por meio de estatais, não o faz com as prerrogativas que lhe são inerentes, mas, ao contrário, deve respeitar aos princípios da livre iniciativa e da concorrência. Tal lição pode ser extraída, igualmente, do § 2º, do art. 173 da CF/88: “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Evidencia-se, portanto, que, as corporações estatais, ao empreenderem a exploração econômica, ostentam natureza complexa: sua instituição e objeto devem visar fins públicos, ao passo que sua atividade, voltada ao atendimento de tal desiderato, está sujeita a imperativos constitucionais de índole privada.

Sob essa perspectiva, o mais correto em relação ao regime jurídico das empresas estatais é afirmar que não é propriamente nem de Direito Privado, nem de Direito Público, tampouco de direito privado com derivações de direito público: trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem sobre o geral dos organismos públicos¹⁷.

16 RAMOS FILHO, op. cit., p. 291.

17 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 138.

Percebe-se que há, no regime jurídico das estatais, quadro ímpar, ora havendo maior influência de normas de caráter privado, ora maior influência de normas de caráter público, sem, contudo, anularem-se entre si. Coexistem em um sistema ambivalente, dual, que é marca notável desse modelo de intervenção econômica do Estado.

Estabelecidas tais premissas, volta-se a atenção à natureza dos contratos firmados por estatais. Imperioso se torna, nesse sentido, dividir dois ambientes distintos:

Em primeiro lugar, tem-se os contratos que objetivam fornecer os meios materiais, humanos e técnicos necessários para que o interesse coletivo seja atendido satisfatoriamente. Ou seja, seu objeto é o fornecimento do substrato sobre o qual atuará a entidade. Aqui, há a necessidade de licitar, por determinação expressa da Lei 13.303/2016.

Em segundo lugar, acham-se os contratos cujo objeto é a própria execução da atividade empresarial, o próprio fornecimento de bens e serviços à comunidade; ou seja, são os contratos que perfectibilizam o cumprimento do desiderato estabelecido quando da criação da entidade por lei.

Há, em ambas as espécies contratuais, influências de caráter público e, também, privado. Claramente, se a natureza da própria entidade estatal é dúplice, diferente comportamento não poderia ser esperado quando da análise de suas atividades. Submetem-se, em certos negócios-meio, ao regime licitatório; o mesmo quadro já não se observa quando se trata de sua atividade-fim, pois, caso contrário, restaria violado o § 1º, incisos I, II e III, do art. 173 da Constituição Federal¹⁸.

O processo licitatório deve considerar a eficiência e a rapidez do mercado privado. Os contratos estatais, apesar de estarem sujeitos principalmente às normas privadas, não podem se distanciar do objetivo cons-

18 ARAGÃO, op. cit.

titucional (de natureza pública) que fundamenta sua própria existência¹⁹.

Em suma: quando a empresa pública figura como contratante (atividades-meio), a incidência de regras de caráter público não viola os primados da livre concorrência e livre iniciativa. É coerente que, neste momento, normas de caráter público sejam preponderantes, até mesmo porque não se trata, a empresa estatal (aí incluídas as sociedades de economia mista), de entidade totalmente privada, devendo, pois, observância a certas normas públicas.

Já quando se trata da empresa pública como contratada, oferecendo bens e serviços à sociedade (atividades-fim), cumprindo seu desiderato, deve fazê-lo de forma, também, a respeitar a livre concorrência; e, por figurar como se particular fosse, a incidência de prerrogativas públicas causaria um desequilíbrio econômico lesivo ao mercado. Por essa razão, parece coerente afirmar que, no cumprimento de seu objeto, devem respeito aos imperativos privados, muito embora o pilar de sua criação seja eminentemente público.

4. A UTILIZAÇÃO DO DISPUTE BOARD POR EMPRESAS ESTATAIS

Os métodos consensuais de resolução de conflitos há muito são uma tendência no direito brasileiro, e, atualmente é possível observar a absorção desses mecanismos pelo Poder Público.

Conforme assevera Natal²⁰, com o fenômeno da constitucionalização permeando também o Direito Administrativo, e impondo uma nova pers-

19 Ibid.

20 NATAL, Miccael Pardino. *Administração Pública, Conflito e Arbitragem: Política Pública de Acesso Extrajudicial à Justiça*. 2019. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019.

pectiva de respeito aos Direitos Fundamentais, é possível perceber uma mudança na relação entre Administração Pública e particular, na qual o império, dá lugar ao consenso. Isso porque:

Se o consenso decorre de um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alterando a dinâmica Administração-administrado, como um novo paradigma, necessariamente irá alcançar a forma como Administração Pública lida com os conflitos. Portanto, é congruente que o paradigma da Administração negociada também informe o modo como o Poder Público lida com os conflitos dos quais é parte, ou que envolvam o interesse público direto. Vislumbra-se, portanto, a conexão entre a constitucionalização do direito e a abertura da Administração Pública para os métodos consensuais de solução de conflito²¹.

Além disso, é imperioso destacar que a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos pela Administração Pública pauta-se, também, no princípio constitucional da eficiência, que orienta a sua atuação.

Apesar do direcionamento da Administração Pública para a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos ter caminhado a passos largos nos últimos anos, é fato que o retrato mais importante dessa mudança de comportamento foi, sem dúvidas, a edição da nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021). Além de prever como possibilidade para adoção pela Administração Pública os métodos já mais difundidos como a mediação e a Arbitragem, previu, expressamente, o *Dispute Board*, autorizando em seu art. 151 a utilização do Comitê de Resolução de Disputas nas contratações regidas por ela.

No que tange às empresas estatais, como entidades da Administração Pública Indireta, a sua organização e funcionamento apresenta natureza dúplice ou ambivalente, havendo incidência de normas de viés publicista, e, igualmente, privado. No desenvolvimento de suas atividades-meio, há imposição legal de se observar o procedimento licitatório, o que não

21 Ibid., p. 45.

ocorre quando de suas atividades-fim. Estas últimas estão submetidas ao regramento privatista.

No exercício das suas atividades-meio, de acordo com a Lei 13.303/2016, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, estão sujeitas às regras atinentes à licitação, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Significa dizer que a Lei 13.303/2016 impôs a licitação como regra geral para as empresas estatais, sem fazer distinção das empresas pelo tipo de atividade exercida ou por suas características; mesmo para aquelas submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas²².

No entanto, apesar de se submeterem ao regime de licitação, as empresas estatais estão expressamente excluídas da disciplina da Lei 14.133/2021, por força do § 1º, do art. 1º, da referida lei, haja vista que estas devem seguir regramento próprio quanto ao regime de licitação, e tal regramento não prevê a utilização do *Dispute Board*. Nesse contexto, é de se indagar: se até mesmo um corpo normativo cuja aplicação deve obediência estrita às normas públicas permite a utilização de forma negociada de prevenção e resolução de conflitos, por qual razão se negaria a utilização do mesmo instituto quando diante de um sistema híbrido?

A resposta reside no fato de que o imperativo público não mais estabelece um total afastamento do regramento privado, não havendo óbice à inclusão do *Dispute Board* no regramento geral das estatais, ainda que se discuta o maior ou menor grau de influência de normas publicistas sobre privadas, ou vice-versa. Tal posicionamento tem sido fortemente

22 DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JR, Jessé Torres. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Revista do Tribunal de Contas da União - TCU. Ano 50. Edição nº 141. p. 84-105. Janeiro-Abril, 2018. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1490>.

defendido na doutrina. Conforme dispõe Aragão²³:

Dessa forma, a diretriz que seguiremos neste capítulo é propiciar a maior liberdade de atuação possível às estatais no que elas necessitarem para atuarem com eficiência no mercado, tornando-se mais competitivas neste, mas sem olvidar de mecanismos que evitem que essa liberdade seja desviada, mecanismos que, todavia, não correspondem ao mero retorno ou fortalecimento dos controles típicos da Administração Pública tradicional.

Não se afirma, contudo, que deve ser relativizada a regra que exclui as estatais da incidência da Lei Geral de Licitações, mas, sim, se objetiva que ambos os regimes dialoguem, de forma a potencializar sua modernização e eficiência; até mesmo porque, ambos tratam do mesmo instrumento, a licitação, que não transmuda seu fundamento nuclear pelo mero critério da especificidade das regras. Em arremate, tem-se que a Lei 13.303/2016 pende de atualização legislativa, ante o muito positivo avanço da Nova Lei de Licitações.

Por outro lado, no que tange ao exercício das atividades finalísticas pelas empresas estatais, a comercialização, prestação ou execução de produtos, serviços ou obras é feito de forma direta, sem a necessidade de licitação. Quando as atividades dizem respeito ao seu objeto social, as empresas estatais possuem a prerrogativa de não se submeterem ao regime licitatório, uma vez que, caso fosse adotado, inviabilizaria a sua coexistência em relação às empresas privadas e o estabelecimento de uma posição de concorrência perante a elas²⁴.

Dessa forma, nas atividades vinculadas ao seu objeto social, necessárias ao seu desempenho negocial, as empresas estatais atuam sob a guarda do direito privado, inexistindo aqui, da mesma forma que nos contratos envolvendo atividades-meio, óbice à utilização do *Dispute Board*, que é um instituto de origem eminentemente privada. Com a implemen-

23 ARAGÃO, op. cit., p. 146

24 DOTTI; PEREIRA JR., op. cit.

tação de um comitê de resolução de disputas para monitorar o desempenho dos contratos celebrados pelas empresas estatais, é indubitável que ocorreria uma redução nas despesas enfrentadas por estas entidades. Tal redução seria evidenciada tanto na diminuição dos elevados custos despendidos em processos judiciais, quanto na economia de tempo, que, no mundo empresarial, também equivale a dinheiro.

“A eficiência do *dispute board*, tanto em termos de obter soluções, quanto na celeridade do processo, tem sido manifestamente comprovada”²⁵. Dados da *Dispute Resolution Board Foundation* - DRBF, indicam que 99% dos conflitos que usam *Dispute Boards* são encerrados em menos de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidas pelo mecanismo. Enquanto que, segundo os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, na pesquisa “Justiça em Números 2022”²⁶, a duração média de um processo de conhecimento, na Justiça Estadual (onde litigam as empresas estatais), até a sua baixa definitiva, no primeiro grau, é de 2 anos e 7 meses; o processo de execução, por sua vez, tem duração média de 5 anos e 3 meses.

Além da celeridade e efetividade na resolução dos conflitos, segundo o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá²⁷, as empresas que se utilizam do *Dispute Board* gozam de uma reputação mais sólida e confiável dentro do cenário corporativo, uma vez que o mecanismo mostra-se como um “importante elemento de transparência, que garante a execução adequada dos contratos e o bom andamento dos projetos”.

25 Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - CAM-CCBC. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de_disputas/dispute-boards/. Acesso em: 26 abr. 2023.

26 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

27 Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

Portanto, o *Dispute Board* mostra-se como um mecanismo, eficaz, célere e imparcial de resolução de conflitos e que geraria credibilidade para as empresas estatais, reforçando os princípios administrativos a que elas estão submetidas, e colocando-as no mercado em uma posição de vantagem frente às sociedades empresárias privadas e concorrentes no mercado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir, que o *Dispute Board* é um método alternativo de resolução de conflitos que atua de forma preventiva, em conflitos decorrentes da execução de contratos de média e longa duração, agindo em tempo real, de modo a evitar a formação de conflitos, bem como resolver de forma consensual os que vierem a se formar.

Foram identificadas diversas vantagens em se utilizar do *Dispute Board*, dentre elas a eficiência, celeridade, economicidade, de recursos e de tempo, assim como a alta taxa de êxito nas resoluções e o alto grau de tecnicidade que reveste as recomendações\decisões emitidas pelos comitês.

Foi demonstrado, ainda, que as empresas estatais possuem natureza jurídica híbrida, devendo obediência às normas de direito público, assim como às de direito privado, a depender da natureza de sua atuação. Após a análise dos fundamentos legais que disciplinam o regramento das empresas estatais, seja no exercício das suas atividades-meio, regidas por normas de caráter publicista, seja no exercício das suas atividades-fim, regidas por normas de caráter privado, concluiu-se que não há óbices à utilização do *Dispute Board* pelas empresas estatais na celebração dos seus contratos.

Pelo contrário: a utilização do *Dispute Board* como um método célere, imparcial e eficaz, de prevenção, gestão e resolução de conflitos

pelas empresas estatais no acompanhamento da execução dos seus contratos, potencializaria a sua modernização e eficiência. A utilização do *Dispute Board* pelas estatais possibilitaria a conciliação dos princípios da Administração Pública da eficiência, impessoalidade, moralidade e publicidade, e dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência que reclama a iniciativa privada. Além da credibilidade que o método gera no mundo corporativo, possibilitando às empresas estatais se colocarem em um patamar de competitividade no mercado com relação às demais empresas privadas.

Em atenção ao Princípio da Legalidade, ponderou-se que a Lei 13.303/2016, que disciplina as empresas estatais, reclama atualização legislativa ou interpretação sistemática, para autorizar a utilização do mecanismo do *Dispute Board*, seguindo a tendência de pacificação consensual dos conflitos já seguida por boa parte da Administração Pública, como se verifica com o positivo avanço da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), que previu expressamente a possibilidade de utilização do referido método.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 62.739/SP. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Pleno. Julgado em 23.08.1967. DJ 20.12.1967. p. 4408

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC. *Sobre o Dispute Board*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA -CNJ. *Justiça em números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION - DRBF. Disponível em: <https://www.drbb.org/>.

DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JR, Jessé Torres. *A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?* Revista do Tribunal de Contas da União - TCU. Ano 50. Edição nº 141. p. 84-105. Janeiro-Abril, 2018. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1490>.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. *Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado em Inovação na Construção Civil) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2019. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/pt-br.php>.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Direito financeiro e econômico*. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE-ICC. Dispute Board.

Disponível em: <https://www.iccbrasil.org/resolucao-de-disputas/#dispute-boards>;

MACHADO, Matheus Oliveira. *A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC)*. Revista de Doutrina Jurídica. Brasília, DF; v. 110. n. 1. p. 12-31. 2019. doi: 10.22477/rdj.v110i1.294. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/294>.

MARTINS, Juliana Bruschi.; MEDICI, Sergio De Oliveira.; GOMES, Larissa Camerlengo Dias. *Dispute Boards e Administração Pública*. In: II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. 2020. Florianópolis: CONPEDI. Anais Eletrônicos; p. 200-2015; Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/45nx4pp0/n7N7RgFf9m2oWirL.pdf>.

NATAL, Miccael Pardinho. *Administração Pública, Conflito e Arbitragem: Política Pública de Acesso Extrajudicial à Justiça*. 2019. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019.

***PRIVACY BY DESIGN E
PRIVACY BY DEFAULT NO
DESENVOLVIMENTO DE UMA
NOVA CULTURA DE PROTEÇÃO
DE DADOS***

*PRIVACY BY DESIGN AND PRIVACY
BY DEFAULT IN THE DEVELOPMENT
OF A NEW DATA PROTECTION
CULTURE*

Cristiano Fernandes da Silva Britto

- » Advogado, pós-graduando em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera, formado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.
- » E-mail: fernandesbrittoadv@yahoo.com.br

RESUMO

Com a Lei Geral de Proteção de Dados, o Brasil se insere em um seleto e importante grupo de países que contam com um nível elevado de legislação de proteção de dados pessoais, o que demanda a conscientização de toda sociedade acerca de sua importância e de seus reflexos sobre os direitos fundamentais como liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Portanto, é fundamental assegurar aos titulares a privacidade durante todo o ciclo de vida dos dados, desde o momento da captura, tratamento e compartilhamento, até a exclusão das informações das bases de dados. Assim, o §2º, art. 46, da LGPD, estabelece que medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço (*Privacy by Design*) até a sua execução (*Privacy by Default*).

PALAVRAS-CHAVE

Lei Geral de Proteção de Dados; LGPD; Privacidade; *Privacy by Design*; *Privacy by Default*.

ABSTRACT

With the General Data Protection Law, Brazil is part of a select and important group of countries that have a high level of personal data protection legislation, which demands the awareness of the whole society about its importance and its reflections on fundamental rights such as freedom, privacy and free development of the personality of the natural person. Therefore, it is essential to ensure data holders' privacy throughout the data's life cycle, from the moment of capture, treatment and sharing, to the deletion of information from databases. Thus, §2, art. 46

of the LGPD establishes that security, technical and administrative measures capable of protecting personal data must be observed from the product or service conception phase (Privacy by Design) to its execution (Privacy by Default).

KEYWORDS

General Data Protection Law; LGPD; Privacy; Privacy by Design; Privacy by Default.

SUMÁRIO

1. introdução. 2. Lei geral de proteção de dados - LGPD. 3. Segurança da informação. 4. Família ISO 27000. 5. Dados pessoais, dados sensíveis, dados anonimizados e anonimização. 6. *Privacy by design*. 7. *Privacy by default*. 8. Princípios fundamentais do *privacy by design*. 9. metodologia para aplicação do *privacy by design*. 10. Conclusão. 12. Referências bibliográficas.



1. INTRODUÇÃO

A partir do crescimento exponencial da utilização de dados pessoais tanto pelo setor privado como pelos órgãos públicos, surgiram no mundo várias legislações visando à tutela da proteção de dados pessoais.

Por sua vez, o Brasil possuía uma série de normas setoriais sobre o assunto, com dispositivos que podem ser aplicados à proteção de dados espalhados pela Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Lei de Acesso à Informação, Lei do Cadastro Positivo e Marco Civil da Internet.

Esse cenário, entretanto, sofreu alteração em agosto de 2018, quando o Governo Brasileiro, inspirado na legislação europeia (GDPR), editou a Lei n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A aprovação da LGPD, reflete a necessidade de atenção da sociedade como um todo para o tratamento de dados pessoais coletados no dia a dia.

Nesse contexto, a LGPD será o ponto de partida para a análise de maturação do negócio, produtos, serviços ou fluxos quanto à privacidade e à segurança da informação, devendo ser observados os conceitos de *Privacy by Design* e *Privacy by Default* no desenvolvimento de uma nova cultura de proteção de dados.

Nesse passo, novos projetos que visem a modificar fluxos já mapeados ou adicionar novos fluxos aos registros de tratamento deverão passar por uma avaliação do ponto de vista de privacidade e proteção de dados.

Partindo ainda dos princípios como confidencialidade, integridade,

disponibilidade, autenticidade e legalidade, propriedades básicas da segurança da informação, será demonstrado a partir de que momento dados pessoais de clientes internos e externos devem ser devidamente tratados.

Na perspectiva da LGPD, os termos *Privacy by Design* e *Privacy by Default* representam a incorporação da privacidade em todo o momento em que a informação é utilizada, procurando estabelecer, como padrão, um processamento de dados que ofereça maior privacidade ao titular dos dados.

O estudo da Lei Geral de Proteção de Dados torna-se oportuno porque inaugura uma nova cultura de privacidade e proteção de dados no país, o que demanda a conscientização de toda a sociedade acerca da importância dos dados pessoais e os seus reflexos em direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Em outras palavras, o referido estudo torna-se viável diante da necessidade de criação de uma cultura de adequação aos princípios que disciplinam a proteção de dados pessoais, passando pelas bases legais aptas para justificar o tratamento de dados, sua fiscalização e responsabilização dos envolvidos que insistam em descumprir a lei.

Nesse sentido, um dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados é assegurar aos titulares a privacidade durante todo o ciclo de vida dos dados, ou seja, desde o momento da captura, tratamento e compartilhamento, até a exclusão das informações das bases de dados da empresa.

Ademais, as principais legislações em matéria de proteção de dados ao redor do mundo, exigem que as organizações implementem medidas técnicas e administrativas para proteger a privacidade desde a concepção de um produto ou serviço até a sua efetiva entrega.

Dessa forma, compete ao agente responsável pelo tratamento o emprego de medidas técnicas e organizacionais adequadas para proteção

do titular dos dados, sem privá-lo, contudo, do acesso aos novos produtos e serviços, superiores em eficácia e eficiência, que serão disponibilizados ao término do desenvolvimento.

Logo, a superação desse aparente desafio consiste na capacidade do agente de tratamento atuar com transparência durante o processo de concepção do novo produto ou serviço, incorporando a privacidade e proteção dos dados em todo seu ciclo de vida.

O *Privacy by Design* e o *Privacy by Default* irão estar presentes em empresas públicas e privadas, multinacionais ou *startups*, todas que processam de alguma forma os dados pessoais de seus clientes, colaboradores e fornecedores, que resultará em mais transparência e credibilidade, provocando uma mudança significativa na cultura organizacional, tornando-se parte integrante do desenvolvimento tecnológico e da maneira como um produto ou serviço é criado.

2. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD:

No mundo atual, decorrente do avanço da tecnologia em suas mais diversas ramificações, físico ou digital, predominantemente digital, nossas informações pessoais foram ou serão compartilhadas, sem a nossa autorização, por um grande número de aplicativos, banco de dados, mídias sociais etc.

Por serem nossos dados itens preciosos, esse compartilhamento exagerado, sem consentimento, fez com que mudássemos o comportamento perante a forma de utilização dos dispositivos advindos dessas inovações e nos preocupássemos como seriam nossos dados armazenados.

É óbvio que as inúmeras funcionalidades tecnológicas criadas (p. ex.: computadores, smartphones, tablets, ipods, smartwatches etc.), permitem

otimizar nosso tempo, fazendo com que seja possível estar presente em tempo real em lugares distintos, desempenhando habilidades e funções diferentes, mas também acaba por expor nossos dados/informações (p. ex.: contas, senhas, assim como qualquer outra informação que compartilhamos por meio desses dispositivos que usem internet) que ficam livres para serem compartilhados sem a nossa ciência sem sabermos qual será seu destino ou quem irá encontrá-los.

Dado a velocidade das criações tecnológicas e da disseminação desenfreada das informações, algumas entendem que o direito não tem capacidade de acompanhar as mudanças, muitas vezes deixando lacunas na tutela da era digital e ignorando a profunda alteração no tecido social e econômico causado pela circulação de informações (PANEK, 2019).

Porém, hoje, apesar de necessitarmos “surfear” no “Mundo Digital”, também precisamos nos preocupar sobre o que acontece com os dados e informações que ali são inseridos, e para resolver esse “problema”, o Governo Brasileiro, inspirado no modelo europeu criou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), para evitar o uso indevido de nossas informações pessoais, um bem cada dia mais precioso¹.

A aprovação da LGPD reflete a necessidade de atenção da sociedade como um todo para o tratamento de dados pessoais coletados no dia a dia. Porém, vale ser ressaltado que o acesso a informações pessoais sempre foi essencial para as atividades empresariais.

Numa sociedade crescentemente digital e com a multiplicação de sistemas de decisão automática, a importância dos dados como insumo para tomadas de decisões é crescente.

Se por um lado os dados são o insumo essencial para a revolução

1 BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. BEPPU, Ana Claudia. *Proteção de Dados Pessoais no Brasil - Uma visão a partir da Lei nº 13.709/2018*. Editora Fórum. São Paulo. 2019.

digital, o aumento exponencial na utilização de dados pessoais fez com que surgisse a necessidade de marcos regulatórios e mudanças culturais a fim de que os dados sejam usados de forma responsável e a privacidade dos seus titulares seja protegida.

Como já trazido e explicado acima, o Governo Brasileiro, inspirado na legislação europeia (GDPR) editou, em agosto/2018, a Lei 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), criada para regulamentar o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A aprovação da LGPD reflete a necessidade de atenção da sociedade como um todo para o tratamento de dados pessoais coletados no dia a dia.

Com a nova legislação, o Brasil se insere em um seleto e importante grupo de países que contam com um nível elevado de legislação em termos de proteção de dados pessoais, pautada em princípios éticos como a transparência, a não discriminação e a prestação de contas, e na consagração do direito dos titulares de dados à autodeterminação informativa.

O tema segurança da informação está em evidência no mundo atual, especialmente após a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados e de outras leis semelhantes em outros países, criadas para proteger os usuários no que diz respeito à utilização de seus dados, essas legislações também são uma preocupação dentro das organizações.

3. SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

Com o advento e a evolução da internet, a criação, troca e o vazamento de informações foram se tornando questões cada vez mais comuns. Sabendo disso, foi criado um termo para definir a defesa de todos esses dados, qual seja: *SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO*.

Assim, o termo segurança da informação refere-se à adoção de processos e metodologias que são projetados para proteger impressos, dispositivos eletrônicos ou qualquer outra forma de informações ou dados confidenciais, privados e sensíveis, contra acesso não autorizado, uso indevido, divulgação, destruição, modificação ou interrupção.

Para que a prática fosse bem aplicada, os estudiosos definiram cinco pilares fundamentais baseados no conceito de segurança.

Tais pilares servem como base para analisar a movimentação das informações e seu compartilhamento. Da mesma forma, balizam o que é tido como correto e legal perante a legislação vigente, como a LGPD, são eles:

- **Confidencialidade:** Se aplica aos dados corretos estarem disponíveis apenas àqueles que possuem autorização.
- **Integridade:** O segundo pilar destaca aspectos como a consistência, a preservação, a confiabilidade e a precisão dos dados. Ou seja, ele evita que o material seja alterado ou deletado por qualquer um que não possua acesso.
- **Disponibilidade:** Contar com a disponibilidade dos dados é de vital importância dentro de uma companhia. Em geral, esse acesso deve ser em tempo integral e estável, o que garante um alcance permanente pelo usuário final a qualquer uma das informações.

- **Não repúdio:** Também conhecida como “irretratabilidade”, o não repúdio se refere às modificações dos dados. Mais do que isso, esse pilar tem como foco garantir que usuários ou empresas não possam negar a autoria da informação.
- **Autenticidade:** Por fim, o pilar da autenticidade é o que garante a autorização de usuários para visualizar, modificar, transmitir ou deletar informações.

Vale salientar que o principal elemento desses pilares é o *consentimento do titular das informações*, não sendo possível assim realizar a coleta, tratamento ou disponibilização de possíveis informações obtidas.

Tais medidas e práticas visam contribuir para a defesa dos direitos fundamentais de privacidade de seus usuários haja vista estes estarem expostos a uma realidade virtual ao qual estes não entendem os riscos e possíveis vulnerabilidades a qual estão submetidos, apenas pelo simples fato de utilizar a internet como fonte de pesquisa para a obtenção de informação sobre determinado produto ou serviço desejado.

4. FAMÍLIA ISO 27000

Composta por 45 normas, a “família” ISO 27000 garante o total compliance das organizações perante a gestão da segurança de informação. Para a LGPD é importante se conhecer as normas trazidas na ISO 27001, ISO 27002 e ISO 27701, porém, aqui, iremos tecer alguns comentários sobre as normas contidas na ISO 27001.

A ISO 27001 é a norma internacional que descreve como gerenciar a segurança da informação, por meio da gestão de diversas políticas, procedimentos, ativos, processos e pessoas, considerando e descrevendo todos esses elementos dentro de um sistema de SGSI — Sistema de Gestão da Segurança da Informação.

O foco principal desta ISO está em proteger a confidencialidade, integridade e disponibilidade da informação dentro de uma organização, considerando sempre os riscos envolvidos, através de uma gestão de riscos.

A ISO 27001 traz a abordagem da implementação de segurança da informação com base no Ciclo PDCA:

- **P**lan (Planejar);
- **D**o (Fazer);
- **C**heck (Verificar);
- **A**ct (Ação).

Como o próprio nome diz, trata-se de um ciclo, ou seja, realizar as quatro etapas não significa que se encerrou a implementação.

Sendo assim, é de extrema importância que as empresas estejam em compliance com a LGPD, para se protegerem contra vazamentos de informações. Isso porque, os ataques a dados estão cada vez mais comuns, e para se blindar é necessário o investimento em ferramentas de segurança da informação, bem como que se fortaleça os cuidados em relação ao teletrabalho.

5. DADOS PESSOAIS, DADOS SENSÍVEIS, DADOS ANONIMIZADOS E ANONIMIZAÇÃO

Dado é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Esse dado poder ser pessoal, pessoal sensível ou pessoal anonimizado, conforme se depreende do art. 5º, incisos I, II, III, da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

No momento de aplicar a LGPD em uma empresa, é preciso ter tais conceitos bem claros, principalmente saber a diferença entre dados pessoais, sensíveis e anonimizados.

O conceito é amplo, visto que qualquer informação, seja isoladamente ou em conjunto com outras, que permita a identificação de uma pessoa natural, pode ser considerada como dado pessoal, por exemplo, nome, CPF, números de documentos de identificação (RG, Carteira de Trabalho, Carteira de motorista etc.), título de eleitor, endereço, data de nascimento, profissão, nacionalidade.

Informações relacionadas à pessoa natural identificável, por exemplo, são aquelas coletadas por meio de dispositivos eletrônicos,

que a depender do contexto, agregados a outros dados pessoais, podem levar à identificação de um indivíduo, como o número da linha do celular, identificador único de aparelhos celulares etc.

Dados pessoais sensíveis são definidos como os dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico quando vinculado a uma pessoa natural.

São denominados sensíveis tendo em vista a possibilidade de tais dados revelarem aspectos da intimidade do indivíduo ou serem utilizados, indevidamente, para fins discriminatórios.

Para isso, pode-se utilizar de uma tabela com a referência de cada uma das categorias. Como segue:

Dados Pessoais	Dados Sensíveis
Nome	Raça ou etnia
Endereço	Religião
RG, CPF, CNH	Opinião política
Geolocalização	Filiação a sindicato
Hábitos de consumo	Dado genético
Exames médicos	Dado referente à vida sexual
Biometria	
Perfil cultural	

Além desses, há também os dados pessoais anonimizados, que são aqueles (quaisquer dados pessoais) que, uma vez tratados com a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento, não podem ser relacionados aos respectivos titulares, inviabilizando a identificação do seu titular, portanto, tornando-os fora do escopo da LGPD.

Assim, somente se aplica esta lei se for possível esclarecer a identidade do titular dos dados.

Por sua vez, a anonimização é a *utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo* (art. 5º, inc. XI, da LGPD):

5º. [...]:

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

Ademais, art. 12 da LGPD evidencia que *os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido*²:

Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

§ 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.

§ 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

§ 3º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

Oportuno registrar que o exercício do direito de anonimização não é

2 COTIS, Marcio. OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2019.

irrestrito, haja vista que a LGPD, nas hipóteses em que menciona a conveniência do processo de anonimização, ressalva que ele se dará sempre que possível, como se verifica dos arts. 7º, inc. IV, 11, inc. II, c, 13, caput, e 16, inc. II. Senão, vejamos:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

No mais, vale ser frisado que a ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais é a responsável pela fiscalização quanto à aplicação da LGPD, cabendo a ela aplicar penalidades no caso de transgressão da norma.

6. PRIVACY BY DESIGN

O conceito de *Privacy by Design*, “privacidade desde a concepção”, em tradução livre, foi desenvolvido na década de 90 pela Dra. Ann Cavoukian, Comissária de Informação e Privacidade de Ontário, Canadá, sendo muito difundida na Europa³.

Naquela época, imaginava-se que o avanço da tecnologia e a facilidade de comunicação possibilitaria uma coleta indiscriminada de informações pessoais, necessitando-se de algum conceito que devesse ser aplicado para que as empresas entendessem e aplicassem regras de privacidade em seus serviços e produtos.

A partir de 2010, diversas entidades ao redor do mundo começaram a divulgar e aplicar esse conceito, como por exemplo a Autoridade Europeia de Proteção de Dados e a *Federal Trade Commission* nos Estados Unidos.

Atualmente, o *Privacy by Design* está incorporado na legislação europeia de proteção de dados (GDPR - Regulamento Geral de Proteção de Dados) e em nossa Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sendo muito útil para que as empresas façam a coleta, tratamento e armazenamento de informações de forma adequada.

O conceito prevê que qualquer projeto de uma empresa que envolva o processamento de dados pessoais deve ser realizado mantendo a proteção e a privacidade dos dados a cada passo, incluindo o desenvolvimento de produtos, software, sistemas de TI entre outros.

Na prática, isso significa que a organização deve garantir que a privacidade seja incorporada ao sistema durante todo o ciclo de vida, assegurando a segurança das informações de ponta a ponta.

³ O que significa “*privacy by design*” e qual a relação com a LGPD. Disponível em: <https://ostec.blog/geral/privacy-by-design/>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

7. PRIVACY BY DEFAULT

O princípio do *Privacy by Default* ou “privacidade por padrão” é uma decorrência do *Privacy by Design*, uma vez que se refere à ideia de que o produto ou serviço seja lançado e recebido pelo usuário com todas as salvaguardas que foram concebidas durante o seu desenvolvimento⁴.

A configuração de privacidade mais restritiva possível deve ser estabelecida desde o chamado “momento zero”, ou seja, desde o início da criação, apenas os dados essenciais para prestar o serviço ou entregar o produto devem ser coletados.

O usuário deverá ser informado sobre quais informações estão sendo coletadas e qual o propósito, cabendo a ele, caso deseje, desativar uma ou todas essas salvaguardas.

Em outras palavras, a empresa não deve fornecer o produto ou serviço com essas proteções desativadas, que devem ser criadas por padrão, não necessitando de uma ação do usuário para serem ativadas.

Com efeito, a maioria dos usuários busca comodidade, não se preocupando em descobrir como alterar as configurações padrão.

Pelo princípio do *Privacy by Default*, assim que um produto ou serviço for lançado ao público, as configurações mais seguras de privacidade deverão ser aplicadas por padrão, sem nenhuma entrada manual do usuário final⁵.

4 *Privacy by Design e by Default: entenda a diferença*. Disponível em: <https://privacytech.com.br/noticias/privacy-by-design-e-by-default-entenda-a-diferenca.322343.jhtml>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

5 OLIVEIRA, Samanta. *LGPD: as diferenças entre o privacy by design e o privacy by default*. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/05/27/lgpd-diferencas-privacy-design-privacy-default/>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

E mais, todos os dados pessoais fornecidos pelo usuário para permitir o uso ideal de um produto devem ser mantidos apenas pelo tempo necessário para fornecer o produto ou serviço, ou seja, caso mais informações que o necessário sejam divulgadas, esse princípio será violado.

Como exemplo, em um site que utiliza cookies, só podem ser habilitados quando o usuário concorda com a coleta de dados. Por outro lado, caso o usuário não ative os cookies de forma voluntária, não haverá a coleta de informações pessoais.

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados exige que todas as empresas que façam o uso dos cookies deixem eles desativados por padrão, para o usuário poder decidir quais dados deseja compartilhar.

Nesse cenário, a governança demonstra ser um diferencial para as empresas, que prezam por transparência, uma vez que ao esclarecer como alterar a configuração padrão, bem como quais as consequências de fazê-lo, fortalecem a relação de confiança com seus usuários.

Portanto, a governança como uma nova mentalidade de proteção e cuidado, baseada no *Privacy by Default* e *Privacy by Design*, resume-se no envolvimento e engajamento de todos os setores da empresa para assegurar que os dados do usuário sejam protegidos e tratados de forma segura.

8. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO *PRIVACY BY DESIGN*

O *Privacy by Design* é um princípio geral, composto por sete princípios fundamentais⁶ mais específicos, que tem como objetivo antecipar

6 MOURA, Raissa. CABELLA, Daniela. FERRAZ, Lara. *Descomplicando Privacy by Design Um guia prático para implementar os 7 princípios fundamentais na sua empresa*. Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Privacidade%20-%20eBooks/Ebook-Descomplicando-PrivacyByDesign%2002.pdf?hsLang=pt-br>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

as situações que podem ferir a privacidade das pessoas e evitar que elas aconteçam.

Esses princípios foram publicados no documento denominado “*Privacy by Design: os 7 princípios fundamentais*”, sendo adotado em 2010 pela *International Assembly of Privacy Commissioners and Data Protection Authorities*, difundindo-se internacionalmente.

Os princípios ajudam organizações a utilizar os dados pessoais de forma segura e devem ser aplicados em novas tecnologias, inclusive no uso de algoritmos, *big data* e inteligência artificial, ferramentas, processos, sistemas, produtos ou serviços, de qualquer segmento de negócio.

Por meio deles, é possível garantir o desenvolvimento tecnológico e a inovação com respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

8.1 Princípio proativo e não reativo; preventivo e não corretivo⁷

O *Privacy by Design*, também conhecido por meio de sua sigla PbD, tem por objetivo antecipar as situações que podem ferir a privacidade das pessoas antes mesmo que elas ocorram, impedindo que os riscos à privacidade se materializem.

Isso pode ser feito por meio de medidas técnicas e organizacionais, conforme os exemplos a seguir:

a) Medida organizacional:

Garantir que os diretores e acionistas da sua organização estejam comprometidos em adotar os mais altos padrões de privacidade. Isso significa não apenas buscar a conformidade com as regulamentações em matéria de proteção de dados, mas também proativamente preve-

7 Idem.

nir qualquer prática ou decisão de negócio que possa gerar impactos negativos na privacidade dos usuários de seus produtos e serviços.

b) Medida técnica:

Empregar os melhores esforços preventivos para que os problemas relacionados à privacidade sejam identificados e corrigidos na fase do design (planejamento), antes do desenvolvimento e lançamento de um produto, por exemplo, mediante avaliação sistemática e adoção de alternativas inovadoras e mais protetivas à privacidade.

8.2 Princípio da privacidade como padrão (*by default*)⁸:

Os dados pessoais devem ser automaticamente protegidos em qualquer sistema de tecnologia da informação ou prática de negócio, a fim de que as pessoas não precisem fazer esforços para ter a sua privacidade garantida.

Nesse sentido, espera-se que nenhuma ação seja necessária por parte do indivíduo para proteger sua privacidade, uma vez que já estará embutida no sistema, por padrão.

Isso pode ser feito por meio de medidas técnicas e organizacionais, conforme os exemplos a seguir:

a) Medida organizacional:

Especificar a finalidade para a coleta, uso, armazenamento e compartilhamento dos dados pessoais antes mesmo de coletá-los.

Esse princípio de PbD tem estrita relação com o princípio da finalida-

8 Idem.

de, previsto no artigo 6º, inciso I, da LGPD⁹:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

Se não há propósito legítimo para o tratamento do dado, por padrão deve-se evitar coletá-lo.

b) Medidas técnicas:

b.1. Limitar a coleta apenas àquelas informações estritamente necessárias, para as finalidades específicas e relacionadas ao serviço ou produto utilizado pelo usuário.

Essa medida está relacionada com princípio da necessidade, consagrado pelo artigo 6º, inciso III, da LGPD¹⁰:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

[...]

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

b.2. Coletar o mínimo de informação possível e fazer o máximo esforço para não identificar o titular de dados individualmente, coletando

9 LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 17 de maio de 2023.

10 Idem.

apenas os dados relevantes e essenciais ao cumprimento das suas finalidades legítimas.

Essa prática tem ligação direta como princípio da minimização previsto no artigo 5, 1, c, do GDPR:

Artigo 5º

Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais

1. Os dados pessoais são:

[...]

c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»)¹¹;

b.3. Limitar o uso, retenção e divulgação de informações pessoais aos propósitos relevantes identificados e para os quais o indivíduo prévia e expressamente consentiu, quando necessária sua autorização para esses tipos de operações.

8.3 Princípio da privacidade incorporada ao design¹²:

A privacidade deve ser um componente essencial da funcionalidade de um produto ou serviço disponibilizado para a sociedade e deve ser incorporada nas tecnologias de maneira holística, segura e criativa. Isso pode ser feito da seguinte forma:

11 *Article 5, 1. (c) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed ('data minimisation')*; Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

12 MOURA, Raissa. CABELLA, Daniela. FERRAZ, Lara. *Descomplicando Privacy by Design Um guia prático para implementar os 7 princípios fundamentais na sua empresa*. Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Privacidade%20-%20eBooks/Ebook-Descomplicando-PrivacyByDesign%2002.pdf?hsLang=pt-br>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

a) Medida organizacional:

Adotar uma abordagem sistemática de *Privacy by Design* baseada em padrões e *frameworks* reconhecidos, passíveis de revisões e auditorias externas.

É importante realizar, sempre que possível, avaliações detalhadas de impacto e risco à privacidade com documentação clara das técnicas de PbD empregadas, medidas tomadas para mitigação de riscos, utilizando métricas objetivas para avaliar o impacto e risco à privacidade.

b) Medida técnica:

Incorporar privacidade ao *design* dos produtos e serviços, minimizando o impacto da tecnologia na privacidade das pessoas, de forma que as configurações de privacidade não sejam facilmente degradadas por meio de uso, configuração indevida ou erro dos sistemas.

8.4 Princípio da funcionalidade total:

O *Privacy by Design* busca acomodar todos os objetivos e interesses legítimos de uma maneira positiva, com “ganhos em dobro” para os indivíduos e sociedade.

Portanto, rejeita abordagens antiquadas que coloquem a privacidade como um cálculo de resultado zero e destaca que, traçando objetivos legítimos, é possível inovar respeitando a privacidade, o que resultará em uma soma positiva.

Esse princípio pode ser colocado em prática por meio das seguintes medidas:

a) Medida organizacional:

Acomodar todos os interesses legítimos e positivos, evitando falsas

dicotomias, como privacidade x segurança, demonstrando que é possível e muito mais desejável ter ambos.

Dessa forma, é importante documentar: as decisões e processos que foram rejeitados por ter uma soma zero; como foi possível atender aos objetivos legítimos que não têm relação com a privacidade; e, quais foram as soluções encontradas para atender esses objetivos com respeito à privacidade.

b) Medida técnica:

Desenvolver tecnologias inovadoras que alcancem resultados reais de soma positiva, onde seja possível atender múltiplos interesses além da privacidade.

Ann Cavoukian ressalta que as organizações que conseguem superar as escolhas de soma zero, sem comprometer a funcionalidade dos produtos e serviços, conquistam a liderança global em privacidade.

8.5 Princípio da segurança de ponta-a-ponta e proteção durante todo o ciclo de vida dos dados¹³:

O *Privacy by Design* garante o gerenciamento seguro das informações durante todo o ciclo de vida dos dados, não devendo haver lacunas na proteção dos dados nem na prestação de contas.

Isso pode ser garantido com a aplicação das medidas abaixo:

a) Medida organizacional:

Assumir a responsabilidade pela segurança dos dados pessoais durante todo seu ciclo de vida, adotando uma política robusta de Segurança da Informação, bem como as melhores técnicas disponíveis no mercado e os padrões desenvolvidos por organismos reconhecidos.

13 Idem.

b) Medida técnica:

Garantir a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados pessoais durante todo seu ciclo de vida, observando, dentre outras técnicas, criptografia forte, métodos apropriados de controle de acesso e registro de operações envolvendo dados pessoais, além da destruição segura.

8.6 Princípio da visibilidade e transparência¹⁴:

No PbD, a transparência, diligência e o *compliance* são fundamentais para estabelecer a responsabilidade e confiança, garantindo aos interessados que a organização está operando de acordo com suas declarações e objetivos e que suas promessas são passíveis de verificação.

Esse princípio pode ser colocado em prática da seguinte forma:

a) Medidas organizacionais:

Documentar e disponibilizar as políticas e procedimentos relacionados à privacidade e disponibilizar canal de comunicação para facilitar petições de titulares, parceiros e autoridades públicas.

Também é importante estabelecer uma metodologia de auditar terceiros sempre que necessária a transferência de dados pessoais a eles, para verificar se empregam os requisitos de segurança adequados e estabelecer cláusulas contratuais de proteção de dados.

b) Medidas técnicas:

Estabelecer medidas técnicas capazes de monitorar e avaliar continuamente a conformidade com as políticas e procedimentos de proteção de dados.

14 Idem.

8.7 Princípio do respeito pela privacidade do usuário¹⁵:

Acima de tudo, o *Privacy by Design* exige que as organizações prezem ao máximo pelos interesses do indivíduo, mantendo o usuário no controle dos seus dados pessoais.

Os melhores resultados de PbD são aqueles projetados para atender às necessidades dos titulares dos dados, colocando-os em primeiro lugar.

As medidas abaixo explicam como isso pode ser feito.

a) Medidas organizacionais:

Capacitar os titulares dos dados a gerenciar ativamente os seus dados pessoais, evitando abuso e uso indevido.

b) Medidas técnicas:

Estabelecer padrões fortes de privacidade, avisos apropriados e interfaces amigáveis que empoderem o titular de dados a exercer, de forma efetiva, todos os seus direitos assegurados por lei, e que lhes deem absoluto controle sobre os seus dados pessoais.

Em outras palavras, os sete princípios fundamentais que formam o PbD devem permear toda a tecnologia, processos, cultura e governança da empresa, tornando-se parte indissociável de seu DNA.

Assim, diante da crescente valorização do direito humano fundamental à privacidade e da crescente fiscalização sobre a proteção de dados, as organizações que desejarem conquistar a confiança dos seus consumidores e parceiros, além de se destacar entre seus concorrentes, deverá investir na implementação de medidas técnicas e organizacionais que garantam todos os aspectos do *Privacy by Design*.

15 Idem.

9. METODOLOGIA PARA APLICAÇÃO DO *PRIVACY BY DESIGN*:

Para aplicação da metodologia *Privacy by Design* é importante que a empresa siga alguns passos¹⁶:

a) Realização de treinamentos:

Assim como acontece com outras metodologias, é preciso que haja um treinamento para a implementação do *Privacy by Design*.

Todos da empresa devem conhecer seus princípios e a necessidade da proteção de dados pessoais dos usuários.

A empresa deve elaborar seu próprio plano de treinamento, decidindo o que é relevante conforme as particularidades da companhia.

É preciso identificar quais informações são necessárias para cada setor e colaborador.

b) Atenção às regras de proteção:

Manter-se informado sobre as regras de proteção de dados.

É essencial saber quais categorias de dados pessoais serão processados pelo sistema.

Desse modo é possível determinar quais leis e regras são aplicáveis ao software que está sendo desenvolvido.

É de responsabilidade da empresa saber as exigências que se enquadram em seus produtos.

16 Equipe TOTVS. *Conheça a metodologia privacy by design e como aplicá-la*. Disponível em: <https://www.totvs.com/blog/negocios/privacy-by-design/>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

c) Realização de análise de risco:

É recomendado fazer um mapeamento dos dados pessoais que devem ser mantidos seguros, realizando também uma avaliação para saber quais informações estão vulneráveis a quais riscos.

Desse modo, fica mais simples saber como proteger esses dados.

d) Atenção ao *design*:

É importante assegurar que a proteção de dados está refletida no *design* do sistema.

Nesse caso, podem ser levadas em consideração as possíveis ameaças detectadas anteriormente, que servirão para que os requisitos do projeto guiem a forma como as características de todo o software devem ser desenvolvidas.

10. CONCLUSÃO

Vivenciamos um momento de transição para uma nova cultura de mercado, semelhante ao que vivemos com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, na qual os consumidores puderam exigir maior transparência com seus direitos e exigir que as empresas os respeitassem de forma integral e eficaz.

Em relação à privacidade, os próprios consumidores passaram a exigir maior transparência em relação a quais informações pessoais são coletadas, como são tratadas pelas empresas, além de exigirem maior poder de controle sobre a utilização de seus próprios dados.

Pesquisa realizada pela *Consumer Pulse 2019*¹⁷, mais de 75% dos

17 Disponível em: https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-110/Accenture-See-People-Not-Patterns.pdf. Acesso em: 17 de maio de 2023.

consumidores não estão confortáveis com a coleta de dados via microfone ou assistente de voz e 51% dizem que o número de anúncios invasivos está crescendo. “Quase um terço dos consumidores conhece alguma marca que foi “longe demais” e 69% deles deixariam de fazer negócios ou repensaria seu relacionamento com uma marca por causa disso”¹⁸.

Por sua vez, a *General Data Protection Regulation* - GDPR (Regulamento Geral de Proteção de Dados) foi uma das primeiras legislações a trazer dois princípios que passaram a ser relevantes na produção de aplicativos e outros serviços digitais dentro do contexto moderno de proteção de dados.

Trata-se do *Privacy by Design* e *Privacy by Default*, que permitem a adequada governança de dados.

Já no Brasil, antes mesmo da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a proteção à privacidade estava prevista na Constituição Federal de 1988, reforçadas pelo Código Civil de 2002, pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990 e pelo Marco Civil da Internet de 2014.

A ideia de *Privacy by Design* é incorporar salvaguardas de privacidade e dados pessoais, em todos os projetos desenvolvidos, não sendo permitido desenvolver nenhum projeto, produto ou serviço, sem que a proteção da privacidade esteja no centro desse desenvolvimento.

Portanto, a finalidade do *Privacy by Design* e *Privacy by Default* é contribuir para que as empresas incorporem essas metodologias em toda concepção de produto ou serviço, colocando a proteção da privacidade no centro de todo o desenvolvimento, incluindo essa ideia entre seus valores e balizando sua conduta ética.

18 Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/especialista/noomisblog/84-das-empresas-nao-estaoprontas-para-protoger-dados-pessoais>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. BEPPU, Ana Claudia. *Proteção de Dados Pessoais no Brasil – Uma visão a partir da Lei nº 13.709/2018*. Editora Fórum. São Paulo. 2019.

COTIS, Marcio. OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada*. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2019.

Equipe TOTVS. *Conheça a metodologia privacy by design e como aplicá-la*. Disponível em: <https://www.totvs.com/blog/negocios/privacy-by-design/>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 17 de maio de 2023.

MOIÑO, Javier Pérez. *See people, not patterns*. Disponível em: https://www.accenture.com/_acnmedia/PDF-110/Accenture-See-People-Not-Patterns.pdf. Acesso em: 17 de maio de 2023.

MOURA, Raissa. CABELLA, Daniela. FERRAZ, Lara. *Descomplicando Privacy by Design Um guia prático para implementar os 7 princípios fundamentais na sua empresa*. Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Privacidade%20-%20eBooks/Ebook-Descomplicando-PrivacyByDesign%2002.pdf?hsLang=pt-br>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

OLIVEIRA, Samanta. *LGPD: as diferenças entre o privacy by design e o privacy by default*. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/05/27/lgpd-diferencas-privacy-design-privacy-default/>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

O que significa “privacy by design” e qual a relação com a LGPD.

Disponível em: <https://ostec.blog/geral/privacy-by-design/>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

Privacy by Design e by Default: entenda a diferença. Disponível em:

<https://privacytech.com.br/noticias/privacy-by-design-e-by-default-entenda-a-diferenca.322343.jhtml>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

JURISPRUDÊNCIA

**TUTELA PROVISÓRIA
INCIDENTAL NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 7.331
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL -
PC DO B

ADV.(A/S): GUSTAVO TEIXEIRA GONET BRANCO

ADV.(A/S): FELIPE BOTELHO SILVA MAUAD

ADV.(A/S): ABEL BATISTA DE SANTANA FILHO

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ref. Petição 24.146/2023-STF (ID 4b37c8a3)

Trata-se de pedido de tutela provisória incidental formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, contra os incisos I e II do § 2º do art. 17 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), que estabelecem determinadas vedações para a indicação de integrantes dos conselhos de administração e das diretorias de empresas públicas, de sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

A agremiação partidária afirma, em síntese, o seguinte:

“Em que pese a inclusão da referida ação direta de inconstitucionalidade na pauta da Sessão Plenária Virtual iniciada em 10/03/2023, na qual o ilustre Relator proferiu voto julgando parcialmente procedentes os pedidos lá veiculados, o julgamento acabou suspenso em virtude de pedido de vista feito pelo Exmo. Ministro André Mendonça, retirando o processo da pauta da Sessão Virtual em comento pelo prazo de até 90 (noventa) dias, conforme previsão do art. 134 do RISTF.” (pág. 2 do documento eletrônico 33).

Prosegue, asseverando que,

“[...] durante esse período [90 dias] deverão ocorrer as eleições de administradores e os membros do conselho fiscal das sociedades de economia mista, **tendo em vista a previsão do art. 132, III, da Lei 6.404/76, que trata das sociedades por ações e estabelece o regime que sujeita as sociedades de economia mista, na forma do art. 5º da Lei das Estatais. Segundo aquele dispositivo, os administradores e os membros do conselho fiscal de tais pessoas jurídicas devem eleitos em assembleia geral até o fim do quarto mês seguinte ao do término do exercício social, ou seja,**

até o fim de abril, dado que o exercício social da maioria das empresas brasileira corresponde ao ano civil, terminando em 31 de dezembro.

[...]

O art. 133, V, da Lei das Sociedades Anônimas, por sua vez, estabelece que **os administradores devem comunicar, até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia-geral ordinária**, que se acham à disposição dos acionistas documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia, o que deve incluir, evidentemente, documentos relativos aos candidatos aos cargos de administração e conselhos a serem sufragados durante a assembleia, cuja participação de alguns cidadãos segue impedida em função da inconstitucional restrição ora denunciada. Considerando o dia

30 de abril de 2023 como data-limite para realização das Assembleias, os administradores deverão encaminhar os documentos relacionados à pauta até dia 30 de março de 2023, o que reforça a urgência da concessão da medida cautelar pleiteada” (págs. 4 e 6 do documento eletrônico 33; grifos no original).

Sustenta que

“[d]e acordo com esse cronograma apresentado, **as companhias têm, a contar de hoje, no máximo, 17 dias para concluir o processo de seleção**, com base nas melhores práticas de governança corporativa, *compliance* e integridade, indicados com experiência profissional, idoneidade moral, reputação ilibada e capacidade técnica compatível

com os respectivos cargo, o que evidencia o perigo na demora a fundamentar a concessão de medida cautelar.

Considerando que as referidas indicações devem observar requisitos de elegibilidade dos candidatos cuja inconstitucionalidade já fora devidamente reconhecida por este ilustre Relator, **há um manifesto *periculum in mora* a justificar a imediata concessão da medida cautelar pleiteada, ad referendum** do Plenário, sob o risco de que as indicações relativas ao exercício corrente sejam realizadas a partir de uma norma patentemente inconstitucional. Caso as indicações venham a ser realizadas sob a égide dos dispositivos impugnados, existe um **risco de grave e irreversível violação de direitos fundamentais de candidatos preteridos em razão de restrições manifestamente inconstitucionais**” (págs. 7 e 8 do documento eletrônico 33; grifos no original).

Ao final, requer que:

“[...] seja concedida a medida cautelar monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, conforme o permissivos do art. 10, §3º, da Lei nº 9.868/1999 e do art. 21, III, IV e V do RISTF, para suspender imediatamente a eficácia do art. 17, §2, I e II, da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), ao menos na parte em veda a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria das empresas estatais, ‘de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública’ e de pessoa que deixou de ser ‘participante

pante de estrutura decisória de partido político ou de trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral” (pág. 9 do documento eletrônico 33).

É o relatório. Decido.

No voto que proferi em Plenário Virtual, tive oportunidade de reconhecer, inicialmente, que a presente ação me foi distribuída por dependência à ADI 5.624/DF, de minha relatoria, na qual também foi questionada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei das Estatais.

Ainda, como observação preambular, lembro ter assinalado que algumas das relevantes questões trazidas na inicial daquele feito, apenas seriam

“[...] aprofundadas por ocasião do julgamento do mérito, notadamente quanto à competência legislativa da União para tal regramento no que tange às estatais pertencentes aos demais entes federativos e relativamente à aplicação da referida lei também às empresas que prestam serviço público, para além daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito.”

Acrescentei, ainda, que,

“[n]essa mesma perspectiva, penso que a análise de eventual vício de iniciativa na propositura da lei, bem como a questão relativa à conveniência política de sua edição não cabem neste momento processual. O mesmo diga-se quanto ao equilíbrio previsto pela lei entre simplificação dos procedimentos de contratação, inclusive quanto ao dever de licitar, e a instituição de maiores mecanismos de controle.”

Bem examinados os autos, verifico em juízo de cognição sumária que estão presentes os requisitos para o deferimento da medida cautelar pleiteada.

No âmbito da plausibilidade jurídica do pedido, o art. 173 da Constituição Federal prevê que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado será sempre excepcional, quer dizer, legitima-se apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Essa exploração poderá se dar pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mistas, bem como por meio de subsidiárias, as quais poderão desenvolver a produção ou a comercialização de bens ou a prestação de serviços.

Considerando, portanto, que a exploração de atividades econômicas foi reservada, pela Carta Magna, aos particulares, como expressão do direito à livre iniciativa, e tendo em conta que ao Estado só é dado intervir nesse âmbito de forma indireta, ou seja, na qualidade de agente normativo e regulador - salvo em circunstâncias excepcionais, como visto acima -, passo a fazer, na sequência, um exame mais detido do art. 173, § 1º, II, na redação que lhe deu a EC 19/1998.

O referido dispositivo constitucional estatuiu, no § 1º, que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, consignando, a seguir, que tal regramento disporia sobre:

- I - “sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Ao comentar tal preceito, José Afonso da Silva consigna que

“[a] Constituição atribui à lei ordinária o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, seja daquelas que explorem atividade econômica de produção e de comercialização de bens, como daquelas que prestem serviços. Entenda-se esta última cláusula: *empresas públicas e de economia mista que explorem a atividade econômica de prestação de serviços*. Trata-se, pois, da atividade do terceiro setor da economia, **não da prestação de serviços públicos**, que não é exploração de atividade econômica e nem pode estar sujeita aos condicionamentos do *caput* - imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definido em lei -, **pois que esses elementos são da essência dos serviços públicos**. O núcleo do dispositivo em análise consiste no estabelecimento do estatuto jurídico daquelas empresas estatais. Estatuto jurídico é um conjunto de normas que disciplinam o funcionamento dessas empresas, estatuinto sobre sua competência, área de atuação, direitos, deveres, ônus e obrigações. Mas o artigo em comentário já fornece um conteúdo essencial da lei, enumerando aspectos básicos da disciplina jurídica daquelas empresas, **tendo em vista especialmente seu tratamento igualitário em relação às empresas privadas, seu compromisso com a ética da atuação do Poder Público e a responsabilidade pela boa administração do patrimônio público**, já que, como empresas estatais, integram o patrimônio público estatal.”¹

1 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 718; grifei, itálico no original.

Quanto a tal questão, é pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que a lei que estabelece o estatuto jurídico das empresas estatais **somente alcança aquelas que exploram atividade econômica em sentido estrito**, conforme se depreende, por exemplo, da ementa a seguir transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA D DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

[...]

- 1. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.**
- Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito.
- 3. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se**

aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.” (ADI 1.642/MG, Rel. Min. Eros Grau; grifei).

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: RE 599.628/DF, Red. Min. Joaquim Barbosa, Tema 253 da Repercussão Geral; RE 596.729-AgR/SC, de minha relatoria; e RE 407.099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso.

No voto condutor desse último precedente, o relator consignou que

“[...] o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, **esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173 aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência - existindo monopólio, CF art. 177 - não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173**” (grifei).

Não obstante o consolidado entendimento jurisprudencial, nota-se, a partir da leitura do art. 1º da Lei 13.306/2016, que o legislador ordinário pretendeu elaborar um estatuto jurídico que abrangesse **todas** as empresas estatais, compreendendo, inclusive, os três níveis político-administrativos da Federação, estabelecendo que ela se aplica indistintamente a todas

“[...] que explore[m] atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos**” (grifei).

Marçal Justen Filho, no entanto, ensina que “[a] Lei das Estatais não alcança toda e qualquer entidade estatal prestadora de serviço público”, explicando o seguinte:

“[a] Lei 13.303/2016 não se aplica às sociedades estatais não empresárias, que não se subordinam à vedação constitucional de tratamento diferenciado em face da iniciativa privada. Essa categoria compreende, basicamente, algumas das sociedades estatais investidas na prestação de serviços públicos.”²

Tal assertiva é corroborada pela constatação segundo a qual os §§ 2º ao 7º do art. 1º da Lei das Estatais trazem disposições que reforçam o referido entendimento, como pode ser visto abaixo:

“§ 2º O disposto nos Capítulos I e II do Título II desta Lei aplica-se inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que explore atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.

§ 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei.

[...]

§ 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidi-

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 184 e 191.

árias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes [...].”

Delimitado, assim, o âmbito de incidência da Lei 13.303/2016, vale assinalar, por oportuno, que esse texto normativo, ao instituir o estatuto das empresas mencionadas no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, além de prescrever regras sobre licitações e contratos,

“[...] estabeleceu disposições obrigatórias sobre organização corporativa e provimento de cargos de comando, mercê de um movimento mundial de fortalecimento da governança corporativa e do *compliance* nas empresas em geral.

Esse fortalecimento passa pelo aprimoramento do conjunto normativo e estrutural das empresas estatais brasileiras, pela ampliação dos requisitos de transparência e de profissionalização dos respectivos quadros, além de, obviamente, exigir diretrizes adequadamente gerenciadas pelas entidades políticas controladoras.

A Lei 13.303/16, em obséquio às noções de *compliance* e de boa governança, estipulou uma série de políticas que se apresentam como diretrizes obrigatórias a serem observadas pelas empresas estatais. Tais políticas devem estar alinhadas às finalidades que justificaram a existência das empresas estatais, respeitando os demais sócios e financiadores.”³

A Lei das Estatais, portanto, incorporou ao nosso sistema jurídico inúmeras regras de governança corporativa, indiscutivelmente positivas,

3 FERRAZ, Luciano. *Compliance* nas empresas estatais. In: DAL POZZO, Augusto Neves e MARTINS, Ricardo Marcondes (Orgs.). *Compliance no Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. v. 1. p. 191-201.

que contribuem para conferir mais transparência, controle, previsibilidade e imparcialidade às atividades das empresas estatais a ela submetida.

Alexandre Santos de Aragão, a propósito, assinala que

“[o] Estatuto teve uma grande importância, contendo novereferências expressas ao instituto, espelhadas em dezenas de normas de transparência e publicidade, de auditorias interna e externa (ex.: arts. 9º, § 3º, e 24), de gestão de riscos (art.9º), Código de Conduta e Integridade (art. 9º, § 1º), membros independentes do conselho de administração (art. 22), metas para seus diretores (arts. 13, III; 18, IV; e 23), bem como de requisitos e vedações para a designação dos seus diretores e membros dos conselhos de administração e fiscal, visando a evitar a excessiva influência de interesses políticos sobre a administração das estatais, o que também tenderia a favorecer malversações de recursos (ex.: arts. 17 e 26), com um órgão específico para fiscalizar o atendimento a esses requisitos e vedações (art. 10) e limite de prazos para a ocupação da posição(art. 13, VI e VIII).

Vimos assim que o Estatuto reforça essa via de mão dupla entre a inserção de preocupações sociais e de moralidade, impessoalidade e eficiência na governança corporativa privada, e a adoção pela legislação do Estado sobre suas empresas de critérios e procedimentos oriundos originariamente da governança corporativa privada.”⁴

Diante dessas considerações, afigura-se conveniente confrontá-las com os incisos I e II do § 2º do art. 17, questionados nesta ação de controle concentrado, os quais tratam de proibições relativas à designação

4 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 188.

de diretores e membros dos conselhos de administração das empresas estatais, *verbis*:

“Art. 17. [...]

[...]

§ 2º É **vedada** a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

- de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;
- de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;” (grifei).

O *caput* do dispositivo supratranscrito, é bem verdade, estabeleceu inovações altamente moralizadoras quanto aos requisitos necessários à nomeação de administradores das empresas estatais, prescrevendo que estes “serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas a, b e c do inciso I, bem assim, de forma cumulativa, os requisitos dos incisos II e III”, a seguir transcritos:

I - “ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atu-

ação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;
2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;
3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.”

Como se nota, houve uma sensível ampliação das exigências para a nomeação dos administradores de tais empresas, em comparação com aquelas abrigadas nos arts. 142 a 152 da Lei 6.404/1976 (Lei das Socie-

dades Anônimas), texto normativo ao qual as estatais continuam submetidas, por força do art. 16 da Lei 13.303/2016. A expansão dos requisitos foi concebida, imagina-se, com o propósito de assegurar que a administração das empresas públicas e sociedades de economia mista seja levada a termo com o mais elevado grau de profissionalismo e eficiência.

Contudo, não obstante os bem-intencionados propósitos do legislador nesse aspecto, a Lei das Estatais, ao que tudo indica, foi muito além das limitações já positivadas no ordenamento jurídico, criando hipóteses de vedação à escolha de administradores “que funcionam como impedimento absoluto à nomeação”, segundo Fernão Justen Oliveira, fundado “no reconhecimento da titularidade de interesses em conflito, mesmo potencial, com os inerentes à empresa estatal”.⁵

É que essas proibições, além de não levarem em conta nenhum parâmetro de natureza técnica ou profissional com vistas a garantir a boa gestão das empresas estatais sob escrutínio, introduziram no texto legal preocupações alheias a tal âmbito.

Essa conclusão pode ser extraída do Parecer 1.188/2015,⁶ subscrito pelo relator do PLS 555/2015, Senador Tasso Jereissati, sobre as emendas apresentadas ao projeto de lei,⁷ do qual vale transcrever os excertos abaixo:

“Alteramos o inciso II do art. 16 para modificar as exigências de acesso para os membros do conselho de administração e

5 OLIVEIRA, Fernão Justen. Os Administradores das Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 141-169.

6 Págs. 184-185 do Diário do Senado Federal 205/2015 (17/12/2015). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159126&ts=1630412245090&disposition=inline>>. Acesso: jan 2023.

7 Após ser aprovado pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, foi transformado na Lei 13.303/2016

da diretoria, estabelecendo em 3 anos o tempo de experiência em cargo de direção ou chefia superior em empresa de mesmo porte ou de objeto social semelhante ao da respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista, ou cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 no setor público.

Foi acrescentado, no mesmo art. 16, o inciso IV, com o propósito de **trazer para o âmbito da legislação que rege as empresas estatais, os critérios adotados pela Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades), com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), como instrumentos moralizadores da administração pública.** Muito embora o caput do art. 16 já determine a necessidade de reputação ilibada, entendemos que o momento histórico recomenda a explicitação de determinadas condutas que, apesar de não exaustivas, **reafirmam a preocupação do legislador em zelar pelo princípio da moralidade.** A alínea a do § 2º do art. 16 foi alterada com a finalidade de estender a vedação da indicação para o conselho de administração e para a diretoria aos secretários estaduais e municipais, **contribuindo assim para a profissionalização da gestão, a redução de riscos de aparelhamento das empresas públicas e a prática de indicação de dirigentes públicos para compor conselhos de administração com o objetivo de lhes garantir remuneração extra.** Essa modificação, ademais, livra da vedação supramencionada servidores de carreira que, embora ocupantes de cargos em comissão, têm vínculo permanente com as estruturas do Estado e, em função disso, mereceram tratamento diferenciado” (grifei).

Em outra oportunidade, ao proferir o Parecer 205/2016-Plen, o mesmo Senador Tasso Jereissati fez as seguintes ponderações:

“E ficarão, Senador Renan, quatro pontos com relação aos quais nós não chegamos a um acordo, porque eu considerei como fundamental, pareceu fundamental para o projeto, para o centro, para o objetivo do projeto. Esses pontos já foram ditos aqui. **Um deles é a questão da proibição de ministros e políticos e cargos comissionados que não sejam de servidores públicos fazerem parte dos conselhos de administração de empresas.**

Esse é um ponto de que nós não abrimos mão, porque é **fundamental para a transformação da mentalidade de governança das empresas públicas ou das empresas mistas.** Não é apenas porque hoje se usa o conselho das estatais para complementação salarial de cargos comissionados e de ministros. Isso é o menos grave. O mais grave é desrespeitar aquilo que é o coração de um sistema de governança, o conselho de administração.

As pessoas, às vezes, Senador Aloysio, confundem muito gestão com governança. Gestão, o movimento de gestão, de administração, quem faz são os executivos. A governança, o controle e a avaliação da gestão são feitos pelo conselho. E **o conselho tem que ser tão bom ou melhor ou mais qualificado ou tão qualificado quanto a equipe de gestão.** No momento em que usa o conselho de administração, que é um órgão fundamental de gestão, para o simples preenchimento ou político [...] ou partidário ou com fim de complementação salarial, você já está destruindo um mecanismo fundamental de governança, que é o conselho de administração, fazendo com que aquilo que nós todos desejamos que

se encontre, a competência, a eficiência e a transparência das empresas estatais, os elementos dela sejam completamente destruídos.

Aí nós encontramos dois pontos de que discordamos. Um é o do conselho de administração, a proibição de participação de ministros e de cargos comissionadas. Aqui foi dado um exemplo, se não me engano, pelo Senador Lindbergh, que disse: ‘Não é possível que o ministro da fazenda não possa ser presidente do conselho do BNDES!’ Nada contra o fato em si, contra o fato de que o ministro da fazenda [...].

É simplesmente porque ele não tem tempo. O profissional de administração de conselho tem que ter tempo e dedicação, tem que estar totalmente envolvido naquele assunto, porque ele é responsável pela grande avaliação, pelas grandes estratégias e pela fiscalização de cada uma dessas empresas estatais. Se é um ministro, como nós já vimos um caso aqui, durante essa recente história do Brasil, no último ano [...].

E estamos repletos de casos como esses. A pessoa diz: ‘Eu era do conselho, mas não vi, eu não prestei atenção. Eu não pude ler determinado relatório.’ Claro que não pôde ler determinado relatório, porque é impossível fazer as duas coisas ao mesmo tempo. Então é pela preservação do conselho de administração como órgão sério, responsável e altamente qualificado que nós defendemos essa circunstância.

A outra colocação é feita também em relação aos partidos políticos. Nós defendemos que filiados a partidos políticos não participem da direção, para evitar que esses conselhos sejam partidarizados e que, ao invés de olhar, cada um deles, o bem da empresa, o

equilíbrio da empresa, a eficiência e a estratégia de longo prazo da empresa, eles estejam preocupados e representando situações político-partidárias que não têm nada a ver com a eficiência, com a gestão ou a administração daquela empresa.”⁸

Ocorre que as disposições questionadas nesta ação de controle concentrado de constitucionalidade, em que pesem as louváveis intenções do legislador, repita-se, cujo escopo foi o de evitar o suposto aparelhamento político das empresas estatais, bem assim o de imunizá-las contra influências espúrias, na verdade, acabaram por estabelecer discriminações desarrazoadas e desproporcionais – por isso mesmo inconstitucionais – contra aqueles que atuam, legitimamente, na esfera governamental ou partidária.

Para começar, elas violam frontalmente o princípio da isonomia e o preceito – basilar numa democracia – segundo o qual ninguém pode ser privado de direitos por motivo de convicção política, respectivamente abrangidos no *caput* e no inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Celso de Mello, acertadamente pontua, em sede acadêmica, que

“[a] liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades de pensamento. É nela que reside o fundamento de toda **a atividade político-partidário, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular.**”⁹

Como é notório, uma restrição de direitos de tal ordem somente po-

8 Pág. 66 do Diário do Senado Federal 28/2016 (16/3/2016) Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/20272?sequencia=66>>. Acesso: jan 2023; grifei.

9 MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 440; grifei.

deria ser estabelecida pelo próprio texto constitucional, conforme ocorre no caso dos magistrados (art. 95, parágrafo único, III, da CF), dos membros do Ministério Público brasileiro (art. 128, § 5º, II, da CF) e dos militares (art. 142, § 3º, V, da CF).

Cumpre lembrar, ainda, nessa linha de raciocínio, que partiu do próprio legislador constitucional a proibição imposta aos parlamentares de ocupar cargo, emprego ou função em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, inclusive, sob pena de perda do mandato (art. 54, I, *b* e II, *b*, da CF/1988).

As vedações impugnadas na inicial também vulneram a cláusula especial do direito à igualdade, consagrada na ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da CF/1988), a qual somente admite o estabelecimento de requisitos positivos de qualificação técnico-profissional compatíveis com o seu exercício.

Quanto à vedação da indicação de pessoa que, nos últimos 36 meses, tenha integrado a estrutura decisória de partido político ou participado em trabalho vinculado à organização, estruturação e realização de campanha eleitoral (art. 17, § 2º, II), entendo que tal prazo se mostra completamente desarrazoado, carecendo, ademais, de adequado fundamento na realidade fática, sobretudo quando comparado à proibição instituída em relação àquela que exerça cargo em organização sindical (art. 17, § 2º, II), para a qual a Lei das Estatais não estabeleceu nenhum prazo de desincompatibilização.

Aqui vale lembrar que o constituinte derivado - e só ele poderia fazê-lo - proibiu aos magistrados “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, **antes de decorridos três anos do afastamento do cargo** por aposentadoria ou exoneração” (art. 95, parágrafo único, V, na redação dada pela EC 45/2004; grifei).

Interessantemente, mesmo que em situações distintas, mas com propósitos semelhantes, a Lei 12.813/2013 também pressupõe a existência de conflito de interesse no tocante a pessoas que tenham exercido cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, **mas por um período bem inferior ao previsto na Lei das Estatais**, a saber, por apenas 6 meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria (art. 6º, II), quer dizer, menos de ¼ do prazo previsto no art. 17, § 2º, II desse último diploma normativo, e, mesmo assim, **admitindo seja ele desconsiderado** se houver autorização expressa da Comissão de Ética Pública ou da Controladoria-Geral da União.

Em outras palavras, a Lei 12.813/2013, além de fixar um prazo significativamente menor para a desincompatibilização, permite a análise, caso a caso, das distintas situações que ocorrem na multifacetada realidade fática, evidenciando, assim, que a presunção de conflito de interesse não pode ser absoluta e intransponível, como estabelecida na hipótese de Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais e de outros agentes públicos e privados indigitados na Lei 13.303/2016, mesmo que tenham a experiência e a aptidão exigidas pelo ordenamento jurídico para a gestão de empresas estatais, e não obstante sejam pessoas idôneas e de boa reputação.

A esse respeito, leciona Mario Engler Pinto Junior:

“Compreende-se a preocupação da Lei das Estatais em afastar do conselho de administração os agentes políticos que compõem a cúpula do Poder Executivo, a exemplo de ministros e secretários de Estado, além de outros ocupantes de cargos em comissão. **A solução, porém, pode ser questionada por seu radicalismo e sua parcialidade** na medida em que impede que um representante qualificado do acionista controlador tenha assento no órgão colegiado, ao mesmo tempo em que permite a participação de servidores de carreira da

administração pública e integrantes do quadro de pessoal da própria companhia.”¹⁰

Por oportuno, reputo necessário transcrever trecho da manifestação do Advogado-Geral da União, segundo a qual:

“[...] não se revela harmônico com os princípios da proporcionalidade e da isonomia, tampouco com a boa-fé objetiva norteadora dos atos jurídicos, a presunção de que ocupantes dos cargos mencionados no inc. I do § 2º do art. 17 comportar-se-ão em conflito com a lei ou com a Constituição ao desligarem-se das funções e passarem ao exercício de direção em empresa estatal.

[...]

Em relação ao inciso II do § 2º do art. 17, o qual prevê quarentena de 36 (trinta e seis meses) para indicação de pessoa que tomou parte de decisão de partido político ou trabalhou ativamente em campanha eleitoral, cumpre observar que não se pode, a priori, punir a participação político-partidária. Tem-se aqui também vituperado o direito fundamental à liberdade de expressão política, insculpido no inc. XIII do art. 5º da Lei Maior.

[...] não se verificam, ainda, nem a necessidade, nem a adequação da medida. Quanto à desnecessidade, porque aplicáveis ainda à espécie todos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, bem como disposições da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas); da

10 PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Um balanço da lei das estatais: conquistas e espaços de aprimoramento em matéria societária. In: *Empresas Estatais: Regime Jurídico e Experiência*. PINTO JÚNIOR, Mário Engler; MASTROBUONO, Cristina; MEGNA, Bruno (Org.), São Paulo: Almedina, 2022, p. 51; grifei.

Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), além da já referida Lei nº 12.813/2013, as quais reduzem a discricionariedade na gestão da empresa. Quanto à adequação, tais restrições teriam o efeito adverso de afastar, de pronto, potenciais quadros com alta qualificação e experiência para as funções diretivas das estatais” (págs. 13-20 do documento eletrônico 23).

É forçoso também destacar a manifestação do Procurador-Geral da República, no sentido da procedência do pedido, ao assinalar que

“[i]nterdita a Lei das Estatais [no inciso II do § 2º do art. 17] a indicação de pessoa que tomou parte de decisão de partido político ou que trabalhou ativamente em campanha eleitoral. A medida restritiva consubstancia espécie de punição pela participação político-partidária, com privação de direito em face de convicção política, que contraria o direito fundamental especialmente protegido pelo art. 5º, VIII, da CF.

[...]

O mesmo raciocínio há de ser aplicado à proibição inscrita no inciso I do § 2º do art. 17 da Lei das Estatais, de indicação de dirigente estatutário de partido político para os cargos de direção de empresas estatais. Quanto às demais autoridades alcançadas pela vedação inscrita no inciso I do § 2º do art. 17 da Lei das Estatais, cria a norma verdadeira causa de inabilitação do indivíduo para fazer parte da formação da vontade política e de participar da esfera pública em razão do mero exercício de determinados cargos políticos (ainda que licenciados) ou funções públicas.

[...]

Assim, sem prejuízo da responsabilização dos administradores da estatal e da própria pessoa jurídica, afigura-se inconstitucional, sob a perspectiva da ‘restrição tácita diretamente constitucional’, as vedações contidas no art. 17, §2º, I e II, da Lei 13.303/2016, uma vez que, havendo colisão entre direitos e valores jusfundamentais dignos de proteção constitucional, hão de preponderar aqueles a que a Constituição Federal conferiu maior espectro de proteção, como é o caso do direito à participação do indivíduo na vida político-partidária e na esfera pública e política do Estado” (págs. 14 a 16 do documento eletrônico 30) .

Dessa forma, a meu ver, os dispositivos legais impugnados ferem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, apesar de não encontrarem definição explícita na Constituição, decorrem implicitamente do preceito abrigado em seu art. 5º, LIV, de acordo com o qual “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para o Supremo Tribunal Federal, tais postulados exercem o importante papel de coibir atos administrativos ou legislativos extravagantes. Veja-se, a propósito, trecho da decisão proferida no RE 374.981/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, *litteris*:

“O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta

obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”

Em sede acadêmica, mais especificamente no âmbito do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello traz relevante aporte para a compreensão desses conceitos, afirmando que a razoabilidade, corresponde ao emprego de “critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, ao passo que a proporcionalidade exige que determinada ação seja exercida “na extensão e intensidade condizente com o cumprimento da finalidade pública à qual está atrelada”.¹¹

Para realçar a impropriedade das vedações impugnadas na presente ação, vale transcrever interessante observação formulada por Alexandre Santos de Aragão, na qual pondera que

“[...] mesmo técnicos muito competentes e empregados de carreira das estatais podem ser instrumentalizados por interesses subalternos externos, como foi o caso por exemplo do **que aconteceu na Petrobras como revelado pela Operação Lava Jato, em que os empregados responsáveis pelos atos apurados eram todos técnicos**

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111-113, grifei

de carreira. Sobre o tema, ver a reportagem de ‘O Globo’, de 02.07.2016, intitulada ‘**Nova Lei das Estatais não teria efeito na Petrobras.** Ex-diretores da Companhia condenados eram funcionários de carreira’.”¹²

Em complemento, assevera:

“A CVM, em decisão do colegiado de 27.12.2016, decidiu que os requisitos e vedações do art. 17 se aplicariam em sua totalidade necessariamente por identidade de razões, não só aos dirigentes das próprias estatais, como às indicações por estas feitas em empresas que não sejam estatais. Não podemos concordar com esta posição. **Concordamos que um agente que atua em nome do Estado deve sempre ter restrições** (não pode, por exemplo, indicar alguém sem preparo algum em empresa privada onde o estado é minoritário só porque é amigo do governador), mas daí a estender um conjunto de regras específicas e detalhistas feitas para outras situações, não é possível juridicamente. **Os princípios do caput do art. 37, CF, e as normas de abuso de controle já seriam suficientes para uma análise republicana caso a caso**, além do §7.º do art. 1.º do Estatuto das Estatais, talhada especificamente para as situações de participação minoritária de estatais em empresas privadas, se silenciar a respeito.”¹³

Logo, a alegação de que os dispositivos impugnados servem para reduzir o risco de captura da empresa estatal por interesses político-partidários ou sindicais, fator supostamente responsável por alguns casos notórios de corrupção, não se sustenta.

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 188 (nota de rodapé 68); grifei.

13 *Idem*, p. 298 (nota de rodapé 316); grifei.

Assim, ainda em juízo de cognição sumária, é possível antever que os dispositivos legais questionados, de um lado, mostram-se inadequados ou até mesmo ineficazes para atingir o propósito de impedir eventual desvio de finalidade ou malversação de recursos públicos, mediante uma alegada profissionalização da gestão de empresas estatais, revelando, por outro lado, evidente excesso na restrição de direitos dos distintos candidatos a gestores, mesmo porque existem meios menos gravosos para atingir o mesmo desiderato.

Com efeito, basta que sejam observadas as restrições constantes do art. 37 da Constituição e de outros diplomas normativos infraconstitucionais, a exemplo das já mencionadas Leis 6.404/1976 (Lei das S/A) e 12.813/2013 (Lei sobre conflito de interesses), bem assim a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), além daquelas constantes da própria Lei 13.303/2016, dentre outras, suficientemente aptas para reduzir a discricionariedade dos governantes na escolha dos administradores de empresas estatais.

Permito-me, ainda, acrescentar que tenho invocado reiteradas vezes, tanto em escritos doutrinários,¹⁴ quanto em votos e decisões, o princípio republicano, o qual configura “o núcleo essencial da Constituição”,¹⁵ a lhe garantir peculiar identidade estrutural, estando abrigado logo no art. 1º da Lei Maior.

Nessas minhas manifestações enfatizo que, na tradição republicana, há um núcleo principiológico que impõe aos cidadãos o dever de participar da vida pública, para que se engajem na busca de soluções comuns para os problemas que decorrem naturalmente da vida em sociedade.

14 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 100 (2005): 189-200.

15 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 349.

O republicanismo, portanto, valoriza a atuação de todos na gestão da coisa pública, “sendo a atividade política ‘a verdadeira seiva que anima a vida da sociedade’”.¹⁶ Por isso, penso que afastar indiscriminadamente pessoas que atuam na vida pública, seja na estrutura governamental, seja no âmbito partidário ou eleitoral, da gestão das empresas estatais, constitui discriminação odiosa e injustificável sob o ponto de vista do princípio republicano, nuclear de nossa Carta Magna.

Ademais, não custa lembrar que, no sistema presidencialista de governo (e mesmo no parlamentarista), quando os eleitores escolhem, por meio do voto, um certo candidato para representá-los na chefia do Executivo, pelo período correspondente a um mandato, sufragam também um determinado conjunto de valores constantes de seu programa político, os quais serão colocados prática mediante políticas públicas desenvolvidas por auxiliares que ele nomeia para os distintos cargos da administração estatal, direta e indireta. Por isso é que Geraldo Ataliba enfatiza: “[n]ão se pode cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia”.¹⁷

Dessa forma, a boa governança das empresas estatais e sociedades de economia mista, fundada em regras de integridade, transparência, prestação de contas e efetividade, por óbvio, é imperativa, desde que ancorada na Carta Magna e na legislação ordinária que a complementa, cujos preceitos - como não poderia deixar de ser - devem ser escrupulosamente observados.

Dito isso, embora ainda num exame prefacial, próprio das decisões cautelares, entendo que as disposições aqui combatidas não passam pelo teste da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como também não se mostram consentâneas com o texto constitucional.

16 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, “Protagonismo do STF é fenômeno passageiro. [Entrevista]”, *Revista Diálogos sobre Justiça* 1, n° 4 (2014): 11

17 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

Por fim, penso que, caracterizada a probabilidade do direito invocada no pedido de tutela provisória incidental, ficou devidamente evidenciado o requisito do perigo de lesão irreparável, conforme alegado pelo requerente, dada a proximidade da realização das assembleias gerais ordinárias para eleição de administradores e membros do conselho de administração das sociedades de economia mista, nos termos dos arts.

132, III e 133, V, da Lei das S/A, abaixo transcritos:

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

[...]

III - **eleger os administradores** e os membros do conselho fiscal, quando for o caso;

[...]

Art. 133. Os administradores devem comunicar, até **1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembléia- geral ordinária**, por anúncios publicados na forma prevista no artigo 124, que se acham à disposição dos acionistas:

[...]

V - demais documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia” (grifei).

Justifico. A eleição dos administradores deve ocorrer em assembleias gerais ordinárias - AGO, cuja realização é obrigatória até o fim do quarto mês subsequente ao término do exercício social - que, em regra, no Brasil, corresponde ao ano civil, com conclusão em 31 de dezembro - ou seja, tal prazo se encerra em 30 de abril.

Acrescente-se que as AGO também devem ser convocadas dentro de um prazo mínimo, conforme previsão dos arts. 124 e 133 da Lei das S/A e, no caso das companhias abertas, da Resolução CVM 81/2022 (*i.e.*, antecedência mínima de 1 mês da data de realização da assembleia geral), já indicando as informações específicas sobre os candidatos indicados para administração nos formulários de referência.¹⁸

Dessa forma, adotando-se o dia 30/4/2023 como data-limite para realização das assembleias gerais, as empresas estatais têm o exíguo prazo até 30/3/2023 para apresentar as informações referentes às eleições dos administradores e conselheiros. Conforme indicado pelo partido político requerente, “[d]e acordo com esse cronograma apresentado, as companhias têm, a contar de hoje, no máximo, 17 dias para concluir o processo de seleção” (pág. 7 do documento eletrônico 33), o que representa manifesto *periculum in mora* a justificar a concessão da medida cautelar pleiteada.

Em face do exposto, e considerando, especialmente, a excepcional urgência do pedido, concedo a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade da expressão “de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública”, constantes do inciso I do § 2º do art.17 da Lei 13.303/2016, até o definitivo julgamento desta ADI.

Confiro, ainda, liminarmente interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do art. 17 do referido diploma legal para afirmar que a vedação ali constante limita-se àquelas pessoas que **ainda participam** de estrutura decisória de partido político ou de trabalho vinculado à organização, estruturação e realização de campanha eleitoral, **sendo**

18 Conforme dispõe a Resolução CVM 59/2021, alterada pelas Resoluções CVM 87 e 168/2022.

vedada, contudo, a manutenção do vínculo partidário a partir do efetivo exercício no cargo, até o exame do mérito.

Solicite-se inclusão do referendo desta medida cautelar para julgamento no Plenário Virtual, nos termos do art. 21, V, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 58/2022.

Comunique-se com urgência. Publique-se.

Brasília, 16 de março de 2023.

Ministro **Ricardo Lewandowski**

Relator

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL Nº 2.182.745
- BA (2022/0241854-6)**

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO
E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E
AQUECIMENTO LTDA

ADVOGADOS : ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE
NOGUEIRA - SP139461 e JORGE OLIVEIRA
LACERDA DE LIMA - SP367966

AGRAVADO : DIANA FONSECA NORONHA

ADVOGADO : ANDRESSA APARECIDA JULIATTI
ZAMPROGNO - BA000901B

EMENTA

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA EM IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POSTERIORMENTE À DÍVIDA. EXCEÇÃO DO ART. 4º DA LEI 8.009/90 NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte: *“A aquisição de imóvel para moradia permanente da família, independentemente da pendência de ação executiva, sem que tenha havido alienação ou oneração de outros bens, não implica fraude à execução. O benefício da impenhorabilidade aos bens de família pode ser concedido ainda que o imóvel tenha sido adquirido no curso da demanda executiva, salvo na hipótese do art. 4º da Lei n. 8.009/90”* (REsp 573.018/PR, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, julgado em 9/12/2003, DJ de 14/6/2004, p. 235).
2. No caso, o eg. Tribunal Justiça, em sintonia com a jurisprudência do STJ, reconheceu a impenhorabilidade do bem de família da parte ora agravada, rechaçando a alegação do credor de incidência da exceção prevista no art. 4º, caput, da Lei 8.009/90, pelo fato de o bem ter sido adquirido pela devedora no curso da demanda executiva.
3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de abril de 2023 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL Nº 2.182.745
- BA (2022/0241854-6)**

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO
E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E
AQUECIMENTO LTDA

ADVOGADOS : ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE
NOGUEIRA - SP139461 e JORGE OLIVEIRA
LACERDA DE LIMA - SP367966

AGRAVADO : DIANA FONSECA NORONHA

ADVOGADO : ANDRESSA APARECIDA JULIATTI
ZAMPROGNO - BA000901B

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E AQUECIMENTO LTDA contra decisão de fls. 319/323 (e-STJ), complementada pela de fl. 337 (e-STJ), que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Nas razões do agravo interno, requer a agravante a reconsideração da decisão, alegando que a insurgência recursal da embargante, ora agravante, diz respeito ao afastamento da impenhorabilidade, *in casu*, com fundamento no art. 4º da Lei 8.009/90, e não art. 3º e respectivos incisos.

Reforça que visa ao afastamento da norma protetiva do bem de família, visto que o acórdão recorrido incorreu em flagrante violação aos referidos arts. 1º e 4º da Lei 8.009/90, justamente por conceder interpretação equivocada da subsunção da norma ao caso concreto, embora as premissas fáticas estejam corretamente delineadas e incontroversas, a saber: (i) “o imóvel objeto da penhora foi adquirido em 25/02/2015, em data posterior à da celebração do Contrato de Confissão de Dívida; (ii) o disposto no art. 4º da Lei 8.009/90 abrange os casos de má-fé; (iii) o imóvel penhorado, embora destinado à residência do devedor, sendo de luxo, permite a mitigação da regra da impenhorabilidade.

Busca ver reconhecido que o caso *sub judice* impõe o afastamento da norma protetiva disposta no art. 1º da Lei 8.009/90, em razão da incidência da exceção prevista no art. 4º do referido diploma legal, tendo em vista que o imóvel foi adquirido após a consumação da dívida, a qual provavelmente possibilitou essa aquisição em proveito da entidade familiar, configurando-se, assim, evidente abuso de direito e violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Reitera que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família deve ser ponderada com o princípio da boa-fé objetiva, de modo que não é resguardado pela intangibilidade do bem de família o devedor que aliena único imóvel em abuso de direito e má-fé.

A impugnação do presente recurso foi apresentada às fls. 356/357. É o relatório.

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL Nº 2.182.745
- BA (2022/0241854-6)**

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO
E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E
AQUECIMENTO LTDA

ADVOGADOS : ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE
NOGUEIRA - SP139461 JORGE OLIVEIRA
LACERDA DE LIMA - SP367966

AGRAVADO : DIANA FONSECA NORONHA

ADVOGADO : ANDRESSA APARECIDA JULIATTI
ZAMPROGNO - BA000901B

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Conforme delimitado na decisão agravada, RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E AQUECIMENTO LTDA interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA EM IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA LEGAL. IMPENHORABILIDADE. DIREITO À MORADIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POSTERIORMENTE À DÍVIDA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. COMPRA ANTERIOR À CITAÇÃO NO PROCESSO EXECUTIVO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO DEMONSTRADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.715 DO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA. NECESSIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não foram opostos embargos de declaração.

O recurso especial é oriundo de agravo de instrumento interposto por DIANA FONSECA NORONHA, ora agravada, contra decisão proferida nos autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0301013-72.2012.8.05.0150, movida por RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E AQUECIMENTO LTDA, ora agravante, que determinou a penhora do imóvel localizado no Condomínio Vita, Rua Francisco das Mercês, nº 914, Buraquinho, Lauro de Freitas/BA.

O Tribunal *a quo* deu provimento ao agravo de instrumento, reco-

nhecendo a impenhorabilidade do bem, por se constituir bem de família.

Nas razões do recurso especial, sustenta a recorrente, ora agravante, que o Tribunal a quo violou a exceção prevista no art. 4º da Lei 8.009/90, referente à penhora sobre bem de família, uma vez que o imóvel fora adquirido pela devedora após ajuizada a ação de execução de origem, distribuída em 3/12/2012.

O invocado art. 4º tem a seguinte redação:

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Sobre o tema, o eg. Tribunal de Justiça assim se pronunciou, *in verbis*:

“Como visto, o imóvel residencial da entidade familiar é impenhorável, estando isento de responder por qualquer tipo de dívida.

Volvendo-se ao caso concreto tem-se que a agravante demonstrou que o imóvel objeto de penhora pelo juízo encontra-se sob a sua propriedade desde 25/02/2015, conforme Certidão do Registro de Imóveis de Lauro de Lauro de Freitas (ids. 19467389 e 19437407). A recor-

rente apresentou, ainda, fatura de consumo de energia elétrica em seu nome, demonstrando residência no local, o que também é comprovado por ter sido este o endereço de citação da executada no processo de origem (id. 19467254). Por fim, a agravante colacionou aos autos documentos relativos ao seu núcleo familiar, tendo apresentado certidões de nascimento de dois filhos menores, nascidos em 2008 e 2011 (id. 19467352 e 19467359, respectivamente).

(...)

Assim, a permanência da recorrente no imóvel e a impenhorabilidade do bem de família materializa o direito de moradia, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

A impenhorabilidade prevista pela Lei 8.009/90 não é absoluta, tendo a própria legislação de regência estabelecido as situações de afastamento da regra geral. Todavia a situação da recorrente não se enquadra em nenhuma das exceções previstas pelo rol do art. 3º da referida lei:

(...)

Com efeito, a exequente alega que por ter o imóvel objeto da penhora sido adquirido em data posterior ao débito perseguido, haveria ciência do estado de insolvência da executada, o que configuraria fraude à execução e má-fé.

Sem razão a recorrida.

Inicialmente deve ser observado que o art. 4º da Lei 8.009/90 cuida das hipóteses em que o devedor, já pos-

suindo imóvel caracterizado como bem de família, adquire bem mais valioso. Não restou demonstrado nos autos ser este o caso, tratando-se, em princípio, da aquisição do primeiro imóvel residencial.

Outrossim, é cediço que a boa-fé é presumida e a má-fé deve ser provada, o que não ocorreu no caso concreto. Muito embora o bem tenha sido adquirido posteriormente ao débito perseguido, não é possível imputar à agravante a realização de ato voluntário de fraude à execução, tampouco havendo prova de má-fé da devedora.

Isto porque a mera existência de débito não implica em insolvência. A credora não engendrou qualquer esforço na localização de outros bens dos devedores que pudessem garantir a execução, tendo se direcionado diretamente para a penhora do bem imóvel.

Por outro lado, em que pese o art. 1.715 do Código Civil afastar a proteção do bem de família quanto às dívidas posteriores à sua instituição, o referido dispositivo é voltado unicamente para os bens de família voluntários, não sendo aplicável o regramento aos bens de família legais. Assim orienta-se a jurisprudência:

(...)

Por fim, merece destaque o fato de que a aquisição do bem de família fora realizada em 25/02/2015 (id. 19467389), apenas tendo a citação no processo de origem apenas sido efetivada em 18/07/2017 (id. 19467258), posteriormente à aquisição do imóvel residencial. Assim, tendo a compra do imóvel sido anterior à citação na demanda executiva, não é possível cogitar

a ocorrência de hipótese de fraude à execução.” (e-STJ, fls. 121/124, destaques acrescidos)

Extrai-se dos trechos supratranscritos que o Tribunal *a quo*, analisando todo o arcabouço probatório apresentado, reconheceu o caráter de bem de família do imóvel penhorado, determinando fosse retirada a constrição, afastando a hipótese de má-fé do adquirente do imóvel.

As regras que estabelecem hipóteses de impenhorabilidade não são absolutas. O próprio art. 3º da Lei 8.009/90 prevê uma série de exceções à impenhorabilidade, não apontando, a parte recorrente, para a ocorrência de quaisquer destas. Tampouco seria a hipótese de aplicação da norma prevista no art. 4º da Lei em destaque, uma vez que não comprovada a insolvência, nem a má-fé da devedora, conforme salientado no v. acórdão recorrido.

Sobre o tema, vale destacar o seguinte precedente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA.

1. A proteção conferida ao instituto de bem de família é princípio concernente às questões de ordem pública, não se admitindo nem mesmo a renúncia por seu titular do benefício conferido pela lei, sendo possível, inclusive, a desconstituição de penhora anteriormente feita.
2. A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que o benefício conferido pela Lei 8.009/90 trata-se de norma cogente, que contém princípio de ordem pública, e sua incidência somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita no art. 3º da Lei 8.009/90, o que não é o caso dos autos.

3. A finalidade da Lei 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo, motivo pelo qual as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem receber interpretação restritiva.
4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 537.034/MS, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 1º/10/2014)

Demais disso, a aquisição do imóvel posteriormente à dívida não configura, por si só, fraude à execução, tampouco afasta proteção conferida ao bem de família, conforme firme entendimento do STJ sobre o tema:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. AQUISIÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA DURANTE O CURSO DA AÇÃO EXECUTIVA. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO.

A aquisição de imóvel para moradia permanente da família, independentemente da pendência de ação executiva, sem que tenha havido alienação ou oneração de outros bens, não implica fraude à execução.

O benefício da impenhorabilidade aos bens de família pode ser concedido ainda que o imóvel tenha sido adquirido no curso da demanda executiva, salvo na hipótese do art. 4º da Lei n. 8.009/90, não ocorrente na hipótese. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 573.018/PR, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 9/12/2003, DJ de 14/6/2004, p. 235)

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. BEM DE FAMÍLIA LEGAL E CONVENCIONAL. COEXISTÊNCIA E PARTICULARIDADES. BEM DE FAMÍLIA LEGAL. OBRIGAÇÕES PREEXISTENTES À AQUISIÇÃO DO BEM. BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL. OBRIGAÇÕES POSTERIORES À INSTITUIÇÃO.

1. O bem de família legal (Lei n. 8.009/1990) e o convencional (Código Civil) coexistem no ordenamento jurídico, harmoniosamente. A disciplina legal tem como instituidor o próprio Estado e volta-se para o sujeito de direito - entidade familiar -, pretendendo resguardar-lhe a dignidade por meio da proteção do imóvel que lhe sirva de residência. O bem de família convencional, decorrente da vontade do instituidor, objetiva, primordialmente, a proteção do patrimônio contra eventual execução forçada de dívidas do proprietário do bem.
2. O bem de família legal dispensa a realização de ato jurídico, bastando para sua formalização que o imóvel se destine à residência familiar. Por sua vez, para o voluntário, o Código Civil condiciona a validade da escolha do imóvel à formalização por escritura pública e à circunstância de que seu valor não ultrapasse 1/3 do patrimônio líquido existente no momento da afetação.
3. Nos termos da Lei n. 8.009/1990, para que a impenhorabilidade tenha validade, além de ser utilizado como residência pela entidade familiar, o imóvel será sempre o de menor valor, caso o beneficiário possua outros. Já na hipótese convencional, esse requisito é dispensável e o valor do imóvel é considerado apenas em relação ao patrimônio total em que inserido o bem.

4. Nas situações em que o sujeito possua mais de um bem imóvel em que resida, a impenhorabilidade poderá incidir sobre imóvel de maior valor caso tenha sido instituído, formalmente, como bem de família, no Registro de Imóveis (art. 1.711, CC/2002) ou, caso não haja instituição voluntária formal, automaticamente, a impenhorabilidade recairá sobre o imóvel de menor valor (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/1990).
5. Para o bem de família instituído nos moldes da Lei n. 8.009/1990, a proteção conferida pelo instituto alcançará todas as obrigações do devedor indistintamente, ainda que o imóvel tenha sido adquirido no curso de uma demanda executiva. Por sua vez, a impenhorabilidade convencional é relativa, uma vez que o imóvel apenas estará protegido da execução por dívidas subseqüentes à sua constituição, não servindo às obrigações existentes no momento de seu gravame.
6. Recurso especial não provido.”

(REsp 1.792.265/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 14/3/2022)

Acrescente-se que a regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 deve ser examinada à luz do princípio da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio. Nesse contexto, não caracterizada fraude à execução no presente caso, não há como alterar o acórdão recorrido, que não reconheceu evidente abuso de direito ou má-fé.

Forçoso reconhecer que o acórdão recorrido se alinha à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, devendo ser mantido pe-

los seus próprios fundamentos, não tendo a agravante trazido fundamentos que pudessem infirmar a decisão ora agravada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2022/0241854-6

PROCESSO ELETRÔNICO: AgInt nos EDcl no AREsp 2.182.745 /BA

Número Origem: 80052497720208050000

PAUTA: 18/04/2023

JULGADO: 18/04/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE AR CONDICIONADO E AQUECIMENTO LTDA

ADVOGADOS : ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA - SP139461 e JORGE OLIVEIRA LACERDA DE LIMA - SP367966

AGRAVADO : DIANA FONSECA NORONHA

ADVOGADO : ANDRESSA APARECIDA JULIA TTI
ZAMPROGNO - BA000901B

ASSUNTO : DIREITO CIVIL - Obrigações - Títulos de Crédito

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : RHEEM DO BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ARCONDICIONADO E AQUECIMENTO LTDA

ADVOGADOS : ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA - SP139461 e JORGE OLIVEIRA LACERDA DE LIMA - SP367966

AGRAVADO : DIANA FONSECA NORONHA

ADVOGADO : ANDRESSA APARECIDA JULIA TTI
ZAMPROGNO - BA000901B

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

**RECURSO ESPECIAL Nº 2.025.303
- DF (2022/ 0283433-0)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : JOAQUIM MOREIRA MELO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO
DISTRITO FEDERAL - CURADOR ESPECIAL

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : LOUISE RAINER PEREIRA
GIONEDIS - DF038706 e KATIA MARQUES
FERREIRA - DF030744

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONFIGURADA. NULIDADE PREJUDICADA. CELERIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. EFETIVIDADE. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. TEORIA DA CAUSA MADURA. DEVEDOR. BENS NÃO ENCONTRADOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CONFIRMADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.195/2021. ALTERAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. “EXTINÇÃO SEM ÔNUS”. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO.

1. Execução de título extrajudicial, ajuizada em 6/11/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 6/7/2022 e concluso ao gabinete em 22/9/2022.
2. O propósito recursal consiste em definir se, após a alteração do art. 921, §5º, do CPC/15, promovida pela Lei nº 14.195/2021, o reconhecimento da prescrição intercorrente e a consequente extinção do processo obstam a condenação da parte que deu causa à ação ao pagamento de honorários sucumbenciais.
3. A jurisprudência desta Corte pacificou-se em relação à aplicação do princípio da causalidade para o arbitramento de honorários advocatícios quando da extinção do processo em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente (art. 85, §10º, do CPC/15).
4. Todavia, após a alteração promovida pela Lei nº 14.195/2021, publicada em 26/8/2021, faz-se necessário rever tal posicionamento, uma vez que o §5º do art. 921 do CPC/15 dispõe expressamente que não serão imputados quaisquer ônus às partes quando reconhecida referida prescrição.

5. Nas hipóteses em que extinto o processo com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, é de ser reconhecida a ausência de ônus às partes, a importar condenação nenhuma em custas e honorários sucumbenciais.
6. A legislação que versa sobre honorários advocatícios possui natureza híbrida (material-processual), de modo que o marco temporal para a aplicação das novas regras sucumbenciais deve ser a data de prolação da sentença (ou ato jurisdicional equivalente, quando diante de processo de competência originária de Tribunal).
7. Hipótese em que a sentença extinguiu o processo em 4/10/2021, ante o reconhecimento da prescrição intercorrente, e o executado/recorrente foi condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais, quando do julgamento da apelação do exequente/recorrido.
8. Recurso especial conhecido e provido para afastar a condenação em honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

**RECURSO ESPECIAL Nº 2.025.303
- DF (2022/ 0283433-0)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : JOAQUIM MOREIRA MELO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO
DISTRITO FEDERAL - CURADOR ESPECIAL

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : LOUISE RAINER PEREIRA
GIONEDIS - DF038706 e KATIA MARQUES
FERREIRA - DF030744

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por JOAQUIM MOREIRA MELO, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJDFT.

Recurso especial interposto em: 6/7/2022.

Concluso ao gabinete em: 22/9/2022.

Ação: execução de título extrajudicial, movida por BANCO DO BRASIL S/A em face de JOAQUIM MOREIRA MELO.

Sentença: julgou prescrita a pretensão para recebimento do crédito em execução e, por consequência, extinguiu o processo com resolução de mérito (e-STJ fls. 136-137).

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrido, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. RETOMADA AUTOMÁTICA DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CONFIGURADA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. O artigo 921, III e §1º, do Código de Processo Civil, prevê a suspensão da execução pelo prazo de 1 (um) ano, quando o executado não possuir bens penhoráveis, período durante o qual ficará suspenso também o prazo prescricional.

2. Decorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução, sem manifestação do exequente, inicia-se automaticamente o decurso do prazo da prescrição intercorrente (Enunciado n.º 195 Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC).
3. O título extrajudicial que dá lastro a execução, no caso, é a cédula de crédito bancário, que tem prazo prescricional de 3 (três) anos, contados do vencimento (artigo 70 da Lei Uniforme de Genebra).
4. Decorrido lapso temporal superior a 3 (três) anos, após a retomada automática do prazo prescricional, com o fim da suspensão promovida pelo artigo 921, §1º, do Código de Processo Civil, resta configurada a prescrição intercorrente.
5. À luz do princípio da causalidade, extinta a execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios devem ser integralmente arcados pela parte executada que, ao inadimplir a obrigação, deu causa ao processo.
6. Recurso conhecido e parcialmente provido. (e-STJ fls. 186-200)

Embargos de Declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 489, §1º, 921, §5º, e 1.022, II, do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial.

Sustenta não ser cabível a fixação de honorários sucumbenciais quando declarada a prescrição intercorrente e extinto o processo, nos termos do art. 921, §5º, do CPC/15, alterado pela Lei nº 14.195/2021.

Refere que a sentença foi prolatada em 4/10/2021, quando já estava em vigor a nova legislação, publicada em 27/8/2021.

Aduz que, por se tratar de norma processual, sua aplicação é imediata.

Pugna pelo afastamento da condenação em honorários sucumbenciais.

Pleiteia, por fim, a reforma do julgado e a condenação do recorrido aos respectivos honorários, sob o fundamento de que a isenção do ônus prevista pela legislação foi específica para a atuação em primeiro grau.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJDFT admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 299-300).

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 2.025.303
- DF (2022/ 0283433-0)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : JOAQUIM MOREIRA MELO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO
DISTRITO FEDERAL - CURADOR ESPECIAL

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : LOUISE RAINER PEREIRA
GIONEDIS - DF038706 e KATIA MARQUES
FERREIRA - DF030744

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONFIGURADA. NULIDADE PREJUDICADA. CELERIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. EFETIVIDADE. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. TEORIA DA CAUSA MADURA. DEVEDOR. BENS NÃO ENCONTRADOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CONFIRMADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.195/2021. ALTERAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. “EXTINÇÃO SEM ÔNUS”. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO.

1. Execução de título extrajudicial, ajuizada em 6/11/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 6/7/2022 e concluso ao gabinete em 22/9/2022.
2. O propósito recursal consiste em definir se, após a alteração do art. 921, §5º, do CPC/15, promovida pela Lei nº 14.195/2021, o reconhecimento da prescrição intercorrente e a consequente extinção do processo obstam a condenação da parte que deu causa à ação ao pagamento de honorários sucumbenciais.
3. A jurisprudência desta Corte pacificou-se em relação à aplicação do princípio da causalidade para o arbitramento de honorários advocatícios quando da extinção do processo em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente (art. 85, §10º, do CPC/15).
4. Todavia, após a alteração promovida pela Lei nº 14.195/2021, publicada em 26/8/2021, faz-se necessário rever tal posicionamento, uma vez que o §5º do art. 921 do CPC/15 dispõe expressamente que não serão imputados

quaisquer ônus às partes quando reconhecida referida prescrição.

5. Nas hipóteses em que extinto o processo com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, é de ser reconhecida a ausência de ônus às partes, a importar condenação nenhuma em custas e honorários sucumbenciais.
6. A legislação que versa sobre honorários advocatícios possui natureza híbrida (material-processual), de modo que o marco temporal para a aplicação das novas regras sucumbenciais deve ser a data de prolação da sentença (ou ato jurisdicional equivalente, quando diante de processo de competência originária de Tribunal).
7. Hipótese em que a sentença extinguiu o processo em 4/10/2021, ante o reconhecimento da prescrição intercorrente, e o executado/recorrente foi condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais, quando do julgamento da apelação do exequente/recorrido.
8. Recurso especial conhecido e provido para afastar a condenação em honorários advocatícios.

**RECURSO ESPECIAL Nº 2.025.303
- DF (2022/ 0283433-0)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : JOAQUIM MOREIRA MELO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO
DISTRITO FEDERAL - CURADOR ESPECIAL

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : LOUISE RAINER PEREIRA
GIONEDIS - DF038706 e KATIA MARQUES
FERREIRA - DF030744

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora) :

O propósito recursal consiste em definir se, após a alteração do art. 921, §5º, do CPC/15, promovida pela Lei nº 14.195/2021, o reconhecimento da prescrição intercorrente e a consequente extinção do processo obstam a condenação da parte que deu causa à ação ao pagamento de honorários sucumbenciais.

1. DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que não há ofensa aos arts. 489, §1º, e 1.022, II, do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte. A propósito, confira-se: AgInt no REsp 1.726.592/MT, 3ª Turma, DJe 31/8/2020 e AgInt no AREsp 1.518.178/MG, 4ª Turma, DJe 16/3/2020.
2. No particular, todavia, há omissão no acórdão recorrido, porquanto o Tribunal local nada menciona acerca das alterações promovidas no art. 921, §5º, do CPC/15 pela Lei nº 14.195/2021, no que tange aos honorários sucumbenciais, não obstante a oposição de embargos pelo recorrente (e-STJ fl. 204-212).
3. Ainda que verificada referida omissão, as circunstâncias específicas dos autos permitem que tal vício seja suplantado, a fim de que se adentre no mérito da irresignação e se aplique o direito à espécie, por força da incidência dos princípios da celeridade, economia processual, efetividade da jurisdição e primazia do julgamento de mérito (art.

5º, LXXVIII, da CF/88 e arts. 4º, 6º e 139, IX, do CPC/15). Mostra-se, portanto, prescindível a decretação de nulidade do acórdão e o consequente retorno dos autos à origem (REsp 1955551/SP, 3ª Turma, DJe 31/3/2022).

4. Com atenção ao exposto, considerando que a matéria devolvida à apreciação desta Corte está prequestionada (art. 1.025 do CPC/15), passa-se diretamente ao exame das questões de fundo, ficando prejudicada a nulidade do acórdão recorrido em virtude da violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/15.

2. DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS APÓS A LEI Nº 14.195/ 2021

5. A Lei nº 14.195/2021, originada da conversão da Medida Provisória 1.040/2021, alterou substancialmente o conteúdo e o procedimento a ser adotado para o reconhecimento da prescrição intercorrente. Após sua entrada em vigor, quando não localizado o executado ou bens penhoráveis, o processo e o prazo prescricional são suspensos somente uma vez e pelo prazo máximo de 1 ano (art. 921, III, e §§ 2º e 4º, do CPC/15).
6. Dessa maneira, a prescrição não é mais motivada apenas pela inércia do exequente, seja em encontrar bens penhoráveis, seja em solicitar a prorrogação do prazo suspensivo, mas também pela ausência de localização do executado ou de bens sujeitos à penhora.
7. Em relação ao reconhecimento da prescrição, a redação do art. 921, §5º, do CPC/15 assim previa: “o juiz, depois

de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o §4º e extinguir o processo” (Revogado).

8. À luz da revogada disposição, com o reconhecimento da prescrição intercorrente e a extinção do processo, o debate acerca da responsabilidade pelo pagamento dos ônus processuais chegou até esta Corte. A jurisprudência, no ponto, pacificou-se em relação à aplicação do princípio da causalidade (art. 85, §10º, do CPC/15).
9. Assim, embora não localizados bens penhoráveis do executado, entendeu-se que este, ao não quitar seus débitos, motivou o ajuizamento do processo, razão pela qual era condenado ao pagamento de custas processuais e honorários, em favor do patrono do exequente. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM DESFAVOR DA PARTE EXEQUENTE. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do processo executivo, ante o reconhecimento da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis, não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente. Precedentes.
2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AgInt no AREsp n. 2.084.606/MS, 3ª Turma, DJe de 14/9/2022)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DO EXEQUENTE.

1. Em face do princípio da causalidade, não se justifica a imposição de sucumbência ao exequente, frustrado em seu direito de crédito, em razão de prescrição intercorrente. Isso porque quem deu causa ao ajuizamento da execução foi o devedor que não cumpriu a obrigação de satisfazer dívida líquida e certa. Precedentes.
2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 2.061.179/PR, 4ª Turma, DJe de 26/8/2022)

10. Não obstante o posicionamento, ao qual se filiou anteriormente, sobreveio modificação no art. 921, §5º, do CPC/15 com a Lei nº 14.195/2021.

11. Atualmente, o parágrafo assim dispõe:

Art. 921: § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição no curso do processo e extingui-lo, sem ônus para as partes. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021) (grifou-se)

12. A *novel* disposição é categórica: o reconhecimento da prescrição intercorrente acarreta a extinção do processo sem quaisquer ônus para as partes, seja exequente, seja executada.

13. Vislumbra-se, pois, hipótese singular: há processo, mas não há condenação em custas e honorários.

14. Também nesse sentido se manifesta a doutrina: “o CPC no momento traz uma situação inédita em que não há honorários para quaisquer das partes: no caso de extinção pela prescrição intercorrente, não haverá ‘ônus para as partes’; ou seja, nenhuma parte pagará honorários ao patrono da outra - ou custas. Assim, simplesmente não há fixação de honorários, seja pela sucumbência, seja pela causalidade” (GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre V.; [et al]. *Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]*. São Paulo: Grupo GEN, 2022).

15. Em relação ao tema, Daniel Neves ensina que “a Lei 14.195/2021 passou a prever no dispositivo legal a inexistência de ônus às partes na hipótese de extinção por prescrição intercorrente. Trata-se de previsão que afasta a aplicação à hipótese da regra de sucumbência, impedindo que o exequente, mesmo tendo sucumbido, seja condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios. Por outro lado, isenta também o executado de tais pagamentos, o que, ao menos quanto às custas processuais, onera o exequente” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 920-921).

16. Assim, a despeito de eventuais críticas relacionadas ao aspecto topográfico do respectivo diploma (no art. 921, que versa sobre suspensão, e não no art. 85, que trata sobre honorários), ou em relação à sua suposta inconstitucionalidade (LUCON, Paulo Henrique S.; BUENO, Cassio Scarpinella; ARSUFFI, Arthur F. *Parecer do IBDP acerca da inconstitucionalidade da Lei Federal 14.195/2021 apresentado na ADI 7.005*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 327, ano 47, p. 17-39, mai. 2022), interpretação em sentido contrário seria verdadeira exegese *contra legem*.

17. Sobre o ponto, inclusive, informa-se que tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.005/DF, por meio da qual, entre outras pretensões, postula-se a inconstitucionalidade formal e material do

art. 44 da Lei nº 14.195/2021 (que dispõe sobre as alterações acerca da prescrição intercorrente). Referida ADI encontra-se, desde 25/3/2022, concluída para o julgamento do Min. Relator Roberto Barroso.

18. Dessa forma, enquanto eventual inconstitucionalidade não for declarada, deve imperar a interpretação coerente com a legislação ora vigente.

19. Ainda, para a devida fixação da tese jurídica, importa considerar o tema sob a ótica do direito intertemporal e estabelecer a partir de quando a referida norma terá aplicabilidade.

20. Nos termos do art. 58, *caput* e V, da Lei nº 14.195/21, o diploma legal entrou em vigor na data de sua publicação, em 26/8/2021, e as alterações promovidas no artigo supramencionado começaram a produzir efeitos também no mesmo momento.

21. Quanto ao ponto, esta Corte já apreciou questão similar ao comparar os regramentos do CPC/73 e CPC/15 no que tange aos honorários sucumbenciais.

22. Quando do debate, assentou-se a premissa de que a legislação que trata de honorários advocatícios possui natureza híbrida (material-processual), uma vez que tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Assim sendo, não se mostra possível sua aplicação imediata e irrestrita aos processos em curso (REsp 1113175/DF, Corte Especial, DJe 7/8/2012).

23. No ponto, porém, firmou-se entendimento no sentido de que o marco temporal para a aplicação das regras sucumbenciais do novo diploma deve ser a data da prolação da sentença (ou ato jurisdicional equivalente, quando diante de processo de competência originária de Tribunal). Isso porque, tais atos correspondem ao “nascido do direito à percepção dos honorários advocatícios” (EAREsp n. 1.255.986/PR, Corte Especial, DJe 6/5/2019).

24. Nesse sentido: SEC 14.385/EX, Corte Especial, DJe 21/8/2018; EDcl na MC 17.411/DF, Corte Especial, DJe 27/11/2017; REsp 1649720/RS, 2ª Turma, DJe 30/10/2017; REsp 1465535/SP, 4ª Turma, DJe 22/8/2016.

25. Antes da prolação da sentença, destarte, a parte tem apenas a expectativa do direito (REsp 729.021/RS, 4ª Turma, DJe 6/2/2015 e REsp 1133638/SP, 3ª Turma DJe 20/8/2013).

26. No mais, importa salientar que o marco temporal fixado é unicamente para a análise dos honorários, e não para a averiguação da própria prescrição intercorrente – que não é objeto do presente recurso especial.

27. Em síntese, nas hipóteses em que prolatada sentença de extinção do processo com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente com fundamento no art. 921, III, §5º, do CPC/15, após 26/8/2021, é de ser reconhecida a ausência de ônus às partes, a importar condenação nenhuma em custas e honorários sucumbenciais.

3. DA HIPÓTESE DOS AUTOS

28. Conforme se depreende dos autos, o recorrido/exequente ingressou com execução de título extrajudicial em face do recorrente/executado, a qual foi extinta com julgamento de mérito, ante o reconhecimento da prescrição intercorrente.

29. O juízo de primeiro grau prolatou sentença em 4/10/2021, na qual deixou de fixar condenação ao pagamento de honorários advocatícios, com fundamento no art. 921, §5º, do CPC/15.

30. Interposta apelação pelo recorrido/exequente, deu-se parcial provimento para reformar parcialmente a sentença e, mantendo a extinção do processo, condenar o recorrente/executado ao pagamento de honorários advocatícios, com fundamento no princípio da causalidade (art. 85, §10º, do CPC/15), nos seguintes termos:

“Por outro lado, merece reforma a sentença quanto à ausência de condenação dos apelados/executados ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte exequente.

Isso, porque, à luz do princípio da causalidade, extinta a execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios devem ser integralmente arcados pela parte executada, que, ao inadimplir a obrigação, deu causa ao processo. (...)

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação, para, reformando parcialmente a sentença apelada, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, condenar os apelados/executados ao pagamento de honorários advocatícios que fixo, já considerados os recursais, em 11% (onze por cento) do valor atualizado da execução, observando-se a gratuidade de justiça deferida na instância a quo.” (e-STJ fls. 186-200)

31. Contra o acórdão, o recorrente/executado interpôs o presente recurso especial, pleiteando o afastamento da condenação em honorários advocatícios, uma vez que a sentença foi proferida após a vigência da Lei nº 14.195/2021.

32. Em atenção à análise jurídica realizada, na hipótese dos autos, entende-se que, uma vez reconhecida a prescrição intercorrente, não há que se falar em condenação aos honorários e custas processuais, ante a dicção do art. 921, §5º, do CPC/15.

33. No ponto, considerando que a sentença foi prolatada em 4/10/2021 (e-STJ fls. 136-137), data posterior à entrada em vigor da Lei nº 14.195/21, em 26/8/2021, deve ser aplicado o §5º do art. 921 do CPC/15 com sua nova redação.

34. Logo, não se aplica, à hipótese, o princípio da causalidade (art. 85, §10º, do CPC/15).

35. Por fim, importa destacar que, da mesma maneira que impossibilitada a condenação do recorrente, também não deve ser condenado o recorrido aos ônus sucumbenciais pelo provimento deste recurso, de modo que segue negado o pedido realizado por aquele (e-STJ fl. 276). Ao contrário do exposto, a referida normativa não está limitada tão somente ao primeiro grau, e onde o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

36. Diante da análise do mérito e do acolhimento da pretensão do recorrente, fica prejudicado o exame da divergência jurisprudencial.

4. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para reformar o acórdão recorrido e afastar a condenação do recorrente em honorários advocatícios.

Deixo de majorar os honorários recursais, pois incabível na espécie.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2022/0283433-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.025.303 / DF

Números Origem: 00087663620158070005 87663620158070005

PAUTA: 08/11/2022

JULGADO: 08/11/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EDUARDO KURTZ LORENZONI

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOAQUIM MOREIRA MELO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL -
CURADOR ESPECIAL

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : LOUISE RAINER PEREIRA GIONEDIS - DF038706 e
KATIA MARQUES FERREIRA - DF030744

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito
- Nota de Crédito Rural

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 14.195, DE 26 DE AGOSTO DE 2021

Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); altera as Leis nºs 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 7.913, de 7 de dezembro de 1989, 12.546, de 14 de dezembro 2011, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.514, de 28 de outubro de 2011, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 4.886, de 9 de dezembro de 1965, 5.764, de 16 de dezembro de

1971, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o Decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938; e revoga as Leis nºs 2.145, de 29 de dezembro de 1953, 2.807, de 28 de junho de 1956, 2.815, de 6 de julho de 1956, 3.187, de 28 de junho de 1957, 3.227, de 27 de julho de 1957, 4.557, de 10 de dezembro de 1964, 7.409, de 25 de novembro de 1985, e 7.690, de 15 de dezembro de 1988, os Decretos nºs 13.609, de 21 de outubro de 1943, 20.256, de 20 de dezembro de 1945, e 84.248, de 28 de novembro de 1979, e os Decretos-Lei nºs 1.416, de 25 de agosto de 1975, e 1.427, de 2 de dezembro de 1975, e dispositivos das Leis nºs 2.410, de 29 de janeiro de 1955, 2.698, de 27 de dezembro de 1955, 3.053, de 22 de dezembro de 1956, 5.025, de 10 de junho de 1966, 6.137, de 7 de novembro de 1974, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 9.279, de 14 de maio de 1996, e 9.472, de 16 de julho de 1997, e dos Decretos-Lei nºs 491, de 5 de março de 1969, 666, de 2 de julho de 1969, e 687, de 18 de julho de 1969; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DO OBJETO

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

CAPÍTULO II

DA FACILITAÇÃO PARA ABERTURA DE EMPRESAS

Art. 2º A Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

§ 1º A Redesim será administrada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), presidido por representante indicado pelo Ministro de Estado da Economia, nos termos de regulamento.

§ 2º A composição, a estrutura e o funcionamento do CGSIM serão definidos em regulamento, que contemplará representação dos órgãos e das entidades envolvidos no processo de registro e de legalização de empresários, incluídos produtores rurais estabelecidos como pessoas físicas, e de pessoas jurídicas e no processo de licenciamento e de autorizações de funcionamento.

§ 3º A plataforma tecnológica de integração do processo relativa à Redesim poderá abranger produtos artesanais alimentícios, inclusive de origem animal ou vegetal, e as obras de construção civil, de empresários e de pessoas jurídicas.” (NR)

“Art. 4º Os órgãos e as entidades envolvidos no processo de registro e de legalização de empresas, no âmbito de suas competências, deverão manter à disposição dos usuários, de forma gratuita, por meio presencial e da internet, ficha cadastral simplificada, da qual constem os dados atualizados da empresa, bem como informações, orientações e instrumentos que permitam pesquisas prévias sobre as etapas de registro ou de inscrição, de alteração e de baixa de empresários, incluídos produtores rurais

estabelecidos como pessoas físicas, e de pessoas jurídicas e de licenciamento e de autorizações de funcionamento, de modo a fornecer ao usuário clareza quanto à documentação exigível e à viabilidade locacional, de nome empresarial, de registro, de licenciamento ou de inscrição.

§ 1º (Revogado).

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).

.....”(NR)

“~~Art. 5º-A~~ Resolução do CGSIM disporá sobre a classificação de risco das atividades, válida para todos os integrantes da Redesim, a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica, sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e observado o disposto no § 5º do art. 4º desta Lei.

§ 1º Na hipótese de sobrevir legislação estadual, distrital ou municipal específica que disponha sobre a classificação de atividades, o ente federativo que editar a norma específica informará a alteração realizada ao CGSIM.

§ 2º As licenças, os alvarás e os demais atos públicos de liberação serão considerados válidos até o cancelamento ou a cassação por meio de ato posterior, caso seja constatado o descumprimento de requisitos ou de condições, vedada a atribuição de prazo de vigência por tempo indeterminado.”

“Art. 6º-A Sem prejuízo do disposto no inciso I do **caput** do art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, nos casos em que o grau de risco da atividade seja considerado médio, na forma prevista no art. 5º-A desta Lei, o alvará de funcionamento e as licenças serão emitidos automaticamente, sem análise humana, por intermédio de sistema responsável pela integração dos órgãos e das entidades de registro, nos termos estabelecidos em resolução do CGSIM. (Vide ADI 6808)

§ 1º O alvará de funcionamento será emitido com a assinatura de termo de ciência e responsabilidade do empresário, sócio ou responsável legal pela sociedade, que firmará compromisso, sob as penas da lei, de observar os requisitos exigidos para o funcionamento e o exercício das atividades econômicas constantes do objeto social, para efeito de cumprimento das normas de segurança sanitária, ambientais e de prevenção contra incêndio.

§ 2º Do termo de ciência e responsabilidade constarão informações sobre as exigências que deverão ser cumpridas antes do início da atividade empresarial.

§ 3º O CGSIM comunicará ao responsável pela integração nos Estados e no Distrito Federal sobre o recebimento de classificação própria prevista em legislação estadual, distrital ou municipal específica, caso em que o sistema aplicará a classificação respectiva e não a estabelecida pelo CGSIM na forma prevista no **caput** do art. 5º-A desta Lei.

§ 4º A emissão automática de que trata o **caput** deste artigo não obsta a fiscalização pelos órgãos ou pelas entidades estaduais, distritais ou municipais competentes.

§ 5º A assinatura de termo de ciência e responsabilidade do empresário, sócio ou responsável legal pela sociedade, referido no § 1º deste artigo, poderá ser realizada eletronicamente mediante o uso de assinaturas eletrônicas nos termos da Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.

§ 6º As disposições deste artigo não afastam as regras de licenças ambientais e outros atos autorizativos previstos na Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.”

“Art. 11.

- I - I - promover orientação e informação sobre as etapas e os requisitos para processamento de registro, de inscrição, de alteração e de baixa de pessoas jurídicas ou de empresários;
- II - prestar os serviços prévios ao registro e à legalização de empresários e de pessoas jurídicas, incluída a disponibilização de aplicativo de pesquisa on-line e com resposta imediata sobre a existência de nome empresarial idêntico;
- III - (revogado);
- IV - realizar o registro e as inscrições de empresários e pessoas jurídicas sem estabelecimento físico;
- V - prestar serviço de consulta sobre a possibilidade de exercício da atividade empresarial no local indicado para o funcionamento do estabelecimento comercial, no caso de os Municípios disponibilizarem resposta automática e imediata e seguirem as orientações constantes de resolução do CGSIM;
- VI - prestar os serviços posteriores ao registro e à legalização, incluída a coleta de informações relativas aos empregados contratados pelo empresário ou pela pessoa jurídica; e
- VII - oferecer serviço de pagamento on-line e unificado das taxas e dos preços públicos envolvidos no processo de registro e de legalização de empresas.

Parágrafo único. O sistema mencionado no **caput** deste artigo deverá contemplar o conjunto de ações a cargo dos órgãos e das entidades

federais, estaduais, distritais e municipais, observado o disposto no art. 2º desta Lei.” (NR)

“Art. 11-A. Não poderão ser exigidos, no processo de registro de empresários, incluídos produtores rurais estabelecidos como pessoas físicas, e de pessoas jurídicas realizado pela Redesim:

- I - quaisquer outros números de identificação além do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), número de identificação cadastral única, nos termos do inciso III do **caput** do art. 8º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;
- II - dados ou informações que constem da base de dados do governo federal;
- III - coletas adicionais à realizada no âmbito do sistema responsável pela integração, a qual deverá ser suficiente para a realização do registro e das inscrições, inclusive no CNPJ, e para a emissão das licenças e dos alvarás para o funcionamento do empresário ou da pessoa jurídica. (Vide ADI 6808)

§ 1º Para os fins de implementação do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, os respectivos entes federativos deverão adaptar seus sistemas, de modo que o CNPJ seja o único identificador cadastral.

§ 2º A inscrição no CNPJ, a partir dos dados informados no sistema responsável pela integração nos Estados, elimina a necessidade de coleta de dados adicionais pelos Estados e pelos Municípios para emissão de inscrições fiscais, devendo o sistema federal compartilhar os dados coletados com os órgãos estaduais e municipais.

§ 3º Os dados coletados para inscrições e para licenças deverão ser previamente aprovados pelo CGSIM.”

“Art. 14.

Parágrafo único

.....

III - promover a unificação da identificação nacional cadastral única, correspondente ao número da inscrição no CNPJ.” (NR)

“Art. 16-A. O CGSIM poderá instituir outras iniciativas de integração entre União, Distrito Federal, Estados e Municípios, que visem à facilitação do ambiente de negócios no exercício de competências e de atuações que envolvam os entes federativos.

§ 1º O CGSIM poderá instituir a obrigatoriedade da adesão à iniciativa de integração referida no **caput** deste artigo para os membros da Redesim.

§ 2º O CGSIM poderá instituir a adesão condicionada ou tácita, decorrente de não manifestação de contrariedade, à iniciativa de integração referida no **caput** deste artigo para os entes que não sejam membros da Redesim, caso a iniciativa recaia em matérias sobre as quais a União tenha competência privativa ou concorrente para legislar, na forma dos arts. 22 e 24 da Constituição Federal.”

Art. 3º A Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º

.....

IX - (VETADO);

X - instruir, examinar e encaminhar os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, de agência, de sucursal ou de estabelecimento no País por sociedade estrangeira, ressalvada a competência de outros órgãos federais;

-
- XII - apoiar a articulação e a supervisão dos órgãos e das entidades envolvidos na integração para o registro e a legalização de empresas;
- XIII - quanto à integração para o registro e a legalização de empresas:
- a) propor planos de ação e diretrizes e implementar as medidas deles decorrentes, em articulação com outros órgãos e entidades públicas, inclusive estaduais, distritais e municipais;
 - b) (VETADO);
 - c) (VETADO); e
 - d) propor e implementar projetos, ações, convênios e programas de cooperação, em articulação com órgãos e com entidades públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, no âmbito de sua área de competência;
- XIV - quanto ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, propor os planos de ação, as diretrizes e as normas e implementar as medidas necessárias;
- XV - coordenar as ações dos órgãos incumbidos da execução dos serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;
- XVI - especificar, desenvolver, implementar, manter e operar os sistemas de informação relativos à integração para o registro e para a legalização de empresas, em articulação com outros órgãos e observadas as competências destes; e
- XVII - propor, implementar e monitorar medidas relacionadas com a desburocratização do registro público de empresas e destinadas à melhoria do ambiente de negócios no País.

.....” (NR)

“Art. 35.

.....

III - os atos constitutivos de empresas mercantis que, além das cláusulas exigidas em lei, não designarem o respectivo capital e a declaração de seu objeto, cuja indicação no nome empresarial é facultativa;

IV - (revogado);

V - os atos de empresas mercantis com nome idêntico a outro já existente;

.....

§ 1º

§ 2º Eventuais casos de confronto entre nomes empresariais por semelhança poderão ser questionados pelos interessados, a qualquer tempo, por meio de recurso ao Drei.” (NR)

“Art. 35-A. O empresário ou a pessoa jurídica poderá optar por utilizar o número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) como nome empresarial, seguido da partícula identificadora do tipo societário ou jurídico, quando exigida por lei.”

“Art. 37.

.....

III - a ficha cadastral padronizada, que deverá seguir o modelo aprovado pelo Drei, a qual incluirá, no mínimo, as informações sobre os seus titulares e administradores, bem como sobre a forma de representação da empresa mercantil;

.....” (NR)

“Art. 56. Os documentos arquivados pelas juntas comerciais não serão retirados, em qualquer hipótese, de suas dependências, ressalvado o disposto no art. 57 desta Lei.” (NR)

“Art. 57. Quaisquer atos e documentos, após microfilmados ou preservada a sua imagem por meios tecnológicos mais avançados, poderão ser eliminados pelas juntas comerciais, conforme disposto em regulamento.

Parágrafo único. Antes da eliminação prevista no **caput** deste artigo, será concedido o prazo de 30 (trinta) dias para os acionistas, os diretores e os procuradores das empresas ou outros interessados retirarem, facultativamente, a documentação original, sem qualquer custo.” (NR)

“Art. 63. Os atos levados a arquivamento nas juntas comerciais são dispensados de reconhecimento de firma.

..... .” (NR)

“Art. 64. A certidão dos atos de constituição e de alteração de empresários individuais e de sociedades mercantis, fornecida pelas juntas comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou para o aumento do capital.” (NR)

Art. 4º Os órgãos, as entidades e as autoridades competentes disporão do prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data de publicação desta Lei, para se adequar às alterações promovidas na Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, de que trata o art. 2º desta Lei.

§ 1º Compete ao Ministério da Economia notificar os órgãos, as entidades e as autoridades competentes quanto às alterações promovidas na Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data de publicação desta Lei.

§ 2º Será assegurado aos Municípios o direito de denunciar, a qualquer tempo, a sua adesão à Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim) por meio do consórcio de que trata o art. 2º da Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007.

§ 3º Será assegurado aos integradores estaduais o direito de solicitar a sua substituição por outro órgão ao Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de publicação desta Lei.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo ou de descumprimento das normas da Redesim pelo integrador estadual, o CGSIM definirá o órgão que assumirá a função de integrador estadual.

CAPÍTULO III

DA PROTEÇÃO DE ACIONISTAS MINORITÁRIOS

Art. 5º A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15.

§ 1º As ações ordinárias e preferenciais poderão ser de uma ou mais classes, observado, no caso das ordinárias, o disposto nos arts. 16, 16-A e 110-A desta Lei.

..... ” (NR)

“Art. 16.

.....

IV - atribuição de voto plural a uma ou mais classes de ações, observados o limite e as condições dispostos no art. 110-A desta Lei.

Parágrafo único. A alteração do estatuto na parte em que regula a diversidade de classes, se não for expressamente prevista e regulada, requererá a concordância de todos os titulares das ações atingidas.” (NR)

“Art. 16-A. Na companhia aberta, é vedada a manutenção de mais de uma classe de ações ordinárias, ressalvada a adoção do voto plural nos termos e nas condições dispostos no art. 110-A desta Lei.”

“Art. 100.
.....

§ 3º Nas companhias fechadas, os livros referidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo poderão ser substituídos por registros mecanizados ou eletrônicos, nos termos do regulamento.” (NR)

“Art. 110-A. É admitida a criação de uma ou mais classes de ações ordinárias com atribuição de voto plural, não superior a 10 (dez) votos por ação ordinária:

- I - na companhia fechada; e
- II - na companhia aberta, desde que a criação da classe ocorra previamente à negociação de quaisquer ações ou valores mobiliários conversíveis em ações de sua emissão em mercados organizados de valores mobiliários.

§ 1º A criação de classe de ações ordinárias com atribuição do voto plural depende do voto favorável de acionistas que representem:

- I - metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto; e
- II - metade, no mínimo, das ações preferenciais sem direito a voto



ou com voto restrito, se emitidas, reunidas em assembleia especial convocada e instalada com as formalidades desta Lei.

§ 2º Nas deliberações de que trata o § 1º deste artigo, será assegurado aos acionistas dissidentes o direito de se retirarem da companhia mediante reembolso do valor de suas ações nos termos do art. 45 desta Lei, salvo se a criação da classe de ações ordinárias com atribuição de voto plural já estiver prevista ou autorizada pelo estatuto.

§ 3º O estatuto social da companhia, aberta ou fechada, nos termos dos incisos I e II do **caput** deste artigo, poderá exigir quórum maior para as deliberações de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º A listagem de companhias que adotem voto plural e a admissão de valores mobiliários de sua emissão em segmento de listagem de mercados organizados sujeitar-se-ão à observância das regras editadas pelas respectivas entidades administradoras, que deverão dar transparência sobre a condição de tais companhias abertas.

§ 5º Após o início da negociação das ações ou dos valores mobiliários conversíveis em ações em mercados organizados de valores mobiliários, é vedada a alteração das características de classe de ações ordinárias com atribuição de voto plural, exceto para reduzir os respectivos direitos ou vantagens.

§ 6º É facultado aos acionistas estipular no estatuto social o fim da vigência do voto plural condicionado a um evento ou a termo, observado o disposto nos §§ 7º e 8º deste artigo.

§ 7º O voto plural atribuído às ações ordinárias terá prazo de vigência inicial de até 7 (sete) anos, prorrogável por qualquer prazo, desde que:

- I - seja observado o disposto nos §§ 1º e 3º deste artigo para a aprovação da prorrogação;

II - sejam excluídos das votações os titulares de ações da classe cujo voto plural se pretende prorrogar; e

III - seja assegurado aos acionistas dissidentes, nas hipóteses de prorrogação, o direito previsto no § 2º deste artigo.

§ 8º As ações de classe com voto plural serão automaticamente convertidas em ações ordinárias sem voto plural na hipótese de:

I - transferência, a qualquer título, a terceiros, exceto nos casos em que:

a) o alienante permanecer indiretamente como único titular de tais ações e no controle dos direitos políticos por elas conferidos;

b) o terceiro for titular da mesma classe de ações com voto plural a ele alienadas; ou

c) a transferência ocorrer no regime de titularidade fiduciária para fins de constituição do depósito centralizado; ou

II - o contrato ou acordo de acionistas, entre titulares de ações com voto plural e acionistas que não sejam titulares de ações com voto plural, dispor sobre exercício conjunto do direito de voto.

§ 9º Quando a lei expressamente indicar quóruns com base em percentual de ações ou do capital social, sem menção ao número de votos conferidos pelas ações, o cálculo respectivo deverá desconsiderar a pluralidade de voto.

§ 10. (VETADO).

§ 11. São vedadas as operações:

I - de incorporação, de incorporação de ações e de fusão de companhia aberta que não adote voto plural, e cujas ações ou valores

mobiliários conversíveis em ações sejam negociados em mercados organizados, em companhia que adote voto plural;

- II - de cisão de companhia aberta que não adote voto plural, e cujas ações ou valores mobiliários conversíveis em ações sejam negociados em mercados organizados, para constituição de nova companhia com adoção do voto plural, ou incorporação da parcela cindida em companhia que o adote.

§ 12. Não será adotado o voto plural nas votações pela assembleia de acionistas que deliberarem sobre:

- I - a remuneração dos administradores; e
- II - a celebração de transações com partes relacionadas que atendam aos critérios de relevância a serem definidos pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 13. O estatuto social deverá estabelecer, além do número de ações de cada espécie e classe em que se divide o capital social, no mínimo:

- I - o número de votos atribuído por ação de cada classe de ações ordinárias com direito a voto, respeitado o limite de que trata o **caput** deste artigo;
- II - o prazo de duração do voto plural, observado o limite previsto no § 7º deste artigo, bem como eventual quórum qualificado para deliberar sobre as prorrogações, nos termos do § 3º deste artigo; e
- III - se aplicável, outras hipóteses de fim de vigência do voto plural condicionadas a evento ou a termo, além daquelas previstas neste artigo, conforme autorizado pelo § 6º deste artigo.

§ 14. As disposições relativas ao voto plural não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista, às suas subsidiárias e

às sociedades controladas direta ou indiretamente pelo poder público.”

“Art. 122.

.....

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar as suas contas;

IX - autorizar os administradores a confessar falência e a pedir recuperação judicial; e

X - deliberar, quando se tratar de companhias abertas, sobre a celebração de transações com partes relacionadas, a alienação ou a contribuição para outra empresa de ativos, caso o valor da operação corresponda a mais de 50% (cinquenta por cento) do valor dos ativos totais da companhia constantes do último balanço aprovado.

Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de recuperação judicial poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, hipótese em que a assembleia geral será convocada imediatamente para deliberar sobre a matéria.” (NR)

“Art. 124.

§ 1º

.....

II - na companhia aberta, com 21 (vinte e um) dias de antecedência, e a segunda convocação com 8 (oito) dias de antecedência.

.....

§ 5º



I - determinar, fundamentadamente, o adiamento de assembleia geral por até 30 (trinta) dias, em caso de insuficiência de informações necessárias para a deliberação, contado o prazo da data em que as informações completas forem colocadas à disposição dos acionistas; e

.....” (NR)

“Art. 125. Ressalvadas as exceções previstas em lei, a assembleia geral instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 (um quarto) do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto e, em segunda convocação, instalar-se-á com qualquer número.

.....” (NR)

“Art. 135. A assembleia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 2/3 (dois terços) do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto, mas poderá instalar-se, em segunda convocação, com qualquer número.

.....” (NR)

“Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:

.....

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários pode autorizar a redução do quórum previsto neste artigo no caso de companhia aberta com a propriedade das ações dispersa no mercado e cujas 3 (três) últimas assembleias tenham sido realizadas com a presença de acionistas que re-

presentem menos da metade do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto.

§ 2º-A Na hipótese do § 2º deste artigo, a autorização da Comissão de Valores Mobiliários será mencionada nos avisos de convocação e a deliberação com quórum reduzido somente poderá ser adotada em terceira convocação.

§ 3º O disposto nos §§ 2º e 2º-A deste artigo aplica-se também às assembleias especiais de acionistas preferenciais de que trata o § 1º deste artigo.

.....” (NR)

“Art. 138.

.....

§ 3º É vedada, nas companhias abertas, a acumulação do cargo de presidente do conselho de administração e do cargo de diretor-presidente ou de principal executivo da companhia. (Produção de efeitos)

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários poderá editar ato normativo que excepcione as companhias de menor porte previstas no art. 294-B desta Lei da vedação de que trata o § 3º deste artigo.” (NR)

“Art. 140.

§ 1º O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representam.

§ 2º Na composição do conselho de administração das companhias abertas, é obrigatória a participação de conselheiros independentes, nos termos e nos prazos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários.” (NR)



“Art. 141. Na eleição dos conselheiros, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, por meio do qual o número de votos de cada ação será multiplicado pelo número de cargos a serem preenchidos, reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos em um só candidato ou distribuí-los entre vários.

.....

§ 7º Sempre que, cumulativamente, a eleição do conselho de administração ocorrer pelo sistema do voto múltiplo e os titulares de ações ordinárias ou preferenciais exercerem a prerrogativa de eleger conselheiro, será assegurado a acionista ou a grupo de acionistas vinculados por acordo de votos que detenham mais de 50% (cinquenta por cento) do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto o direito de eleger conselheiros em número igual ao dos eleitos pelos demais acionistas, mais um, independentemente do número de conselheiros que, segundo o estatuto, componha o órgão.

..... ” (NR)

“Art. 146. Apenas pessoas naturais poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração.

.....,

§ 2º A posse de administrador residente ou domiciliado no exterior fica condicionada à constituição de representante residente no País, com poderes para, até, no mínimo, 3 (três) anos após o término do prazo de gestão do administrador, receber:

- I - I - citações em ações contra ele propostas com base na legislação societária; e
- II - citações e intimações em processos administrativos instaurados

pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de exercício de cargo de administração em companhia aberta.” (NR)

“Art. 215.

§ 1º É facultado à assembleia geral aprovar, pelo voto de acionistas que representem, no mínimo, 90% (noventa por cento) dos votos conferidos pelas ações com direito a voto, depois de pagos ou garantidos os credores, condições especiais para a partilha do ativo remanescente, com a atribuição de bens aos sócios, pelo valor contábil ou outro por ela fixado.

.....” (NR)

“Art. 243.

.....

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida, sem controlá-la.” (NR)

“Art. 252.

.....

§ 2º A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação por metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto e, se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas, e os dissidentes da deliberação terão direito de se retirar da companhia, observado o disposto no inciso II do **caput** do art. 137 desta Lei, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230 desta Lei.

.....” (NR)

“Art. 284. Não se aplica à sociedade em comandita por ações o dis-

posto nesta Lei sobre voto plural, sobre conselho de administração, sobre autorização estatutária de aumento de capital e sobre emissão de bônus de subscrição.” (NR)

Art. 6º O **caput** do art. 1º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público ou a Comissão de Valores Mobiliários, pelo respectivo órgão de representação judicial, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou para obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de:

.....” (NR)

Art. 7º A Comissão de Valores Mobiliários poderá estabelecer regras de transição para as obrigações decorrentes do disposto neste Capítulo.

CAPÍTULO IV

DA FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO EXTERIOR

Seção I

Das Licenças, das Autorizações ou das Exigências Administrativas para Importações ou para Exportações

Art. 8º Será provida aos importadores, aos exportadores e aos demais intervenientes no comércio exterior solução de guichê único eletrônico por meio do qual possam encaminhar documentos, dados ou informações aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta e indireta como condição para a importação ou a exportação de bens a ponto único acessível por meio da internet, bem como acesso às institui-

ções autorizadas a operar no mercado de câmbio, exclusivamente para consulta a tais dados, informações e documentos, desde que autorizadas por seus clientes. (Produção de efeitos)

§ 1º O órgão ou a entidade responsável pela exigência administrativa, após a análise dos documentos, dos dados ou das informações recebidos por meio da solução referida no **caput** deste artigo, notificará o demandante do resultado por meio do guichê único eletrônico, nos prazos previstos na legislação.

§ 2º A solução de que trata o **caput** deste artigo deverá:

- I - permitir aos importadores, aos exportadores e aos demais intervenientes no comércio exterior, inclusive as instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio, conhecer as exigências administrativas impostas por órgãos e por entidades da administração pública federal direta e indireta para a concretização de operações de importação ou de exportação; e
- II - atender ao disposto no Artigo 10, parágrafo 4, do Acordo sobre a Facilitação do Comércio anexo ao Protocolo de Emenda ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, promulgado pelo Decreto nº 9.326, de 3 de abril de 2018.

§ 3º O recolhimento das taxas impostas por órgãos e por entidades da administração pública federal direta e indireta, em razão do exercício do poder de polícia ou da prestação de serviço público, bem como qualquer outra receita federal relacionada a operações de comércio exterior, ocorrerá por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (Darf) em transação financeira eletrônica, preferencialmente em pagamento unificado por meio da solução de guichê único eletrônico a que se refere o **caput** deste artigo. (Produção de efeitos)

§ 4º Compete ao Ministério da Economia a gestão da solução de guichê único eletrônico a que se refere o **caput** deste artigo.

§ 5º O acesso de usuários ao guichê único eletrônico a que se refere o **caput** deste artigo ocorrerá nos termos da Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.

§ 6º É garantido o livre acesso do cidadão às informações públicas do guichê único eletrônico a que se refere o **caput** deste artigo, atendidos os requisitos de dado acessível ao público conforme definição constante do inciso V do **caput** do art. 4º da Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021.

Art. 9º Fica vedado aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta e indireta exigir o preenchimento de formulários em papel ou em formato eletrônico ou a apresentação de documentos, de dados ou de informações para a realização de importações ou de exportações por outros meios, distintos da solução de guichê único eletrônico a que se refere o art. 8º desta Lei. (Produção de efeitos)

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica:

- I - quando, em razão de circunstâncias técnicas ou operacionais excepcionais relacionadas a determinada exportação ou importação, não for possível o uso da solução de guichê único eletrônico a que se refere o art. 8º desta Lei; e
- II - aos procedimentos de habilitação, de registro ou de certificação de estabelecimentos, de produtos ou de processos produtivos relacionados com o comércio doméstico ou de modo análogo a ele.

§ 2º As exigências vigentes na data de publicação desta Lei serão revisadas na forma estabelecida em ato do Poder Executivo federal.

Art. 10. Somente será admitida a imposição de licenças ou de autorizações como requisito para importações ou para exportações em razão de características das mercadorias quando tais restrições estiverem previstas em lei ou em ato normativo editado por órgão ou por entidade competente da administração pública federal. (Produção de efeitos)

§ 1º As propostas de edição ou de alteração dos atos normativos a que se refere o **caput** deste artigo serão objeto de consulta pública prévia e da análise de impacto regulatório de que trata a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

§ 2º O guichê único eletrônico a que se refere o art. 8º desta Lei deverá exibir em seu sítio eletrônico todas as licenças, autorizações ou exigências administrativas, como requisitos a importações ou a exportações, impostas por órgãos e por entidades da administração pública federal direta e indireta, bem como o ato normativo que lhes deu origem.

§ 3º As exigências de que trata o **caput** deste artigo, vigentes na data de publicação desta Lei, serão revisadas na forma estabelecida em ato do Poder Executivo federal.

Seção II

Do Comércio Exterior de Serviços, de Intangíveis e de outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio das Pessoas Físicas, das Pessoas Jurídicas ou dos Entes Despersonalizados

Art. 11. A Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações: (Produção de efeitos)

“Art. 25. Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta e indireta, ressalvada a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, compartilharão com a Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia dados e informações relativos às transações entre residentes ou domiciliados no País e residentes ou domiciliados no exterior que compreendam serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio das pessoas físicas, das pessoas jurídicas ou dos entes despersonalizados.

§ 1º O compartilhamento de que trata o **caput** deste artigo:

- I - será realizado nos termos estabelecidos em ato do Poder Executivo federal;
- II - (revogado); (Produção de efeitos)
- III - (revogado); (Produção de efeitos)
- IV - observará os requisitos de sigilo e segurança da informação previstos em lei;
- V - poderá abranger dados e informações obtidos:
 - a) no cumprimento de obrigações tributárias acessórias;
 - b) na realização de operações no mercado de câmbio; e
 - c) em pesquisas realizadas para produção, análise e disseminação de informações de natureza estatística; e
- VI - observará o disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

§ 2º (Revogado). (Produção de efeitos)

§ 3º (Revogado). (Produção de efeitos)

I - (revogado); (Produção de efeitos)

II - (revogado); (Produção de efeitos)

III - (revogado). (Produção de efeitos)

§ 4º (Revogado). (Produção de efeitos)

I - (revogado); (Produção de efeitos)

II - (revogado). (Produção de efeitos)

§ 5º (Revogado). (Produção de efeitos)

§ 6º (Revogado). (Produção de efeitos)

§ 7º Ato conjunto do Ministro de Estado da Economia e do dirigente máximo do órgão ou da entidade da administração pública federal direta e indireta que detiver os dados e as informações estabelecerá as regras complementares para o compartilhamento de que trata o **caput** deste artigo.” (NR)

“Art. 26. Os dados e as informações de que trata o art. 25 desta Lei serão utilizados pela Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia para a elaboração e a compilação de dados estatísticos e para o exercício de outras competências institucionais definidas em ato do Poder Executivo federal.

§ 1º (Revogado). (Produção de efeitos)

§ 2º (Revogado). (Produção de efeitos)

§ 3º (Revogado). (Produção de efeitos)

§ 4º (Revogado).” (NR) (Produção de efeitos)

“Art. 27. Ato do Ministro de Estado da Economia estabelecerá normas complementares ao cumprimento do disposto nos arts. 24, 25 e 26 desta Lei.” (NR)

Seção III

Da Origem não Preferencial

Art. 12. A Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações: (Produção de efeitos)

“Art. 29. As investigações de defesa comercial sob a competência da Secretaria de Comércio Exterior da Secretaria Especial de Comércio

Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia serão baseadas na origem declarada do produto.

.....” (NR)

“Art. 31.

§ 1º

I -

.....

- h) mercadorias obtidas por pessoa jurídica de país do leito do mar ou do subsolo marinho, sempre que o país tenha direitos para explorar esse fundo do mar ou subsolo marinho;
- i) bens obtidos no espaço extraterrestre, sempre que sejam obtidos por pessoa jurídica ou por pessoa natural do país; e
- j) mercadorias produzidas exclusivamente com materiais listados nas alíneas a a i deste inciso;

.....

§ 2º Entende-se ter passado por transformação substancial, para fins do disposto nos arts. 28 a 45 desta Lei:

- I - o produto em cuja elaboração tenham sido utilizados materiais não originários do país, quando resultante de processo de transformação que lhe confira uma nova individualidade, caracterizada pelo fato de estar classificado em posição tarifária, identificada pelos primeiros quatro dígitos do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, diferente da posição dos mencionados materiais, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo; ou

II - o produto em cuja elaboração tenham sido utilizados materiais não originários do país, quando o valor aduaneiro desses materiais não exceder 50% (cinquenta por cento) do valor Free on Board (FOB) do produto, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º Não será considerado originário do país exportador o produto resultante de operação ou de processo efetuado no seu território pelo qual adquira a forma final em que será comercializado quando, na operação ou no processo, for utilizado material não originário do país e consista apenas em montagem, embalagem, fracionamento em lotes ou volumes, seleção, classificação, marcação, composição de sortimentos de mercadorias ou simples diluições em água ou outra substância que não altere as características do produto como originário ou outras operações ou processos equivalentes, ainda que esses resultem no cumprimento do disposto no § 2º deste artigo ou em outros critérios estabelecidos pelo Poder Executivo federal na forma do disposto no art. 32 desta Lei.

§ 4º Caso não sejam atendidos os requisitos referidos no § 2º deste artigo, o produto será considerado originário do país de origem dos materiais que representem a maior participação no valor FOB.” (NR)

“Art. 34.

.....

V - ao índice de materiais não originários utilizados na obtenção do produto.

§ 1º A apresentação das informações a que se refere o **caput** deste artigo não exclui a possibilidade de realização de diligência ou de fiscalização nos estabelecimentos do produtor estrangeiro, do importador ou do exportador.

.....



§ 3º Na hipótese de o produtor estrangeiro, o exportador ou o importador negarem acesso às informações referidas neste artigo, não as fornecerem tempestivamente ou criarem obstáculos ao procedimento de verificação de origem não preferencial, a mercadoria será presumida como originária do país gravado com a medida de defesa comercial que motivou a abertura de investigação de origem não preferencial.” (NR)

“Art. 36. Compete à Secretaria de Comércio Exterior da Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia realizar a verificação de origem não preferencial, por meio da apresentação de denúncia ou de ofício, quando houver indícios da não observância ao disposto nos arts. 31, 32 e 34 desta Lei.

§ 1º Iniciado o procedimento de verificação de origem não preferencial, o produtor estrangeiro será notificado para a apresentação das informações de que trata o art. 34 desta Lei.

§ 2º A origem determinada pela Secretaria de Comércio Exterior da Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia com a conclusão do procedimento de verificação de origem não preferencial será aplicada a todas as importações de mercadorias idênticas do mesmo exportador ou produtor.

§ 3º A Secretaria de Comércio Exterior da Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia poderá rever a origem a que se refere o § 2º deste artigo por meio da apresentação, por parte do interessado, das informações referidas no art. 34 desta Lei, de modo a demonstrar o atendimento às regras de origem não preferenciais a que se referem os arts. 31 e 32 desta Lei.” (NR)

“Art. 40.

§ 1º

§ 2º Na hipótese de restrição quantitativa relativa à aplicação de cotas, a devolução ao exterior estará limitada ao que exceder a cota.” (NR)

CAPÍTULO V

DO SISTEMA INTEGRADO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Art. 13. Fica o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sob a governança da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), constituído de um conjunto de instrumentos, mecanismos e iniciativas destinados a facilitar a identificação e a localização de bens e de devedores, bem como a constrição e a alienação de ativos.

Art. 14. São objetivos do Sira:

- I - promover o desenvolvimento nacional e o bem-estar social por meio da redução dos custos de transação de concessão de créditos mediante aumento do índice de efetividade das ações que envolvam a recuperação de ativos;
- II - conferir efetividade às decisões judiciais que visem à satisfação das obrigações de qualquer natureza, em âmbito nacional;
- III - reunir dados cadastrais, relacionamentos e bases patrimoniais de pessoas físicas e jurídicas para subsidiar a tomada de decisão, no âmbito de processo judicial em que seja demandada a recuperação de créditos públicos ou privados;
- IV - fornecer aos usuários, conforme os respectivos níveis de acesso, os dados cadastrais, os relacionamentos e as bases patrimoniais das pessoas requisitadas, de forma estruturada e organizada; e
- V - garantir, com a quantidade, a qualidade e a tempestividade necessárias, os insumos de dados e informações relevantes para a recuperação de créditos públicos ou privados.

Parágrafo único. O Sira zelará pela liberdade de acesso, de uso e de gerenciamento dos dados pelo seu titular, na forma do art. 9º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, e obedecerá ao regime geral de proteção de dados aplicável.

Art. 15. São princípios do Sira:

- I - melhoria da efetividade e eficiência das ações de recuperação de ativos;
- II - promoção da transformação digital e estímulo ao uso de soluções tecnológicas na recuperação de créditos públicos e privados;
- III - racionalização e sustentabilidade econômico-financeira das soluções de tecnologia da informação e comunicação de dados, permitida a atribuição aos usuários, quando houver, dos custos de operacionalização do serviço, na forma prevista em regulamento;
- IV - respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas e às instituições, na forma prevista em lei; e
- V - ampla interoperabilidade e integração com os demais sistemas semelhantes, em especial aqueles utilizados pelo Poder Judiciário, de forma a subsidiar a tomada de decisão, bem como de racionalizar e permitir o cumprimento eficaz de ordens judiciais relacionadas à recuperação de ativos.

Art. 16. Ato do Presidente da República disporá sobre:

- I - as regras e as diretrizes para o compartilhamento de dados e informações, observado que, para usuários privados, apenas poderão ser fornecidos dados públicos não sujeitos a nenhuma restrição de acesso;

- II - a relação nominal das bases mínimas que comporão o Sira;
- III - a periodicidade com que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentará ao Ministério da Economia e ao Conselho Nacional de Justiça relatório sobre as bases geridas e integradas;
- IV - o procedimento administrativo para o exercício, na forma prevista em lei, do poder de requisição das informações contidas em bancos de dados geridos por órgãos e por entidades públicos e privados e o prazo para o atendimento da requisição, sem prejuízo da celebração de acordos de cooperação, de convênios e de ajustes de qualquer natureza, quando necessário;
- V - a forma de sustentação econômico-financeira do Sira; e
- VI - as demais competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do órgão central de tecnologia da informação no âmbito do Sira.

Art. 17. Fica o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sob governança da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Cadastro Fiscal Positivo, com o objetivo de:

- I - criar condições para construção permanente de um ambiente de confiança entre os contribuintes e a administração tributária federal;
- II - garantir a previsibilidade das ações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face dos contribuintes inscritos no referido cadastro;
- III - criar condições para solução consensual dos conflitos tributários, com incentivo à redução da litigiosidade;
- IV - reduzir os custos de conformidade em relação aos créditos inscritos em dívida ativa da União e à situação fiscal do contribuinte, a partir das informações constantes do Sira;

- V - tornar mais eficientes a gestão de risco dos contribuintes inscritos no referido cadastro e a realização de negócios jurídicos processuais;
- VI - melhorar a compreensão das atividades empresariais e dos gargalos fiscais.

Parágrafo único. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá estabelecer convênio com Estados, com Municípios e com o Distrito Federal para compartilhamento de informações que contribuam para a formação do Cadastro Fiscal Positivo.

Art. 18. Compete ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional regulamentar o Cadastro Fiscal Positivo, o qual poderá dispor sobre atendimento, sobre concessões inerentes a garantias, sobre prazos para apreciação de requerimentos, sobre recursos e demais solicitações do contribuinte, sobre cumprimento de obrigações perante a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e sobre atos de cobrança administrativa ou judicial, especialmente:

- I - criação de canais de atendimento diferenciado, inclusive para recebimento de pedidos de transação no contencioso judicial ou na cobrança da dívida ativa da União, nos termos da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, ou para esclarecimento sobre esses pedidos;
- II - flexibilização das regras para aceitação ou para substituição de garantias, inclusive sobre a possibilidade de substituição de depósito judicial por seguro-garantia ou por outras garantias baseadas na capacidade de geração de resultados dos contribuintes;
- III - possibilidade de antecipar a oferta de garantias para regularização de débitos futuros;

- IV - execução de garantias em execução fiscal somente após o trânsito em julgado da discussão judicial relativa ao título executado.
- V - Parágrafo único. Será conferido, exclusivamente ao contribuinte, mediante solicitação, acesso aos dados próprios, relacionados ao seu enquadramento no Cadastro Fiscal Positivo.

Art. 19. A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 80. As inscrições no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) serão suspensas quando se enquadrarem nas hipóteses de suspensão definidas pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 1º (Revogado).

I - (revogado);

II - (revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).” (NR)

“Art. 81. As inscrições no CNPJ serão declaradas inaptas, nos termos e nas condições definidos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, quando a pessoa jurídica:

- I - deixar de apresentar obrigações acessórias, por, no mínimo, 90 (noventa) dias a contar da omissão;
- II - não comprovar a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior;
- III - for inexistente de fato, assim considerada a entidade que:

- a) não dispuser de patrimônio ou de capacidade operacional necessários à realização de seu objeto, inclusive a que não comprovar o capital social integralizado;
 - b) não for localizada no endereço informado no CNPJ;
 - c) quando intimado, o seu representante legal:
 - 1. não for localizado ou alegar falsidade ou simulação de sua participação na referida entidade ou não comprovar legitimidade para representá-la; ou
 - 2. não indicar, depois de intimado, seu novo domicílio tributário;
 - d) for domiciliada no exterior e não tiver indicado seu procurador ou seu representante legalmente constituído no CNPJ ou, se indicado, não tiver sido localizado; ou
 - e) encontrar-se com as atividades paralisadas, salvo quando a paralisação for comunicada;
- IV - realizar operações de terceiros, com intuito de acobertar seus reais beneficiários;
- V - tiver participado, segundo evidências, de organização constituída com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais, inclusive por meio de emissão de documentos fiscais que relatem operações fictícias ou cessão de créditos inexistentes ou de terceiros;
- VI - tiver sido constituída, segundo evidências, para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiras empresas; ou
- VII - encontrar-se suspensa por no, mínimo, 1 (um) ano.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, a comprovação da origem de recursos provenientes do exterior dar-se-á mediante, cumulativamente:

.....

§ 5º (Revogado).” (NR)

“Art. 81-A. As inscrições no CNPJ serão declaradas baixadas após 180 (cento e oitenta) dias contados da declaração de inaptidão.

§ 1º Poderão ainda ter a inscrição no CNPJ baixada as pessoas jurídicas que estejam extintas, canceladas ou baixadas nos respectivos órgãos de registro.

§ 2º O ato de baixa da inscrição no CNPJ não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados os débitos de natureza tributária da pessoa jurídica.

§ 3º Mediante solicitação da pessoa jurídica, poderá ser restabelecida a inscrição no CNPJ, observados os termos e as condições definidos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.”

“Art. 82. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstas na legislação, não produzirá efeitos tributários em favor de terceiros interessados o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no CNPJ tenha sido considerada ou declarada inapta.

.....” (NR)

Art. 20. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º As informações fornecidas pelos órgãos e pelas entidades integrantes do Cadin serão centralizadas em um sistema de informações



gerido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e será de sua atribuição a expedição de orientações de natureza normativa, inclusive quanto ao disciplinamento das respectivas inclusões e exclusões no sistema.

.....” (NR)

“Art. 19-C. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá dispensar a prática de atos processuais, inclusive poderá desistir de recursos interpostos, e autorizar a realização de acordos em fase de cumprimento de sentença, a fim de atender a critérios de racionalidade, de economicidade e de eficiência.

.....” (NR)

“Art. 19-F. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá contratar, por meio de processo licitatório ou credenciamento, serviços de terceiros para auxiliar sua atividade de cobrança.

§ 1º Os serviços referidos no **caput** deste artigo restringem-se à execução de atos relacionados à cobrança administrativa da dívida ativa que prescindam da utilização de informações protegidas por sigilo fiscal, tais como o contato com os devedores por via telefônica ou por meios digitais, e à administração de bens oferecidos em garantia administrativa ou judicial ou penhorados em execuções fiscais, incluídas atividades de depósito, de guarda, de transporte, de conservação e de alienação desses bens.

§ 2º O órgão responsável, no âmbito de suas competências, deverá regulamentar o disposto neste artigo e definir os requisitos para contratação ou credenciamento, os critérios para seleção das dívidas, o valor máximo admissível e a forma de remuneração do contratado, que poderá ser por taxa de êxito, desde que demonstrada a sua maior adequação ao interesse público e às práticas usuais de mercado.”

CAPÍTULO VI

DAS COBRANÇAS REALIZADAS POR CONSELHOS PROFISSIONAIS

Art. 21. A Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º

Parágrafo único. O inadimplemento ou o atraso no pagamento das anuidades previstas no inciso II do caput deste artigo não ensejará a suspensão do registro ou o impedimento de exercício da profissão.” (NR)

“Art. 7º Os Conselhos poderão, nos termos e nos limites de norma do respectivo Conselho Federal, independentemente do disposto no art. 8º desta Lei e sem renunciar ao valor devido, deixar de cobrar:

- I - administrativamente, os valores definidos como irrisórios; ou
- II - judicialmente, os valores considerados irrecuperáveis, de difícil recuperação ou com custo de cobrança superior ao valor devido.” (NR)

“Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas, de quaisquer das origens previstas no art. 4º desta Lei, com valor total inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do **caput** do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º.

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não obsta ou limita a realização de medidas administrativas de cobrança, tais como a notificação extrajudicial, a inclusão em cadastros de inadimplentes e o protesto de certidões de dívida ativa.

§ 2º Os executivos fiscais de valor inferior ao previsto no **caput** deste artigo serão arquivados, sem baixa na distribuição das execuções fiscais, sem prejuízo do disposto no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.” (NR)

CAPÍTULO VII

DA PROFISSÃO DE TRADUTOR E INTÉRPRETE PÚBLICO

Art. 22. São requisitos para o exercício da profissão de tradutor e intérprete público:

- I - ter capacidade civil;
- II - ter formação em curso superior completo em qualquer área do conhecimento;
- III - ser brasileiro ou estrangeiro residente no País;
- IV - ser aprovado em concurso para aferição de aptidão;
- V - não estar enquadrado nas hipóteses de inelegibilidade previstas na alínea e do inciso I do **caput** do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990; e
- VI - ter registro na junta comercial do local de seu domicílio ou de atuação mais frequente.

Parágrafo único. A exigência do concurso previsto no inciso IV do **caput** deste artigo poderá ser dispensada àqueles que obtiverem grau de excelência em exames nacionais e internacionais de proficiência, nos termos do regulamento do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria

ria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Art. 23. O tradutor e intérprete público poderá habilitar-se e registrar-se para um ou mais idiomas estrangeiros ou, ainda, em Língua Brasileira de Sinais (Libras).

Art. 24. O cumprimento do disposto no art. 22 desta Lei habilita o tradutor e intérprete público a atuar em qualquer Estado e no Distrito Federal e a manter inscrição apenas no local de seu domicílio ou de atuação mais frequente.

Art. 25. O concurso para aferição de aptidão de que trata o inciso IV do **caput** do art. 22 desta Lei:

- I - será válido por prazo indefinido;
- II - incluirá prova escrita e prova oral, com simulação de interpretação consecutiva, para avaliar a compreensão das sutilezas e das dificuldades de cada um dos idiomas;
- III - será organizado nacionalmente pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, com apoio das juntas comerciais dos Estados e do Distrito Federal; e
- IV - será regido pelas normas editadas pelo Diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Art. 26. São atividades privativas do tradutor e intérprete público:

- I - traduzir qualquer documento que tenha de ser apresentado em outro idioma perante pessoa jurídica de direito público interno

ou perante serviços notariais e de registro de notas ou de títulos e documentos;

- II - realizar traduções oficiais, quando exigido por lei;
- III - interpretar e verter verbalmente perante ente público a manifestação de pessoa que não domine a língua portuguesa se não houver agente público apto a realizar a atividade ou se for exigido por lei específica;
- IV - transcrever, traduzir ou verter mídia eletrônica de áudio ou vídeo, em outro idioma, certificada por ato notarial; e
- V - realizar, quando solicitados pela autoridade competente, os exames necessários à verificação da exatidão de qualquer tradução que tenha sido arguida como incompleta, imprecisa, errada ou fraudulenta.

Parágrafo único. O disposto no **caput** deste artigo não impede:

- I - a designação pela autoridade competente de tradutor e intérprete público ad hoc no caso de inexistência, de impedimento ou de indisponibilidade de tradutor e intérprete público habilitado para o idioma; e
- II - a realização da atividade por agente público:
 - a) ocupante de cargo ou emprego com atribuições relacionadas com a atividade de tradutor ou intérprete; ou
 - b) com condições de realizar traduções e interpretações simples e correlatas com as atribuições de seu cargo ou emprego.

Art. 27. Presumem-se fiéis e exatas as traduções realizadas por tradutor e intérprete público.

§ 1º Nenhuma tradução terá fé pública se não for realizada por tradutor e intérprete público, exceto as traduções:

- I - feitas por corretores de navios, em sua área de atuação;
- II - relativas aos manifestos e documentos que as embarcações estrangeiras tiverem de apresentar para despacho aduaneiro;
- III - feitas por agente público com cargo ou emprego de tradutor ou intérprete ou que sejam inerentes às atividades do cargo ou emprego; e
- IV - enquadradas nas hipóteses previstas em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º A presunção de que trata o **caput** deste artigo não afasta:

- I - a obrigação de o documento na língua original acompanhar a sua respectiva tradução; e
- II - a possibilidade de ente público ou qualquer interessado impugnar, nos termos estabelecidos nas normas de processo administrativo ou de processo judicial aplicáveis ao caso concreto, a fidedignidade ou a exatidão da tradução.

Art. 28. O tradutor e intérprete público que realizar tradução incompleta, imprecisa, errada ou fraudulenta estará sujeito, além de eventual responsabilização civil e criminal, às seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - suspensão do registro por até 1 (um) ano; e
- III - cassação do registro, vedada nova habilitação em prazo inferior a 15 (quinze) anos.

Parágrafo único. Para a dosimetria da pena, deverão ser consideradas:

- I - as punições recebidas pelo tradutor e intérprete público nos últimos 10 (dez) anos;
- II - a existência ou não de má-fé; e
- III - a gravidade do erro ou a configuração de culpa grave.

Art. 29. O processo administrativo contra o tradutor e intérprete público seguirá o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 30. O processo administrativo será processado e julgado pela junta comercial do Estado ou do Distrito Federal no qual o tradutor e intérprete público estiver inscrito.

Parágrafo único. Caberá recurso da decisão da junta comercial ao Diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, que decidirá em última instância.

Art. 31. Os tradutores públicos e intérpretes comerciais que, na data de entrada em vigor desta Lei, já estavam habilitados na forma prevista no regulamento aprovado pelo Decreto nº 13.609, de 21 de outubro de 1943, poderão continuar a exercer as atividades no território nacional, nos termos deste Capítulo.

Art. 32. O tradutor e intérprete público poderá optar por organizar-se na forma de sociedade unipessoal.

Art. 33. O tradutor e intérprete público poderá realizar os seus atos em meio eletrônico, atendido o disposto na Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.

Art. 34. O Diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial

de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia poderá editar normas complementares para a execução do disposto neste Capítulo.

CAPÍTULO VIII

DA OBTENÇÃO DE ELETRICIDADE

Art. 35. Na execução de obras de extensão de redes aéreas de distribuição de responsabilidade da concessionária ou permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, a licença ou autorização para realização de obras em vias públicas, quando for exigida e não houver prazo estabelecido pelo poder público local, será emitida pelo órgão público competente no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data de apresentação do requerimento.

§ 1º Na hipótese de não haver decisão do órgão competente após o encerramento do prazo estabelecido no **caput** deste artigo ou na legislação local, a concessionária ou permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica ficará autorizada a realizar a obra em conformidade com as condições estabelecidas no requerimento apresentado, observada a legislação aplicável.

§ 2º Na hipótese de descumprimento das condições estabelecidas no requerimento ou na legislação aplicável, o órgão público poderá cassar, a qualquer tempo, a licença ou autorização a que se refere o § 1º deste artigo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório à concessionária ou permissionária.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se exclusivamente às solicitações de conexão, com potência contratada de até 140 kVA (cento e quarenta quilovolts-amperes), desde que não haja a necessidade de realização de

obras de ampliação, de reforço ou de melhoria no sistema de distribuição de energia elétrica existente, e que:

- I - em área urbana, a distância até a rede de distribuição mais próxima seja de, no máximo, 150 m (cento e cinquenta metros);
- II - em área semiurbana e rural, a distância até a rede de distribuição mais próxima seja de, no máximo, 1.000 m (mil metros).

Art. 36. A obtenção da eletricidade deve ser solicitada à concessionária ou permissionária local que presta o serviço público de distribuição de energia elétrica no Município do solicitante e observará as seguintes condições:

- I - os procedimentos necessários para a obtenção da eletricidade, desde a solicitação até o início do fornecimento, devem ser realizados em até 45 (quarenta e cinco) dias para as unidades consumidoras em área urbana, enquadradas no Grupo A e que respeitem as condições previstas no inciso I do § 3º do art. 35 desta Lei; e (Produção de efeitos)
- II - os procedimentos necessários para a obtenção de eletricidade para os demais casos não previstos no inciso I deste **caput** devem atender aos prazos e condições regulamentados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

Art. 37. Para a obtenção da eletricidade de que trata o inciso I do **caput** do art. 36 desta Lei, o projeto e a execução das instalações elétricas internas do imóvel deverão possuir responsável técnico, que responderá administrativa, civil e criminalmente em caso de danos e de acidentes decorrentes de eventuais erros de projeto ou de execução, dispensada a exigibilidade de:

- I - (VETADO); e

II - aprovação prévia de projeto pela concessionária ou permissionária local.

Parágrafo único. O responsável técnico deverá fornecer, no pedido de obtenção de eletricidade, seu número de registro válido no conselho profissional competente.

CAPÍTULO IX

DA DESBUROCRATIZAÇÃO EMPRESARIAL E DOS ATOS PROCESSUAIS E DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Art. 38. (VETADO).

Art. 39. (VETADO).

Art. 40. (VETADO).

Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo.

Parágrafo único. Ato do DREI disciplinará a transformação referida neste artigo.

Art. 42. (VETADO).

Art. 43. (VETADO): (Revogado Pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021) (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022)

~~“Art. 48-A. As pessoas jurídicas de direito privado, sem prejuízo do previsto em legislação especial e em seus atos constitutivos, poderão realizar suas assembleias gerais por meios eletrônicos, inclusive para os fins do art. 59 deste Código, respeitados os direitos previstos de participação e de manifestação.”~~

~~“Art. 206-A. A prescrição intercorrente observará o mesmo prazo de prescrição da pretensão, observadas as causas de impedimento, de suspensão e de interrupção da prescrição previstas neste Código e observado o disposto no art. 921 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”~~

~~“Art. 981. (VETADO):~~

~~.....” (NR)~~

~~“Art. 983. (VETADO):~~

~~.....” (NR)~~

~~“Art. 986. (VETADO).” (NR)~~

~~“Art. 996. (VETADO):~~

~~.....” (NR)~~

~~“Art. 997.~~

~~.....~~

~~V - (VETADO);~~

~~.....” (NR)~~

~~“Art. 1.007. (VETADO).” (NR)~~

~~“Art. 1.053. (VETADO).” (NR)~~

~~“Art. 1.096. (VETADO).” (NR)~~

~~“Art. 1.142.”~~

§ 1º O estabelecimento não se confunde com o local onde se exerce a atividade empresarial, que poderá ser físico ou virtual.

§ 2º Quando o local onde se exerce a atividade empresarial for virtual, o endereço informado para fins de registro poderá ser, conforme o caso, o do empresário individual ou o de um dos sócios da sociedade empresária.

§ 3º Quando o local onde se exerce a atividade empresarial for físico, a fixação do horário de funcionamento competirá ao Município, observada a regra geral do inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.” (NR)

~~“Art. 1.150. (VETADO).” (NR)~~

~~“Art. 1.155. (VETADO).” (NR)~~

~~“Art. 1.160. A sociedade anônima opera sob denominação, integrada pelas expressões ‘sociedade anônima’ ou ‘companhia’, por extenso ou abreviadamente, facultada a designação do objeto social.~~

~~.....” (NR)~~

~~“Art. 1.161. A sociedade em comandita por ações pode, em lugar de firma, adotar denominação, aditada da expressão ‘comandita por ações’, facultada a designação do objeto social.” (NR)~~

CAPÍTULO X

DA RACIONALIZAÇÃO PROCESSUAL

Art. 44. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 77.
.....

VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações.

.....” (NR)

“Art. 231.
.....

IX - o quinto dia útil seguinte à confirmação, na forma prevista na mensagem de citação, do recebimento da citação realizada por meio eletrônico.

.....” (NR)

“Art. 238.

Parágrafo único. A citação será efetivada em até 45 (quarenta e cinco) dias a partir da propositura da ação.” (NR)

“Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado);
- IV - (revogado);
- V - (revogado).

§ 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação:

- I - pelo correio;
- II - por oficial de justiça;
- III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;
- IV - por edital.

§ 1º-B Na primeira oportunidade de falar nos autos, o réu citado nas formas previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º-A deste artigo deverá apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente.

§ 1º-C Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 5% (cinco por cento) do valor da causa, deixar de confirmar no prazo legal, sem justa causa, o recebimento da citação recebida por meio eletrônico.

.....



§ 4º As citações por correio eletrônico serão acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador que permitirá a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial citante.

§ 5º As microempresas e as pequenas empresas somente se sujeitam ao disposto no § 1º deste artigo quando não possuírem endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim).

§ 6º Para os fins do § 5º deste artigo, deverá haver compartilhamento de cadastro com o órgão do Poder Judiciário, incluído o endereço eletrônico constante do sistema integrado da Redesim, nos termos da legislação aplicável ao sigilo fiscal e ao tratamento de dados pessoais.” (NR)

“Art. 247. A citação será feita por meio eletrônico ou pelo correio para qualquer comarca do País, exceto:

.....” (NR)

“Art. 397.

- I - a descrição, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa, ou das categorias de documentos ou de coisas buscados;
- II - a finalidade da prova, com indicação dos fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa, ou com suas categorias;
- III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe, ainda que a referência seja a categoria de documentos ou de coisas, e se acha em poder da parte contrária.” (NR)

“Art. 921.

.....

III - quando não for localizado o executado ou bens penhoráveis;

.....

§ 4º O termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e será suspensa, por uma única vez, pelo prazo máximo previsto no § 1º deste artigo.

§ 4º-A A efetiva citação, intimação do devedor ou constrição de bens penhoráveis interrompe o prazo de prescrição, que não corre pelo tempo necessário à citação e à intimação do devedor, bem como para as formalidades da constrição patrimonial, se necessária, desde que o credor cumpra os prazos previstos na lei processual ou fixados pelo juiz.

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição no curso do processo e extinguí-lo, sem ônus para as partes.

§ 6º A alegação de nulidade quanto ao procedimento previsto neste artigo somente será conhecida caso demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo, que será presumido apenas em caso de inexistência da intimação de que trata o § 4º deste artigo.

§ 7º Aplica-se o disposto neste artigo ao cumprimento de sentença de que trata o art. 523 deste Código.” (NR)

CAPÍTULO XI

DA NOTA COMERCIAL

Art. 45. A nota comercial, valor mobiliário de que trata o inciso VI do caput do art. 2º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, é título de crédito não conversível em ações, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro, emitido exclusivamente sob a forma escritural por meio de instituições autorizadas a prestar o serviço de escrituração pela Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 46. Podem emitir a nota comercial as sociedades anônimas, as sociedades limitadas e as sociedades cooperativas.

Parágrafo único. A deliberação sobre emissão de nota comercial é de competência dos órgãos de administração, quando houver, ou do administrador do emissor, observado o que dispuser a respeito o respectivo ato constitutivo.

Art. 47. A nota comercial terá as seguintes características, que deverão constar de seu termo constitutivo:

- I - a denominação “Nota Comercial”;
- II - o nome ou razão social do emitente;
- III - o local e a data de emissão;
- IV - o número da emissão e a divisão em séries, quando houver;
- V - o valor nominal;
- VI - o local de pagamento;
- VII - a descrição da garantia real ou fidejussória, quando houver;
- VIII - a data e as condições de vencimento;

- IX - a taxa de juros, fixa ou flutuante, admitida a capitalização;
- X - a cláusula de pagamento de amortização e de rendimentos, quando houver;
- XI - a cláusula de correção por índice de preço, quando houver; e
- XII - os aditamentos e as retificações, quando houver.

§ 1º As notas comerciais de uma mesma série terão igual valor nominal e conferirão a seus titulares os mesmos direitos.

§ 2º A alteração das características a que se refere o **caput** deste artigo dependerá de aprovação da maioria simples dos titulares de notas comerciais em circulação, presentes em assembleia, se maior quórum não for estabelecido no termo de emissão.

§ 3º Aplica-se à convocação e ao funcionamento da assembleia prevista no § 2º deste artigo, entre outros aspectos, o disposto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre assembleia geral de debenturistas.

Art. 48. A nota comercial é título executivo extrajudicial, que pode ser executado independentemente de protesto, com base em certidão emitida pelo escriturador ou pelo depositário central, quando esse título for objeto de depósito centralizado.

Parágrafo único. A nota comercial poderá ser considerada vencida na hipótese de inadimplemento de obrigação constante do respectivo termo de emissão.

Art. 49. A titularidade da nota comercial será atribuída exclusivamente por meio de controle realizado nos sistemas informatizados do escriturador ou no depositário central, quando esse título for objeto de depósito centralizado.

Art. 50. A Comissão de Valores Mobiliários poderá estabelecer requisitos adicionais aos previstos nesta Lei, inclusive a eventual necessidade

de contratação de agente fiduciário, relativos à nota comercial que seja:

- I - ofertada publicamente; ou
- II - admitida à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários.

Art. 51. Nas distribuições privadas, o serviço de escrituração deverá ser efetuado em sistemas que atendam aos seguintes requisitos:

- I - comprovação da observância de padrões técnicos adequados, em conformidade com os Princípios para Infraestruturas do Mercado Financeiro do Bank for International Settlements (BIS), inclusive no que diz respeito à segurança, à governança e à continuidade de negócios;
- II - garantia de acesso integral às informações mantidas por si ou por terceiros por elas contratados para realizar atividades relacionadas com a escrituração;
- III - garantia de acesso amplo a informações claras e objetivas aos participantes do mercado, sempre observadas as restrições legais de acesso a informações; e
- IV - observância de requisitos e emprego de mecanismos que assegurem a interoperabilidade com os demais sistemas de escrituração autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º As instituições autorizadas a prestar o serviço de escrituração não poderão escriturar títulos em que sejam participantes como credoras ou emissoras, direta ou indiretamente.

§ 2º A oferta privada de nota comercial poderá conter cláusula de conversibilidade em participação societária, exceto em relação às sociedades anônimas.

CAPÍTULO XII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 52. O Decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 15-A:

“Art. 15-A. Os documentos previstos nos arts. 2º, 4º e 7º deste Decreto-Lei poderão ser substituídos por sua versão eletrônica, na forma de regulamento do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (Drei) da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.”

Art. 53. O art. 44 da Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 44. No caso de falência ou de recuperação judicial do representado, as importâncias por ele devidas ao representante comercial, relacionadas com a representação, inclusive comissões vencidas e vindas, indenização e aviso prévio, e qualquer outra verba devida ao representante oriunda da relação estabelecida com base nesta Lei, serão consideradas créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas para fins de inclusão no pedido de falência ou plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. Os créditos devidos ao representante comercial reconhecidos em título executivo judicial transitado em julgado após o deferimento do processamento da recuperação judicial, e a sua respectiva execução, inclusive quanto aos honorários advocatícios, não se sujeitarão à recuperação judicial, aos seus efeitos e à competência do juízo da recuperação, ainda que existentes na data do pedido, e prescreverá em 5 (cinco) anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos garantidos por esta Lei.” (NR)

Art. 54. O parágrafo único do art. 22 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 22.”

Parágrafo único. É facultada a adoção de livros de folhas soltas ou fichas ou em meio digital, nos termos de regulamento do órgão competente do Poder Executivo federal.” (NR)

Art. 55. O inciso III do **caput** do art. 15 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 15.”

.....

III - (VETADO);

.....” (NR)

Art. 56. A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

.....”

§ 3º O disposto neste Capítulo e nos Capítulos II e III desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o disposto no inciso X do **caput** do art. 3º desta Lei.

.....” (NR)

“Art. 4º-A É dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam a esta Lei, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas:

I - dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos;

- II - proceder à lavratura de autos de infração ou aplicar sanções com base em termos subjetivos ou abstratos somente quando estes forem propriamente regulamentados por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis; e
- III - observar o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração decorrentes do exercício de atividade considerada de baixo ou médio risco.

§ 1º Os órgãos e as entidades competentes, na forma do inciso II do **caput** deste artigo, editarão atos normativos para definir a aplicação e a incidência de conceitos subjetivos ou abstratos por meio de critérios claros, objetivos e previsíveis, observado que:

- I - nos casos de imprescindibilidade de juízo subjetivo para a aplicação da sanção, o ato normativo determinará o procedimento para sua aferição, de forma a garantir a maior previsibilidade e impessoalidade possível;
- II - a competência da edição dos atos normativos infralegais equivalentes a que se refere este parágrafo poderá ser delegada pelo Poder competente conforme sua autonomia, bem como pelo órgão ou pela entidade responsável pela lavratura do auto de infração.

§ 2º Para os fins administrativos, controladores e judiciais, consideram-se plenamente atendidos pela administração pública os requisitos previstos no inciso II do **caput** deste artigo, quando a advocacia pública, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos limites da respectiva competência, tiver previamente analisado o ato de que trata o § 1º deste artigo.

§ 3º Os órgãos e as entidades deverão editar os atos normativos previstos no § 1º deste artigo no prazo de 4 (quatro) anos, podendo o Poder Executivo estabelecer prazo inferior em regulamento.

§ 4º O disposto no inciso II do **caput** deste artigo aplica-se exclusivamente ao ato de lavratura decorrente de infrações referentes a matérias nas quais a atividade foi considerada de baixo ou médio risco, não se aplicando a órgãos e a entidades da administração pública que não a tenham assim classificado, de forma direta ou indireta, de acordo com os seguintes critérios:

- I - direta, quando realizada pelo próprio órgão ou entidade da administração pública que procede à lavratura; e
- II - indireta, quando o nível de risco aplicável decorre de norma hierarquicamente superior ou subsidiária, por força de lei, desde que a classificação refira-se explicitamente à matéria sobre a qual se procederá a lavratura.”

CAPÍTULO XIII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 57. Ficam revogados:

- I - o Decreto nº 13.609, de 21 de outubro de 1943;
- II - o Decreto nº 20.256, de 20 de dezembro de 1945;
- III - a Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953; (Produção de efeitos)
- IV - o art. 1º da Lei nº 2.410, de 29 de janeiro de 1955; (Produção de efeitos)
- V - o art. 1º da Lei nº 2.698, de 27 de dezembro de 1955; (Produção de efeitos)

- VI - a Lei nº 2.807, de 28 de junho de 1956; (Produção de efeitos)
- VII - a Lei nº 2.815, de 6 de julho de 1956; (Produção de efeitos)
- VIII - o art. 1º da Lei nº 3.053, de 22 de dezembro de 1956; (Produção de efeitos)
- IX - a Lei nº 3.187, de 28 de junho de 1957; (Produção de efeitos)
- X - a Lei nº 3.227, de 27 de julho de 1957; (Produção de efeitos)
- XI - a Lei nº 4.557, de 10 de dezembro de 1964; (Produção de efeitos)
- XII - os arts. 14 e 15 da Lei nº 5.025, de 10 de junho de 1966; (Produção de efeitos)
- XIII - o art. 15 do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969; (Produção de efeitos)
- XIV - o art. 2º do Decreto-Lei nº 666, de 2 de julho de 1969; (Produção de efeitos)
- XV - a parte do art. 1º do Decreto-Lei nº 687, de 18 de julho de 1969, que altera o art. 2º do Decreto-Lei nº 666, de 2 de julho de 1969; (Produção de efeitos)
- XVI - (VETADO);
- XVII - o art. 2º da Lei nº 6.137, de 7 de novembro de 1974;
- XVIII - o Decreto-Lei nº 1.416, de 25 de agosto de 1975; (Produção de efeitos)
- XIX - o Decreto-Lei nº 1.427, de 2 de dezembro de 1975;
- XX - o § 2º do art. 110 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- XXI - o Decreto nº 84.248, de 28 de novembro de 1979;

- XXII - a Lei nº 7.409, de 25 de novembro de 1985;
- XXIII - a Lei nº 7.690, de 15 de dezembro de 1988; (Produção de efeitos)
- XXIV - o art. 5º da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991;
- XXV - os seguintes dispositivos da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994:
- a) (VETADO);
 - b) inciso IV do caput do art. 35;
 - c) art. 58; e
 - d) art. 60;
- XXVI - o parágrafo único do art. 40 e o art. 229-C da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996;
- XXVII - os seguintes dispositivos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:
- a) §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 80;
 - b) arts. 80-A, 80-B e 80-C; e
 - c) §§ 1º e 5º do art. 81;
- XXVIII - o parágrafo único do art. 18 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;
- XXIX - os seguintes dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil):
- a) (VETADO);
 - b) (VETADO);

- c) parágrafo único do art. 1.015;
- d) inciso IV do **caput** e o parágrafo único do art. 1.033; e
- e) (VETADO);

XXX - os seguintes dispositivos da Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007:

- a) §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 4º;
- b) art. 6º; e
- c) inciso III do caput do art. 11;

XXXI - os seguintes dispositivos da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011: (Produção de efeitos)

- a) incisos II e III do § 1º e §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 25;
- b) §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 26; e
- c) art. 37;

XXXII - os incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 246 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Art. 58. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos:

- I - em 3 (três) anos, contados da data de sua publicação, quanto ao inciso I do **caput** do art. 36, podendo a Aneel determinar a antecipação da produção de efeitos em cada área de concessão ou permissão;
- II - em 360 (trezentos e sessenta) dias, contados da data de sua publicação, quanto à parte do art. 5º que altera o § 3º do art. 138 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

- III - em 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de sua publicação, quanto ao § 3º do art. 8º;
- IV - no primeiro dia útil do primeiro mês subsequente ao da data de sua publicação, quanto aos arts. 8º, 9º, 10, 11 e 12 e aos incisos III a XV, XVIII, XXIII e XXXI do caput do art. 57; e
- V - na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.

Brasília, 26 de agosto de 2021; 200ª da Independência e 133ª da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Anderson Gustavo Torres

Paulo Guedes

Bento Albuquerque

Ciro Nogueira Lima Filho

Luiz Eduardo Ramos Baptista Pereira

Bruno Bianco Leal

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.8.2021

**LEI Nº 14.540, DE 3 DE ABRIL DE
2023**

Conversão da Medida Provisória
nº 1.140, de 2022

Institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal.

Art. 2º Fica instituído o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal.

§ 1º O Programa aplica-se a todas as instituições privadas em que haja a prestação de serviços públicos por meio de concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação.

§ 2º Nas duas primeiras etapas da educação básica, o Programa restringir-se-á à formação continuada dos profissionais de educação, na forma do inciso li do caput do art. 4º desta Lei.

Art. 3º Para a caracterização da violência prevista nesta Lei, deverão ser observadas as definições estabelecidas no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e nas Leis nºs 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e 13.431, de 4 de abril de 2017.

Art. 4º São objetivos do Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual:

- I - prevenir e enfrentar a prática do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e de todas as formas de violência sexual nos órgãos e entidades abrangidos por esta Lei;
- II - capacitar os agentes públicos para o desenvolvimento e a implementação de ações destinadas à discussão, à prevenção,

à orientação e à solução do problema nos órgãos e entidades abrangidos por esta Lei;

- III - implementar e disseminar campanhas educativas sobre as condutas e os comportamentos que caracterizam o assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e qualquer forma de violência sexual, com vistas à informação e à conscientização dos agentes públicos e da sociedade, de modo a possibilitar a identificação da ocorrência de condutas ilícitas e a rápida adoção de medidas para a sua repressão.

Art. 5º Os órgãos e entidades abrangidos por esta Lei elaborarão ações e estratégias destinadas à prevenção e ao enfrentamento do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e de todas as formas de violência sexual, a partir das seguintes diretrizes:

- I - esclarecimento sobre os elementos que caracterizam o assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e as formas de violência sexual;
- II - fornecimento de materiais educativos e informativos com exemplos de condutas que possam ser caracterizadas como assédio sexual ou outro crime contra a dignidade sexual, ou qualquer forma de violência sexual, de modo a orientar a atuação de agentes públicos e da sociedade em geral;
- III - implementação de boas práticas para a prevenção ao assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou a qualquer forma de violência sexual, no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal;
- IV - divulgação da legislação pertinente e de políticas públicas de proteção, de acolhimento, de assistência e de garantia de direitos às vítimas;

- V - divulgação de canais acessíveis para a denúncia da prática de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual, aos servidores, aos órgãos, às entidades e aos demais atores envolvidos;
- VI - estabelecimento de procedimentos para o encaminhamento de reclamações e denúncias de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual, assegurados o sigilo e o devido processo legal;
- VII - criação de programas de capacitação, na modalidade presencial ou a distância, que abranjam os seguintes conteúdos mínimos:
- a) causas estruturantes do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e da violência sexual;
 - b) consequências para a saúde das vítimas;
 - c) meios de identificação, modalidades e desdobramentos jurídicos;
 - d) direitos das vítimas, incluindo o acesso à justiça e à reparação;
 - e) mecanismos e canais de denúncia;
 - f) instrumentos jurídicos de prevenção e de enfrentamento ao assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e a todas as formas de violência sexual disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

§ 1º Qualquer pessoa que tiver conhecimento da prática de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual, tem o dever legal de denunciá-los e de colaborar com os procedimentos administrativos internos e externos, em consonância com o disposto no inciso VI do caput deste artigo.

§ 2º Para fins do disposto nesta Lei, serão apuradas eventuais retaliações contra:

- I - vítimas de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual;
- II - testemunhas;
- III - auxiliares em investigações ou em processos que apurem a prática de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual.

Art. 6º No seu âmbito de atuação, o Poder Executivo federal disponibilizará materiais informativos a ser utilizados na capacitação e na divulgação dos objetivos do Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades abrangidos por esta Lei deverão garantir que a capacitação cumpra os padrões mínimos estabelecidos nos materiais informativos referidos no caput deste artigo.

Art. 7º Os órgãos e entidades abrangidos por esta Lei deverão manter, pelo período de 5 (cinco) anos, os registros de frequência, físicos ou eletrônicos, dos programas de capacitação ministrados na forma prevista no inciso VII do caput do art. 5º desta Lei.

Art. 8º No seu âmbito de atuação, o Poder Executivo monitorará o desenvolvimento do Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual, a fim de subsidiar o planejamento de ações futuras e a análise e consecução de seus objetivos e diretrizes.

Art. 9º Todas as ações realizadas no âmbito do Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual deverão observar as diretrizes constan-

tes do art. 14 e demais disposições da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

Art. 10. A aplicação desta Lei às instituições privadas a que se refere o § 1º do art. 2º desta Lei ocorrerá após a regulamentação da matéria pelo ente federativo responsável pela concessão, permissão, autorização ou delegação.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de abril de 2023; 202º da Independência e 135º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Silvio Luiz de Almeida

Camilo Sobreira de Santana

Flávio Dino de Castro e Costa

Aparecida Gonçalves

Este texto não substitui o publicado no DOU de 4.4.2023.

**LEI Nº 14.583, DE 16 DE MAIO DE
2023**

Dispõe sobre a difusão por órgãos públicos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, especialmente os que tratam de mulheres, crianças, adolescentes e idosos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os Poderes Constituídos, na esfera de atuação respectiva, deverão difundir os direitos fundamentais e os direitos humanos, tais como os previstos na Constituição Federal; no Estatuto da Criança e do Adolescente; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; nos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; na Convenção sobre os Direitos das Crianças e nos seus Protocolos Adicionais; e no Estatuto da Pessoa Idosa.

Art. 2º Constarão nos contracheques mensais dos servidores públicos federais trechos dos instrumentos que consagram os direitos fundamentais e os direitos humanos, especialmente os que se referem às mulheres, às crianças, aos adolescentes e aos idosos.

Art. 3º As emissoras públicas de rádio e de televisão deverão incluir em suas programações material alusivo aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, sobretudo os referentes à proteção das mulheres, das crianças, dos adolescentes e dos idosos.

Art. 4º Na publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverão ser exibidos trechos dos instrumentos que consagram os direitos fundamentais e os direitos humanos, notadamente os referentes à proteção das mulheres, das crianças, dos adolescentes e dos idosos.

Art. 5º O cumprimento das medidas previstas nos arts. 2º, 3º e 4º desta Lei deverá atender aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de maio de 2023; 202 da Independência e 135 da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Sílvio Luiz de Almeida

Flávio Dino de Castro e Costa

Maria Helena Guarezi

Este texto não substitui o publicado no DOU de 17.5.2023, e retificado em 18.5.2023.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

A Revista Jurídica do Banco do Nordeste é uma publicação semestral do Banco do Nordeste do Brasil S.A., que tem por finalidade divulgar a produção intelectual de profissionais e acadêmicos de Direito e de áreas afins, criando uma fonte de pesquisa permanente para a comunidade jurídica brasileira, mormente no que se refere às questões envolvendo as Empresas Estatais (Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

1. DIRETRIZES EDITORIAIS

A linha editorial da Revista abrange todas as áreas do Direito, com foco prioritário nas temáticas atinentes às Empresas Estatais (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

Os trabalhos encaminhados para publicação deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local. Uma vez publicados, estes trabalhos consideram-se licenciados para o Banco do Nordeste do Brasil S/A com exclusividade, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia e expressa do Comitê Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano de publicação, título e volume do periódico e respectivas páginas.

A Revista Jurídica do Banco do Nordeste publica trabalhos inéditos, depois de submetidos à aprovação em duas etapas:

- Exame por no mínimo 2 (dois) pareceristas anônimos, para avaliação de forma e conteúdo; e
- Seleção dos trabalhos pelo Comitê Editorial.

O autor faculta ao Banco do Nordeste publicar seu trabalho na Revista Jurídica do Banco do Nordeste, em mídia tradicional e eletrônica, existente ou que venha a ser descoberta, para efeito de divulgação científica da Revista e de seu conteúdo, conforme a Lei 9.610/98.

Uma vez aceitos, os trabalhos passarão por revisão quanto à forma, a exemplo de correções ortográficas, gramaticais e adequação ao formato da Revista, sem qualquer alteração em seu conteúdo. As provas tipográficas não serão enviadas aos autores.

Após avaliados, os pareceres poderão ser encaminhados aos autores, para que tomem ciência da aceitação do artigo ou, em caso de rejeição, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato inicial.

Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos na Revista Jurídica do Banco do Nordeste ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica (Internet, CDROM, e-book etc.). Em contrapartida, o colaborador receberá 03 (três) exemplares do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, salvo em caso de publicação exclusiva por meio on-line.

Os trabalhos que não se ativerem às normas aqui apresentadas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

O conteúdo dos artigos, as ideias e os conceitos neles emitidos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A remessa do texto pelo autor ao Comitê Editorial para fins de publicação implica a cessão dos direitos autorais para a Revista Jurídica do Banco do Nordeste, a permissão de publicação em meio eletrônico e a possibilidade de reprodução do texto para pesquisa pessoal.

Os trabalhos recebidos e não publicados na edição da Revista imediatamente posterior ao seu envio não serão devolvidos, deixando de per-

sistir, nesta hipótese, a regra do item 2.10, salvo se o autor manifestar interesse na publicação de seu trabalho na edição seguinte da Revista.

A Revista será composta pelas seguintes seções:

- **Doutrina:** constituída por artigos científicos ou parecer(es) jurídico(s);
- **Jurisprudência:** formada por acórdãos, apresentados preferencialmente em seu inteiro teor, referentes à linha editorial da Revista; e
- **Atualização Legislativa:** estruturada por legislação relacionada à linha editorial da Revista.

2. APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

Formato: todas as colaborações devem ser enviadas pela internet para o e-mail revistajuridica@bnb.gov.br. Recomenda-se a utilização do processador de texto Microsoft Word 97 ou superior. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (Rich Text Format).

- Os textos devem ter no máximo 30 páginas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4. Poderão também ser recebidos trabalhos em língua estrangeira (espanhol ou inglês).

Título do artigo: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo, em português e em inglês, contendo as palavras-chave que representam o conteúdo do artigo.

Folha de rosto: os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo).

Resumo e Sumário: os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo) em português e em inglês, e de um Sumário, em português, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, redigido, preferencialmente, conforme as normas da NBR 6028, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: deverão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto) limitadas ao número de 05 (cinco), em português e em inglês, as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

Destques no texto: todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

Citações: devem seguir o padrão nota de rodapé, recomendado pela ABNT. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico, quando no corpo do texto; ou em fonte menor (Times New Roman 10) quando destacadas.

Notas: nota referente ao corpo do artigo deve ser indicada com um número alto, imediatamente depois da frase a que diz respeito. Deverá vir no rodapé do texto, sem ultrapassar cinco linhas por cada página.

Materiais gráficos: fotografias nítidas em formato JPG e gráficos no programa “Corel Draw” poderão ser aceitos, desde que estritamente indispensáveis à clareza do texto. Deverão ser assinalados, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde devem ser intercalados. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e apresentar a permissão para reprodução.

Tabelas e Quadros: as tabelas e os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto, obedecendo às normas de apresentação tabular, da Fundação IBGE em vigor. Devem também ter numeração sequencial própria para cada tipo e suas localizações devem ser assinaladas no texto, com a indicação do número de ordem respectivo.

Referências: seguem, preferencialmente, a norma em vigor, NBR 6023, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). As referências bibliográficas deverão conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

Referência de documento pesquisado na Internet: sempre que possível, deve ser informado o endereço eletrônico específico, visando facilitar a localização imediata do documento. Evite-se, portanto, o endereço eletrônico geral (da instituição que publicou o documento, por exemplo; ou revista, no caso de artigo de periódico). Quando houver o endereço específico do documento ou artigo, é preferível este ao do *site*.

Os autores poderão obter outras informações pelo telefone (085) 3299.3085 e pelo correio eletrônico revistajuridica@bnb.gov.br e <http://www.bnb.gov.br/revista-juridica>.

Nesta Edição

Vencimento antecipado de obrigações convencionado em contratos bancários – juridicidade e configuração da mora do devedor
Felipe Dantas de Carvalho e Luis Ferreira de Moraes Filho

A ‘Cláusula de Molière’ e a isonomia nos contratos públicos: discussão à luz do ordenamento jurídico brasileiro
Stéfani Clara da Silva Bezerra e João Victor Carvalho de Araújo

A teoria da argumentação jurídica no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: considerações sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais
José Adeildo Bezerra de Oliveira

O direito comparado como fonte do direito do trabalho: um breve estudo sob a ótica do artigo 8º da CLT
Francisco Gérson Marques de Lima e Carlos Eduardo Pinheiro da Silva

O dispute board como meio alternativo de resolução de conflitos nos contratos de empresas estatais
Bruna de Carvalho Nogueira, João Tonizza Pereira e Fábio Gabriel Breitenbach

Privacy by design e privacy by default no desenvolvimento de uma nova cultura de proteção de dados
Cristiano Fernandes da Silva Britto

Tutela provisória incidental na ação direta de inconstitucionalidade
7.331 Distrito Federal

AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.182.745 - BA
(2022/0241854-6)

Recurso Especial Nº 2.025.303 - DF (2022/ 0283433-0)

Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021

Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023

Lei nº 14.583, de 16 de maio de 2023

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINALS