

REVISTA

PRÁTICA DA ADVOCACIA CATARINENSE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA
SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB/SC

VOL. 1 | N. 2 | OUT/2021

Essere
nel Mondo
e-book editora

88 Anos
OAB
SANTA CATARINA
| ESA



Todos os direitos são reservados. Nenhuma parte desta revista poderá ser reproduzida por qualquer meio impresso, eletrônico ou que venha a ser criado, sem o prévio e expresso consentimento da Editora. A utilização de citações do texto deverá obedecer as regras editadas pela ABNT. As ideias, conceitos e/ou comentários expressos na presente obra são criação e elaboração exclusiva do(s) autor(es), não cabendo nenhuma responsabilidade à Editora.

Revista Prática da Advocacia Catarinense [recurso eletrônico] / Escola Superior de Advocacia da OAB/SC. – v. 1 (out. 2021)- . - Florianópolis: ESA-OAB/SC, 2021- .

Periodicidade mensal

Modo de acesso: <https://esasc.oab-sc.org.br/>
eISSN

1. Direito - Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Secção de Santa Catarina.

CDD-Dir.: 340.05

Bibliotecária responsável: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Catálogo: Fabiana Lorenzon Prates

Revisões: pelos autores

Diagramação: Daiana Stockey Carpes

EXPEDIENTE

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina

Diretoria OAB/SC – Gestão 2019-2021

Rafael de Assis Horn (Presidente)
Mauricio Alessandro Voos (Vice-Presidente)
Eduardo de Mello e Souza (Secretário-Geral)
Luciane Regina Mortari Zechini (Secretária-Geral Adjunto)
Juliano Mandelli Moreira (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Marcus Vinícius Motter Borges (Diretor-Geral)
Isabela Pinheiro Medeiros (Vice-Diretora Geral)
André Schmidt Jannis (Secretário-Geral)

Editor Chefe

Marcus Vinícius Motter Borges

Comissão Editorial

André Schmidt Jannis
Isabela Pinheiro Medeiros
Marcus Vinícius Motter Borges

Conselho Consultivo

André Schmidt Jannis
André Lipp Pinto Basto Lupi
Felipe Cesar Lapa Boselli
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Isabela Pinheiro Medeiros
Juliano Keller do Valle
Luciana Faísca Nahas
Rodrigo Steinmann Bayer
Thiago Martinelli Veiga

Administrador do Portal de Periódicos

Thamyres da Rosa

SUMÁRIO

A guarda compartilhada e regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva: qual a solução possível?	5
<i>Conrado Paulino da Rosa e Júlia Bittencourt Gonçalves</i>	
Da possibilidade guarda compartilhada quando os genitores residirem em cidades distintas como supedâneo ao exercício da autoridade parental	35
<i>Líbera Copetti</i>	
Deserção, indignidade e revogação de doação por ingratidão: a necessária compreensão do tríptico jurídico	54
<i>Renata Raupp Gomes</i>	
Pacto antenupcial – o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais	67
<i>Luciana Faisca Nahas</i>	
A desconsideração da personalidade jurídica na lei das estatais	85
<i>Felipe Cesar Lapa Boselli</i>	
A inviabilidade de competição relativa na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais mudanças e proposta de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta	98
<i>Gabriela Pércio</i>	
O controle da administração pública e os três anos das mudanças trazidas pela lindb	107
<i>José Sérgio da Silva Cristóvam e Thanderson Pereira de Sousa</i>	
O seguro-garantia na nova lei de licitação e os problemas de seleção adversa e moral hazard	125
<i>Marcos Nóbrega e Pedro Dias de Oliveira Netto</i>	
A Lei do Clube Empresa e a recuperação judicial dos times de futebol	141
<i>Alexandre Correa Nasser de Melo</i>	
Juros sobre o capital próprio: avanço ou retrocesso?	148
<i>Deivisson Assis Perera</i>	
O marco legal das startups e do empreendedorismo inovador	169
<i>André Lipp Pinto Basto Lupi</i>	
Recuperação judicial de empresas e o princípio da solução de mercado	182
<i>Pedro Cascaes Neto</i>	

A GUARDA COMPARTILHADA E REGIME DE CONVIVÊNCIA EM SITUAÇÕES EM QUE EXISTA O DEFERIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA: qual a solução possível?

Conrado Paulino da Rosa¹

Júlia Bittencourt Gonçalves²

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a guarda e o direito de convivência dos filhos na hipótese de deferimento das medidas protetivas da Lei n. 11.340/2006 em face do genitor, em razão de violência doméstica no âmbito familiar praticada contra a genitora. A problemática da questão reside nos impasses decorrentes da dissolução afetiva dos genitores e na identificação da solução possível a essas demandas, com vistas a tutelar os direitos da prole. A importância da temática consiste em afastar a lógica social atribuída aos papéis parentais reproduzida nas decisões judiciais. Assim, utilizando-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, partiu-se da hipótese de que a guarda compartilhada é a regra em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe a Lei n. 13.058/2014, de modo que o deferimento de medida protetiva, por si só, não enseja a unilateralidade da guarda, tampouco a restrição ou a suspensão da convivência dos filhos com o genitor. Assim, tem-se que a prestação jurisdicional deve se voltar ao exercício do Direito de forma mais humanizada, lançando mão do apoio do trabalho interdisciplinar em rede.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Regime de Convivência. Lei Maria da Penha. Medida Protetiva de Urgência.

¹ Advogado. Pós-Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Serviço Social – PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com a defesa realizada perante a *Università Degli Studi di Napoli Federico II*, na Itália. Professor da graduação e do Mestrado em Direito da Faculdade do Ministério Público – FMP, em Porto Alegre. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Família, sucessões, criança e adolescente e Direitos Transindividuais”. Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões da OAB/RS. Membro da Diretoria Executiva do IBDFAM-RS. Professor do “Meu Curso”, em São Paulo. Autor de obras sobre direito de família e sucessões. www.conradopaulinoadv.com.br / contato@conradopaulinoadv.com.br

² Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); E-mail: juliabitten@hotmail.com.

SHARED CUSTODY AND CONTACT ARRANGEMENT IN SITUATIONS WHERE THERE IS A URGENT PROTECTIVE MEASURE: WHAT IS THE POSSIBLE SOLUTION?

ABSTRACT

This article aims to study children's custody and contact with the father, in the event of protective measures being issued against him, based on Law No. 11.340/2006, due to domestic violence against the mother. The problem lies in the impasse resulting from the dissolution of the parents' romantic relationship and in identifying possible solutions to these issues, considering the protection of the rights of their offspring. The relevance of the theme is to remove the social logic attributed to parental roles reproduced in court decisions. Thus, using a hypothetical-deductive approach, we started from the hypothesis that shared custody is the rule in the Brazilian legal system, as stated by Law No. 13.058/2014, so that the granting of a protective measure, by itself, does not entail sole custody, nor the restriction or suspension of the child contact with the parent. Regarding the conclusions, it is clear that the jurisdictional provision should focus on the exercise of the Law in a more humane way, making use of the support provided by a networked interdisciplinary work.

Keywords: Shared custody. Contact Arrangement. Maria da Penha Law. Urgent Protective Measure.

1 INTRODUÇÃO

A família é a realidade viva, que se adapta aos valores vigentes, tendo seu quadro evolutivo atrelado aos avanços sociais e conquistas da humanidade, ao passo que se distancia de ideias estáticas e valores pertencentes a um passado distante.³ Uma vez que as mudanças sociais e familiares são uma constante, constata-se que os fatos sociais antecedem a regulamentação jurídica.⁴

Os novos valores da sociedade contemporânea romperam com a concepção tradicional de família, impondo um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado, tendo seu escopo alterado da visão atrelada a laços patrimoniais e passando a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, com núcleos familiares regidos pelo afeto.⁵

No exame da temática, pode-se perceber um histórico de subjugação da figura da mulher em relação ao homem e da relegação da dignidade das crianças e adolescentes a um segundo plano. A família brasileira, que era calcada em opressão e domínio entre gêneros, foi cedendo espaço a uma nova realidade constitucional e legal, em que se buscou um ambiente de isonomia jurídica entre homens e mulheres e de igualdade parental.

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 6, p. 35.

4 CORRÊA, Marise Soares. Reflexões sobre a violência familiar, em especial, contra a mulher. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, p. 64-79, 2007.

5 FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 35.

A Carta Magna, no §5º do artigo 226⁶ consagrou o princípio da igualdade e assegurou ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. Em sede de igualdade entre homens e mulheres, o ordenamento civil de 2002 passou a dispor que compete a ambos os genitores, independentemente de sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, e que somente na falta ou impedimento de um deles, que o outro exercerá de forma exclusiva.⁷

Quanto à titularidade do poder familiar, ao tempo da Codificação Civil de 1916 se concedia de forma exclusiva ao marido, que era tido como chefe da sociedade conjugal. A mulher, por sua vez, poderia assumir o exercício do *pátrio poder* dos filhos somente na falta ou impedimento do pai.⁸

Diante da conotação machista do termo do *pátrio poder*, que só se refere ao poder do pai em face dos filhos, e em se tratando de termo culminado por resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento isonômico dos filhos clamaram mudança.⁹ O termo teve de se adequar a essa nova estrutura familiar prevista, e consequente relação parental remodelada, passando a ser denominado de poder familiar, pelo Código civil de 2002.¹⁰

Em sede de igualdade entre homens e mulheres, o ordenamento civil de 2002 passou a dispor que compete a ambos os genitores, independentemente de sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, e que somente na falta ou impedimento de um deles, que o outro exercerá de forma exclusiva.¹¹ Ainda, conforme se extrai do artigo 1.632 do Código Civil, no sentido de que o vínculo dos pais com os filhos em nada é alterado com o divórcio ou com a dissolução de união estável, permanecendo a ambos os mesmos direitos e deveres para com a prole que tinham na constância da união.¹²

Hodiernamente, a realidade familiar é marcada por rupturas conjugais, sendo que nesse cenário a mulher ainda sofre os reflexos de uma sociedade que culturalmente atribui papel diferenciado aos gêneros, o que tende a culminar inclusive em violência doméstica, oportunidade em que as medidas protetivas expressas na Lei 11.340/2006 poderão ser aplicadas, inclusive, quanto à restrição do direito de convivência do agressor com os filhos.

6 Art. 226 “[...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

7 “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.

8 “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.” BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

9 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456.

10 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (comp.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 251-274, p. 252.

11 “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.” BRASIL, 2002.

12 “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” BRASIL, 2002.

A presente pesquisa visa, portanto, abordar a guarda e o regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva em face do genitor, tendo como foco a análise dos institutos conforme a legislação vigente pertinente à temática. Desse modo, considerando a celeuma que envolve as relações dos pais com a prole diante do conflito entre os genitores ensejados pelo desfazimento da relação afetiva, temos o problema que pauta o desenvolvimento da pesquisa. Como deverá o direito tutelar a guarda e o regime de convivência dos filhos em situações em que exista o deferimento de medida protetiva?

2 A PROTEÇÃO DOS FILHOS NAS DISSOLUÇÕES AFETIVAS E O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA

A guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar (artigo 1.694, II, do Código Civil) e deve atender aos interesses da criança, compelindo seu detentor a prestar assistência moral, material e educacional, bem como garantir que seus direitos não sejam violados ou ameaçados.¹³ E conforme Rolf Madaleno, em situações de ruptura deve permanecer a cotitularidade e o coexercício do poder familiar, sendo esse o objetivo concreto da guarda compartilhada.¹⁴

Como se sabe, a legislação brasileira sofreu importantes modificações ao longo dos anos, as quais também se mostraram intensas no que concerne à guarda dos filhos. No percurso do instituto da guarda no direito brasileiro, pode-se perceber uma origem unitária e destinada preferencialmente aos cuidados maternos, e no mesmo passo de conquista de espaço e emancipação feminina, houve a consolidação igualitária de cogestão dos interesses da prole entre ambos os genitores.¹⁵

A Lei n. 11.698 de 2008 consolidou novos paradigmas jurídicos ao exercício do poder familiar, trazendo consigo o espírito do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a separação é do casal e não dos filhos. Outrossim, foi necessária outra lei para implementar a “cultura” da guarda compartilhada,¹⁶ uma vez que o termo “sempre que possível” adotado no §2º do artigo 1.584 em 2008 acabou por ser equivocadamente interpretado no sentido de que o compartilhamento somente seria aplicado aos casos em que se tinha acordo entre os genitores.¹⁷

Em consequência, foi sancionada a Lei n. 13.058, em 22 de dezembro de 2014, de autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e regular sua aplicação, tornando-a regra no Brasil, mesmo aos casos em que não há acordo entre os pais. Desse modo, com a alteração legislativa deixou-se de utilizar o termo “sempre que possível” para dispor, de forma expressa, quanto à obrigatoriedade de aplicação do compartilhamento da guarda. Da previsão do §2º do artigo 1.584 extrai-se que mesmo nos casos em que não houver consenso entre a mãe e o pai, estando aptos ao exercício do poder familiar, impõe-se a aplicação da cogestão da vida da prole, somente sendo excetuada a regra quando um deles declarar ao

13 ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

14 MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 249.

15 ROSA, Conrado Paulino da. Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 82.

16 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Saraiva Digital.

17 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4. ed. ver. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 454.

juiz que não deseja a guarda do infante.¹⁸

Em sede da previsão legal da aplicação da guarda compartilhada em situações de litígio, a doutrina não é uníssona. Akel,¹⁹ embora defenda que a guarda conjunta é o modelo ideal e mais benéfico para a criança, não compartilha integralmente com o entendimento do texto legal, uma vez que entende que a guarda compartilhada trará benefícios e menor sofrimento às crianças quando for possível a relação ao menos cordial entre os pais, e que no exercício da guarda compartilhada nessas relações as crianças serão obrigadas a conviver diuturnamente com brigas e conflitos de naturezas diversas.

Madaleno²⁰ infere que apesar de a guarda compartilhada legal procurar fazer com que ao pais, apesar da separação e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e pela integral formação da prole, com o intuito de realizarem da melhor maneira possível suas funções parentais, exigiria dos genitores o indissociável pré-requisito de uma harmônica convivência entre eles.

Ainda, Groeninga²¹ alerta para a responsabilidade dos operadores jurídicos e dos da saúde mental em dispensar maior cuidado à dinâmica que diz respeito às relações entre pais e destes com seus filhos pós-separação. Entende que em todos os casos o estabelecimento ou a preservação das relações parentais só é possível quando há comunicação, por mínima que seja. Entretanto, aduz quanto à necessidade de os operadores jurídicos empregarem esforços para que a comunicação se estabeleça e não que esta se quebre, ou que sua necessidade seja ignorada.

Outra parcela da doutrina concorda com o disposto no §2º do artigo 1.584 do Código Civil. Quanto à alteração legislativa, Pereira²² entende que foi bem-sucedida ao prever a imposição do compartilhamento da guarda na ausência de acordo entre os pais, considerando que a lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo e se entender quanto ao modo de gestão da vida dos próprios filhos.

Rosa,²³ refere que via de regra não há como esperar a cooperação em uma ação litigiosa. Se existisse bom senso, o judiciário nem seria suscitado, ou em último caso, a intervenção judicial seria tão somente para homologar o ajuste entre os genitores e desse modo, condicionar a guarda compartilhada ao acordo configura-se como uma atitude temerária que estimulará o conflito. Para Ramos,²⁴ a guarda compartilhada se mostra como solução para os litígios mais acirrados, nos quais as partes não estejam conseguindo dissociar os conflitos e as dificuldades advindas da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade.

18 “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).” [...]. BRASIL, 2002.

19 AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: uma nova realidade para o direito de família brasileiro. In: COLTRO, A; DELGADO, M. (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 44.

20 MADALENO, 2019, p. 463.

21 GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147-169, p. 156.

22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

23 ROSA, 2018, p. 428-429.

24 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Minha Biblioteca, p. 95.

Rosenvald e Farias²⁵ aduzem que a guarda compartilhada não pode estar submetida ao consenso dos genitores, sob pena de submetê-la ao crivo postestativo de um deles, e que a inviabilidade da guarda nesses casos de inexistência de consenso entre os pais faria surgir uma dimensão arbitrária, abusiva e inexistente do poder familiar, e com isso o melhor interesse das crianças e adolescentes restaria sacrificado.

Ademais, Almeida e Rodrigues Júnior²⁶ inferem que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar, pois equivaleria deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante preferência a sua titularidade e em flagrante prejuízo do maior interessado, que é o filho. Ainda, frisam que a guarda compartilhada deve ser assumida como único modelo viável, em atenção ao poder familiar. E que, caso existente o estado de dissintonia mantido pelos pais, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser relevado e tratado.

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, asseveram que a guarda compartilhada deve ser almejada inclusive nas demandas litigiosas. Conforme extrai-se do relatório do Recurso Especial de n. 1.629.994 – RJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com data de julgamento em 06 de dezembro de 2016, o acórdão atacado levou em conta histórico de violência doméstica por parte do genitor com relação à genitora para não conceder a fixação de guarda compartilhada, reformando a sentença que havia determinado o compartilhamento. A ministra relatora entendeu que o acórdão negou a vigência do artigo 1.584, §2º do Código Civil, inferindo por examinar o mérito. Afirmou que para que seja afastada a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, existem apenas duas condições, quais sejam, “a inexistência de interesse de um dos cônjuges” ou “a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar”, de modo que ressalta no voto proferido, que a incapacidade ao exercício do poder familiar se dá pela suspensão ou perda do mesmo, as quais dependem de prévia decretação judicial. E nesse sentido, deu provimento ao recurso especial para cessar o acórdão e restabelecer a sentença que determinou o compartilhamento da guarda.²⁷

Nessa perspectiva, cabe referir a Recomendação n. 25/2016 do CNJ proferida pela Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, que teve de destacar aos Juízes das Varas de Família, que ao decidirem sobre guarda da prole, em ações de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou mesmo em medida cautelar, para que considerem a guarda compartilhada como regra, mesmo quando

25 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6, p. 713-714.

26 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Plataforma Minha biblioteca, p. 470.

27 “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. NÃO DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADES. I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). II. Controvérsia: dizer em que hipóteses a guarda compartilhada poderá deixar de ser implementada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – jure tantum – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). IV. A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada, quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar. IV. Recurso conhecido e provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ**. Civil. Processual civil. Recurso especial. Divórcio. Guarda compartilhada. [...]. Recorrente: MB. Recorrido: DGP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502237840&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em: 13 de maio 2020.

não houver acordo entre os ascendentes, e na mesma esteira, ao decretar a guarda unilateral, justifiquem a impossibilidade da guarda compartilhada ao caso concreto.²⁸

Indo além, cabe reiterar que o genitor não guardião possui igualdade jurídica para o exercício do poder parental, estando tão somente privado do contato diário com a prole. A inexistência do contato diário acaba por dificultar o exercício pleno da autoridade parental do não guardião, sendo o instituto da guarda compartilhada um mecanismo para o pleno exercício do poder familiar, de modo que visa resgatar o interesse do não guardião para colaborar conjuntamente na educação do filho, participando ativamente de seu dia a dia.²⁹

A definição de guarda unilateral pode ser dada como o direito de um dos genitores ter a prole frequentemente consigo, atrelado ao dever de lhe promover desenvolvimento pleno. Em paralelo, a quem ela não foi concedida, é deixado o direito de visita, ou seja, a prerrogativa de ter contato com o filho em alguns momentos periódicos e de avaliar o crescimento pessoal promovido pelo guardião, em uma flagrante redução de influência na criação deste.³⁰

Para Leite³¹ a noção de custódia conjunta surgiu de duas considerações nítidas, o desequilíbrio anacrônico dos direitos parentais, e de uma cultura que desloca as crianças do centro de seus interesses e uma sociedade de tendência igualitária. Desse modo, a diferenciação ente os modelos de guarda previstos no Código Civil, está centrada na disposição dos papéis parentais. A guarda unilateral corresponde a um quadro de sobrecarga de um lado e inação do outro, porquanto na guarda compartilhada são exercidos ativamente por ambos os pais, não aceitando que qualquer deles se resuma ao mero acompanhamento por vistorias.³²

A convivência com os pais em dois lares distintos não significa a existência de dois domicílios. A criança ou adolescente terá uma referência espacial, mas conviverá em dois diferentes lares.³³ A determinação da base de moradia (artigo 1.583, §3º, do Código Civil), ou seja, qual dos genitores exercerá a custódia física do filho, acarretará na obrigação do outro progenitor prestar alimentos, uma vez que aquele que detém o filho em sua custódia física, alcançará de forma direta o atendimento das necessidades da prole.³⁴ Nesse sentido, o Enunciado n. 607 da VII Jornada de Direito Civil deduz que “a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia”.³⁵

28 “Art. 1º. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

§ 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 do Código Civil.” [...]. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 25, de 22 de agosto de 2016.** Recomenda aos Juízes que atuam nas Varas de Família que observem o disposto na Lei nº 13.058/2014, nos termos que especifica. [Brasília, DF]: CNJ, 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>. Acesso em: 10 abr. 2020.

29 RAMOS, 2016, p. 61.

30 ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 466.

31 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 262.

32 ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 466.

33 FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 719.

34 ROSA, 2018, p. 436.

35 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia. *In*:

Nessa perspectiva, conferir a ambos as mesmas responsabilidades é possibilitar, a utilização do poder familiar em igualdade de condições e retirar aquele poder conferido pela guarda única, que muitas vezes é utilizado com motivos que não encontram guarida na defesa dos interesses dos filhos, possibilitando que sejam utilizados como meio de vingança, que sejam retirados da companhia do não guardião e que sirvam de moeda de troca em barganhas inconfessadas e inconfessáveis.³⁶

O compartilhamento da guarda contempla um novo enfoque à parentalidade, no qual se privilegia não mais relações calcadas em poder, mas na valorização das relações afetivas e no equilíbrio de forças no contexto familiar. Mostrando-se como uma proposta ímpar em uma sociedade historicamente construída sobre relações de poder.³⁷

No mesmo sentido, Rosa³⁸ infere que o compartilhamento da guarda, mesmo em situações de litígio, representa a efetivação da doutrina da proteção integral, uma vez que o filho, independentemente da situação conjugal dos pais, tem o direito de que ambos sejam corresponsáveis pela sua vida.

Indubitavelmente, o pleno exercício da guarda compartilhada se dá por meio do diálogo constante entre os genitores. Entretanto, o diálogo não é mais pressuposto para que se implemente a guarda compartilhada, que tem como escopo principal garantir que ambos os pais participem de forma equânime na vida dos filhos, ainda que o litígio perdure na relação do ex-casal. Se os pais possuem plenas condições de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, não podem suas divergências preponderarem diante do pleno exercício da autoridade parental por ambos.³⁹

De outra banda, embora comumente confundidos, os institutos da guarda e da convivência se distinguem. Importa assentar que a guarda diz respeito ao modo de gestão da vida da prole, que pode ser de forma compartilhada ou unilateral – a convivência, que será analisada a seguir, versa sobre o período de convívio que cada genitor terá com seus filhos, sendo necessária a fixação nas duas modalidades de guarda.⁴⁰

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 7., [2015, Brasília, DF]. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, [2015]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/843>. Acesso em: 13 maio 2020.

36 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e Dignidade Humana**. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006. p. 591-601.

37 SCRETAS, Marlise B. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 277-282, p. 278.

38 ROSA, 2019, p. 153.

39 PEREIRA, Tânia da Silva; FRANCO, Natália Soares. O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (org.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 327-342, p. 340.

40 ROSA, 2015, p. 65.

3 O REGIME DE CONVIVÊNCIA

A convivência familiar é assegurada com prioridade absoluta no artigo 227⁴¹ da Constituição Federal, e regulamentando esse princípio, o Estatuto da criança e do Adolescente⁴² destaca a importância da vida em família, como ambiente natural para o desenvolvimento dos que ainda não atingiram a vida adulta, e mais do que um direito constitucionalmente garantido, a convivência familiar se mostra como verdadeira exteriorização da valorização do afeto.⁴³ Quanto ao instituto, Tepedino sustenta de forma precisa:

A convivência familiar, também denominada direito de visitas, constitui-se em importante instrumento de concretização do princípio da solidariedade e da igualdade, pois consolida a convivência entre pais e filhos após o fim da conjugalidade dos pais, com o escopo de manter os vínculos afetivos e, principalmente, dar continuidade ao exercício dos deveres inerentes à autoridade parental [...]. Afinal, a convivência entre os pais não há de interferir na relação de cada um deles com os filhos. (grifo do autor).⁴⁴

Visando o propósito de atender aos interesses prioritários dos filhos, o artigo 1.589 do Código Civil prescreve que o pai ou a mãe em cuja guarda não esteja o filho poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia segundo o acordado com o outro cônjuge, ou no que for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.⁴⁵ Nesse sentido, Dias afirma que:

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito próprio do filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se podem olvidar suas necessidades psíquicas. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.⁴⁶

41 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)” BRASIL, [2020].

42 “[...] Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” BRASIL. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019**. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113811.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

43 MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumento veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (comp.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 275-300, p. 296-297.

44 TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça de Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 415-435, p. 432.

45 MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca, p. 482.

46 DIAS, 2016, p. 447-448.

Cabe referir que a Lei da Guarda Compartilhada⁴⁷ trouxe modificações efetivas também no instituto do direito da convivência, uma vez que o termo “visitas”, passou a ser referenciado como “tempo de convívio” de acordo com o §2º do artigo 1.584 do Código Civil. Assim, Freitas infere que “a própria mudança de nomenclatura produz um substrato moral de maior legitimação que era aquele de visitante. O não guardião passa a ser convivente com o filho.”⁴⁸

A base de residência do filho, que anteriormente denominava-se pelo Código Civil como custódia física, em caso de unilateralidade, será do progenitor que detenha a guarda. Em caso de compartilhamento, mediante acordo ou decisão judicial, a casa de referência será de um dos genitores. E independentemente do modelo de guarda, a decisão obrigatoriamente deverá atribuir o tempo de convívio da prole com aquele dos pais que a criança não tenha a casa de referência.⁴⁹

Diante da separação dos pais, não pode o guardião, em hipóteses excepcionais de guarda unilateral, impedir o acesso ao outro, impondo restrições indevidas. E neste sentido, decisões judiciais que estabelecem limitações desarrazoadas ao direito de convivência, acabam por violar princípio constitucional, restando comprometido um direito que é próprio do filho.⁵⁰ Ademais, frisa-se que “não se trata de um singelo “mamãe, posso ir?, mas sim de, independentemente de o questionamento ser direcionado ao pai ou à genitora, de ter o direito de ir.”⁵¹

Não obstante a ausência de previsão legal, mostra-se costumaz na prática judiciária o estabelecimento de regimes de convivência livres, o que para muitos é a melhor saída⁵² como foco de proteção das crianças e adolescentes. Contudo, tendo como premissa que o direito de convivência familiar se trata de uma das garantias fundamentais daqueles que a Constituição Federal de 1988 destinou proteção absoluta, entende-se como dever de todos os profissionais que atuam nos processos de família, em especial aos Promotores de Justiça, a impossibilidade de aplicar tal raciocínio.⁵³ No mesmo sentido é o que aduz Teixeira⁵⁴, ao frisar que a guarda compartilhada não implica em convivência familiar livre, de modo que a organização do cotidiano dos filhos é de suma importância a fim de se evitar abusos no exercício da autoridade parental.

Neste universo de deveres e garantia de direitos, a responsabilidade dos pais não pode ser

47 BRASIL. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

48 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96.

49 ROSA, Conrado Paulino da; VERONESE, Josiane Rose Petry. O tempo de convivência livre e a máxima intervenção na proteção dos direitos da criança e do adolescente. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 34, p. 74-90, ago. 2019. Bimestral, p. 78.

50 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.

51 ROSA, 2018, p. 442.

52 Corroborando tal posicionamento: “Em se tratando de guarda compartilhada, ordinariamente, não haverá necessidade de regulamentação de visitas, na medida em que a convivência entre pais e filhos está mantida, não havendo necessidade de visitação. A outro giro, na guarda unilateral há imperiosa necessidade de regulamentação de visitas, com vistas a que se mantenha o convívio entre pais e filhos.” FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 712-713.

53 ROSA; VERONESE, 2019, p. 80.

54 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 19-41, p. 37.

afastada, admitindo-se entre eles, no desenlace, um amplo acordo com a solução oportuna e coerente no convívio com os filhos. Embora os filhos tenham uma residência principal, fica a critério dos genitores o planejamento da convivência em suas rotinas quotidianas.⁵⁵

A confusão em relação à ideia de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta pela guarda compartilhada, foi objeto da aprovação dos Enunciados n. 603, 604 e 606, da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, visando sanar eventuais questionamentos. Portanto, a guarda física compartilhada desvela-se em ampliação do direito de visitas acrescida de deveres, em que a convivência com o filho é intensificada, compelindo ambos os pais a participarem de forma ativa no dia a dia do filho.⁵⁶

Ademais, Rosa e Veronese⁵⁷ frisam, que apesar de o tempo de convívio dividido de forma equilibrada previsto no §2º do artigo 1.584 do Código Civil, falar tão somente da modalidade de compartilhamento, atentando-se à previsão constitucional do caput do artigo 227 da Constituição Federal, entendem que não há nenhum óbice para que tal premissa também seja observada quando em caráter excepcional, fixar-se a guarda unilateral.

Na perspectiva da Convivência Familiar em sede das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha, sublinha-se a previsão legal do inciso IV, do artigo 22 da Lei em comento, que se trata de medida tipicamente cível, nos moldes do que dispõe os artigos 1.585 do Código Civil e 101, §2º do ECA. A diferença reside porquanto essas possuem como foco a proteção dos interesses da criança e do adolescente, esta medida protetiva de urgência tem foco duplo, proteção à mulher e proteção às crianças, em face do contexto de violência doméstica.⁵⁸

Assim, a medida de restrição ou suspensão da convivência para com os dependentes, conforme prevê o inciso supracitado, deve ocorrer após ser ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar. Quanto ao disposto, Dias⁵⁹ entende que a recomendação bem revela a preocupação em preservar o vínculo de convivência entre pais e filhos.

Os profissionais atuantes nesses juizados devem estar atentos a essa situação, para evitar que a Lei Maria da Penha sirva como instrumento de retaliação por via dos filhos de algo relacionado à questão conjugal dos genitores. Nessa esteira, toda e qualquer restrição do direito de convivência familiar necessita de criteriosa avaliação. Caso contrário, o Poder Judiciário poderá se aliar a um dos genitores em sua esperança de exercício egoístico da parentalidade.⁶⁰

Desta feita, tendo em vista a doutrina da proteção integral e em se tratando a convivência familiar de um direito fundamental, é atribuição de todos garanti-lo, dever que é da família, da sociedade e do Estado, de modo que privar crianças e adolescentes da convivência com seus genitores, seria, por

55 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca, p. 544.

56 RAMOS, 2016, p. 118.

57 ROSA; VERONESE, 2019, p. 80.

58 ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, n. 157, p. 131-171, jul. 2019. Bimestral, p. 138.

59 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

60 ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da guarda compartilhada**. - São Paulo: Saraiva, 2015. p.129.

certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, que não se aliam ao que fora preconizado pela Carta Magna.

4 A GUARDA E O REGIME DE CONVIVÊNCIA EM SITUAÇÕES DE LITÍGIO ENTRE OS GENITORES: a solução possível aos filhos em situações em que exista o deferimento de medida protetiva

O tema da violência contra a mulher, de forma geral, e o da violência conjugal, de forma específica, pouco são tratados no âmbito do Direito de Família. Frequentemente a discussão se encerra apenas no âmbito criminal. No entanto, alguns pressupostos da relação familiar são justamente o que permite a perpetuação da violência conjugal. Dentre eles, destaca-se a ideia ainda presente no senso comum de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, na ideia de que não caberia ao Estado, por meio do direito, interferir no que ocorre na relação afetiva de um casal.⁶¹

Conforme Fernandes,⁶² “o padrão desigual patriarcal molda não só a forma como homens e mulheres se relacionam, mas também a elaboração e aplicação das leis.” Nessa esteira, se a distinção dos papéis sociais por gênero é cultural do machismo, a luta pela “igualdade de gênero” traduz-se na luta pela “igualdade parental”, pois possuem os mesmos fundamentos, a igualdade nos papéis sociais para os gêneros masculino e feminino.⁶³

Já é chegada a hora de efetivação da horizontalização entre gêneros, prevista desde a Constituição Federal de 1988, para que a família na contemporaneidade possa desenhar-se como um espaço verdadeiramente democrático e igualitário, e um passo importante para isso está na inversão da lógica de cuidado parental.”⁶⁴

Mesmo com alterações legislativas que ocorreram no âmbito familiar, ainda não foi possível modificar a mentalidade da grande parte da população brasileira e notadamente de operadores do direito⁶⁵, que ainda presos no antigo Código Civil de 1916, que tinha uma definição rígida dos papéis do homem e da mulher no âmbito familiar, veem com muita resistência a possibilidade da participação de ambos os genitores na criação dos filhos quando da presença de litígio. Nesses moldes, se faz altamente necessária e

61 BRAUNNER, Maria Claudia Crespo; CARLOS, Paula Pinhal de. A família democrática. Violência de gênero: a face obscura das relações familiares. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e Dignidade Humana**. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006. p. 641-661, p. 639.

62 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca, p. 40.

63 MONTAÑO, Carlos. **Alienação parental e guarda compartilhada**: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145-146.

64 ROSA, 2019, p. 148.

65 Em pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do Tribunal de Justiça Gaúcho, em síntese, o que se verificou através dos julgados, foi entendimento prevalente de que o deferimento da guarda compartilhada pressupõe o entendimento entre os genitores e ainda, que dependeria de vasta análise probatória e estudos demonstrando a viabilidade. Se extrai também, que preponderantemente, os relatores aduzem que embora exista o deferimento de medida protetiva de afastamento do genitor em face da genitora, tal situação não seria motivo suficiente para restringir a convivência do pai com a prole. Percebe-se, ainda, que na maioria dos julgados, a “visita” do genitor aos filhos limitou-se em finais de semana alternados. Ademais, em um dos casos o relator entendeu por restringir a convivência, mesmo que a medida protetiva não tenha se estendido aos filhos. GONÇALVES, Júlia. **A guarda compartilhada e regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva**: qual a solução possível? 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2020, p. 69-78

importante a atuação do Estado para amenizar esses litígios e “aparar as arestas” das partes em prol de um objetivo partilhado: o convívio, a criação e a felicidade do filho.⁶⁶

Nessa esteira, é importante trazer à tona o real sentido das Medidas Protetivas de Urgência, e conforme Ávila,⁶⁷ a Lei Maria da Penha já fez uma ponderação de interesses quanto ao risco que as mulheres estão submetidas, de modo que a necessidade de proteção já é presumida pela alegação da vítima, consubstanciando-se em prova suficiente para o deferimento liminar do pedido. Assim, o padrão decisório para a concessão das Medidas Protetivas de Urgência deve ser o *in dubio pro tutela*, o que nos leva a concluir que a racionalidade decisória não é punitiva, mas protetiva e, na dúvida, deve-se proteger.

A adoção da guarda compartilhada depende de um processo de conscientização a ser promovido pelos operadores do direito, em especial por advogados, juízes e promotores, cabendo a estes transmitir às partes o seu real significado e as suas vantagens, incentivando sua utilização.⁶⁸

Diante da violência doméstica, o Poder Judiciário, junto com outros poderes e a sociedade, são fundamentais na consolidação dos princípios constitucionais, oferecendo procedimentos capazes de buscar a solução dos litígios de forma mais humanizada.⁶⁹ O resgate do diálogo e a promoção do entendimento e respeito entre os membros da família que se transforma, fazem parte da função de pacificação dos conflitos e do dever do Estado de coibir a violência doméstica, previsto no §8º do artigo 226 da Constituição Federal⁷⁰.

O Código de Processo Civil introduziu a mediação no capítulo concernente às ações de família, com previsão dos artigos 693 a 699.⁷¹ Sendo que no artigo 694 tratou de especificar que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação”.⁷²

O preceito previsto no artigo 695, tratando de atender a essa finalidade, estabelece que recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação. E nesse sentido Tartuce⁷³ entende que “parece claro, pelo dispositivo, que a audiência de mediação e de conciliação tornou-se obrigatória em tais demandas de Direito de Família.”

E no que tange o instituto da guarda, o Enunciado n. 335 da IV Jornada de Direito Civil tratou de referir que “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação

66 RAMOS, 2016, p. 95.

67 ÁVILA, 2019, p. 152.

68 LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda compartilhada: a nova realidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 317-325, p. 321.

69 THOMÉ, Liane Maria Busnello; PANICHI, Renata Maria Dotta; MADCHE, Flavia Clarici; SPHOR, Maria Paula. Mediação familiar na violência doméstica: saber e saber fazer. **Revista da Faculdade de Direito Da FMP**, Porto Alegre, v. 7, p. 265-273, 2013. Semestral, p. 272.

70 RAMOS, 2016, p. 20.

71 VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5 Plataforma Minha Biblioteca, p. 191.

72 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

73 TARTUCE, Flavio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca, p. 231.

e da orientação de equipe interdisciplinar.”⁷⁴

A mediação nos conflitos familiares, se mostra de grande importância, por envolver as partes na resolução final do conflito ganha especial relevância no contexto de efetividade, tendo sido consagrada pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça⁷⁵ e abarcada pelo Código de Processo Civil de 2015.⁷⁶

Assim, a atuação conjunta do Direito com o Serviço Social e a psicológica, seja via perícia ou mediação de conflitos, faz com que todos os envolvidos ganhem, mas principalmente as crianças e adolescentes, uma vez que as chances de esses filhos tornarem-se instrumentos de contenda em uma tentativa frustrada de compensar os traumas sentimentais com disputas judiciais, se reduz significativamente.⁷⁷ Ademais, as formas complementares de solução de conflitos se mostram como espaço de escuta e de novas possibilidades no enfrentamento das rupturas familiares, possibilitando arranjos diversos nos relacionamentos afetivos entre pais e filhos, os quais não poderiam ser previstos em uma sentença judicial.⁷⁸

A sociedade perpetuou o entendimento de que na dissolução das relações a criança fica com um e recebe apenas as visitas do outro. Assim, não adianta apenas obrigar a fazer diferente, é preciso ensinar a fazer diferente, mostrando os caminhos possíveis, e a aplicação compulsória da Guarda Compartilhada só será efetivamente positiva se todos os envolvidos tiverem o pleno entendimento da sua importância e do seu real significado.⁷⁹ Nesse sentido o §1º do artigo 1.584 do Código Civil, dispõe que na audiência de conciliação o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, sua importância e a similitude de direitos e deveres atribuídos aos genitores, bem como as sanções pelo descumprimento e suas cláusulas,⁸⁰ e conforme Gonçalves,⁸¹ o disposto no artigo trata-se de imposição legal.

É possível o trabalho em rede, reunindo os vários profissionais envolvidos com o intuito de conscientizar os genitores da importância da criação conjunta dos filhos. Dessa rede podem participar, além dos juízes, promotores e servidores da justiça, os psicólogos e assistentes sociais judiciários ou externos, nomeados para tanto; psicólogos da família, mediadores, advogados e tantos quantos puderem contribuir

74 FACHIN, Luiz Edson; SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., [2007, Brasília, DF]. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, [2007]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/358>. Acesso em: 16 mai. 2020.

75 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [Brasília, DF]: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 15 maio 2020.

76 RAMOS, 2016, p. 168.

77 ROSA, 2019, p. 101.

78 THOMÉ, Liane Maria Busnello; ALVES, Iasmine Caron. O relevante papel da conciliação e da mediação na solução de conflitos no âmbito da alienação parental. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **O Direito no lado esquerdo do peito: ensaios sobre direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014. p. 279-291, p. 280.

79 ESPINOSA, Márcia Carlos. O instituto da guarda compartilhada à luz da Lei 13.058/14. In: ROSA, Conrado Paulino da (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: RJR, 2015. p. 112-130, p. 125.

80 “No contexto de litígio familiar, nota-se a inter-relação existente entre as Varas de Família e as Varas da Infância e Juventude. Por conta do litígio exacerbado entre os pais em si, muitas crianças têm seus direitos ameaçados ou violados por abuso deles, ensejando a situação descrita no art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os pais, por sua vez, descumprindo os deveres inerentes à autoridade parental, poderão responder pela infração administrativa prevista no art. 249 do diploma legal mencionado.” RAMOS, 2016, p. 96.

81 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6, p. 285.

para solucionar o conflito da melhor forma.⁸²

A figura do mediador, como um terceiro imparcial e devidamente capacitado, possui papel fundamental na condução do processo comunicativo entre as partes mediadas, comunicação esta que foi rompida com a ocorrência da violência doméstica.⁸³ Desse modo, o que se almeja no procedimento da mediação é a postura de responsabilidade pelo projeto de futuro, que norteará a vida daquelas pessoas vinculadas por relações familiares e de afeto, proporcionando às famílias a oportunidade de uma comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos, evitando-se rupturas desnecessárias.⁸⁴

Nessa esteira, conforme Barbosa⁸⁵, diante do episódio de violência doméstica, em sede de mediação é conferida aos genitores a oportunidade de diferenciar o que é resquício negativo de um casal conjugal, já separado, do que é comportamento do casal parental, que se mistura nessa transformação familiar. De modo que, diante da conscientização dos pais, oportuniza-se um espaço que lhes permite promover mudanças de comportamento, como por exemplo, ao verbalizar o receio de algum tipo de violência do outro genitor em relação ao filho.

Ao depois, os encontros de mediação poderão ser realizados tantas vezes se mostrarem necessários, nos termos do artigo 694 do Código de Processo Civil, de modo que a prática mediativa poderá auxiliar os genitores a construir de que forma acontecerá a coexistência parental, bem como o tempo de convívio e demais questões pertinentes. O juiz, a requerimento das partes, poderá determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação ou a atendimento multidisciplinar (artigo 694, parágrafo único, do Código de Processo Civil).⁸⁶

Ainda, o artigo 334, § 7º do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade da realização do procedimento mediativo por meio eletrônico.⁸⁷ Cezar-Ferreira e Macedo consideram que, em matéria de família o meio eletrônico tende a não ser o mais eficaz, mas que em casos específicos, a comunicação por esse meio pode ser útil.⁸⁸ Nota-se, que o exercício da mediação nesses moldes corresponde a um instrumento de grande valia às demandas em comento, uma vez que diante de receio da ofendida, ou mesmo com a impossibilidade de aproximação decorrente de medida protetiva, nada impede que tal meio de resolução de conflitos seja utilizado nesses moldes, em prol do maior interesse dos filhos.

No que tange o compartilhamento da guarda em situações em que exista Medida Protetiva do genitor em face da genitora, como proposta para que de fato o instituto tenha efetiva aplicabilidade, pensa-se na utilização de alguns instrumentos, como a elaboração de um Plano de Parentalidade, ou contrato de

82 CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016. Plataforma Minha biblioteca, p. 149.

83 THOMÉ, Liane Maria Busnello. A mediação familiar e a Lei Maria da Penha. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (coord.). **Família e sucessões sob um olhar prático**. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p. 272-280, p. 278.

84 ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 281.

85 BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca, p. 54.

86 RAMOS, 2016, p. 175.

87 “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.” BRASIL, 2015.

88 CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 139.

Guarda Compartilhada. Madaleno⁸⁹ aborda a possibilidade da elaboração de um Plano de Parentalidade, o qual já possui previsão no Código Civil da Catalunha (artigo 233-9).⁹⁰ O instrumento é utilizado para concretizar a forma pela qual ambos os genitores exercerão suas responsabilidades parentais, detalhando-se os compromissos que assumem a respeito da guarda, dos cuidados e com a educação dos seus filhos, com aplicabilidade tanto no processo consensual como no contencioso.

Ainda, aborda-se o encaminhamento dos pais para auxílio na implementação da Guarda Compartilhada, atividade que pode ser próxima a da mediação, na qual, no entanto, em vez de o mediador ajudar o ex-casal a retomar a comunicação e mudar a relação, podendo chegar a algum acordo, ele coloca o foco na facilitação da comunicação em direção à transformação da relação, para que os pais percebam vantagens e desvantagens, para seus filhos, da adoção de guarda compartilhada, bem como as possibilidades para tanto.⁹¹

Outra alternativa a se pensar é a adoção das Oficinas de Parentalidade como política pública, e nesse viés o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação n. 50/2014 no sentido de que os Tribunais de Justiça, por meio de seus Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflitos adotem-nas.⁹² A sugerir que os juízes em ações de guarda, divórcio e ações paralelas, ao despacharem a petição inicial, sugiram às partes que participem das oficinas, que são disponibilizadas *online*.⁹³

Tendo como premissa o contexto histórico de humanização a que perpassa o Poder Judiciário, a Oficina de Parentalidade e divórcio surge no cenário jurídico brasileiro como um instrumento da Cultura de Paz⁹⁴ e catalisador de mudanças comportamentais e sociais, desenvolvidos pelo diálogo com outros saberes. Essa prática busca despertar nos genitores em litígio, a conscientização da importância do exercício da parentalidade de forma responsável e colaborativa para a satisfação das reais necessidades da prole e das estratégias que poderão ser utilizadas para satisfazer tais necessidades.⁹⁵

89 MADALENO, 2019, p. 125.

90 ESPANHA. **Lei 25/2010, 29 de julho, do segundo livro do Código Civil da Catalunha**. Referente à pessoa e à família. Madrid, ES: Comunidade Autônoma da Catalunha, 2010. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

91 CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 148.

92 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Oficina de Pais e Mães Online**. Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/oficina-de-pais-e-maes-online-2/>. Acesso em: 15 maio 2020.

93 DIAS, 2016, p. 529.

94 “Artigo 1º Uma Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: a) No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; b) No pleno respeito aos princípios de soberania, integridade territorial e independência política dos Estados e de não ingerência nos assuntos que são, essencialmente, de jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional; Comitê Paulista para a Década da Cultura de Paz – parceria UNESCO-Associação Palas Athena 3 c) No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; d) No compromisso com a solução pacífica dos conflitos; e) Nos esforços para satisfazer as necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente para as gerações presente e futuras; f) No respeito e promoção do direito ao desenvolvimento; g) No respeito e fomento à igualdade de direitos e oportunidades de mulheres e homens; h) No respeito e fomento ao direito de todas as pessoas à liberdade de expressão, opinião e informação; i) Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações; e animados por uma atmosfera nacional e internacional que favoreça a paz.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz**. [S. l.], 06 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

95 ROSA, 2019, p. 168.

Ademais, frente a um episódio de litígio entre os genitores, a atuação do Serviço Social e da Psicologia são determinantes nas questões atinentes à infância,⁹⁶ e o §3º do artigo 1.584 do Código Civil consigna que, para estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar a divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.⁹⁷

Contudo, em que pese o artigo em comento disponha que o juiz *poderá* se basear em orientação de equipe interdisciplinar, em situações em que exista o deferimento de Medida Protetiva de afastamento do genitor em face da genitora, entende-se que tal disposição legal deve ser observada de forma imperativa.

Reitera-se que a existência de eventual Medida Protetiva em relação a um pai não importa na impossibilidade do exercício da guarda compartilhada. Em sede de medida protetiva, que pode inclusive impedir o contato com a mulher ofendida, o Juízo pode restringi-lo às decisões da vida dos filhos ou solicitar que a comunicação seja realizada por intermédio de pessoa de confiança da mulher, como por exemplo, um ascendente, um irmão ou uma amiga.⁹⁸

O assistente social, no âmbito do Poder Judiciário, possui como uma das atribuições a de realizar o estudo social, envolvendo a abordagem de determinada situação, tendo em vista a garantia dos direitos dos usuários atendidos.⁹⁹ Na realização do estudo social o profissional pauta-se no que é expresso verbalmente e no que não é falado, mas que se integra como conteúdo do contexto em foco. Ele dialoga, observa, estuda, analisa, registra, estabelece pareceres, que podem, muitas vezes, resultar na reconstituição dos acontecimentos que levaram a uma determinada situação vivenciada e tida como “objeto” da ação judicial.¹⁰⁰

Ainda, de acordo com Montaña,¹⁰¹ caberá ao assistente social, nos casos de guarda, verificar as condições de convivência de ambos os genitores com seus filhos, observando indícios, se existirem, que impeçam a guarda e avaliar as consequências físicas e relacionais, para ponderar e garantir o superior interesse da criança. O perito e os assistentes técnicos, para o desempenho de suas funções, podem utilizar todos os meios necessários, ouvindo testemunhas e até mesmo, através de fotografias e desenhos. Desse modo, independentemente da idade da prole, o instrumento possibilitará a análise do requisito do melhor interesse do infante, que é o fator norteador da questão.¹⁰²

Já o perito psicólogo, ao entrar nas relações conflituosas do sistema familiar, irá interagir com ele, podendo desenvolver novos padrões de trocas, e consequentemente novas estruturas e possibilidades das pessoas se relacionarem. Desse modo, a partir da perspectiva sistêmica, o conflito interpessoal pode ser

96 ROSA, 2019, p. 101.

97 MADALENO, 2019, p. 112.

98 ROSA, 2019, p. 99.

99 DORETO, Daniella Tech. [et al.]. **Serviço social no Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sagah, 2019. Revisão técnica: Andréia Saraiva Lima, p. 63.

100 ROSA, 2019, p. 101.

101 MONTAÑO, Carlos. Alienação parental, guarda compartilhada e a atuação do Serviço Social na proteção da criança alienada. In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018, p. 123.

102 ROSA, 2015, p. 77-78.

compreendido em sua complexidade, a partir do desencontro entre pessoas que possuem visões diversas mediante uma mesma situação, sem que uma seja mais válida que a outra, distanciando-se da postura de se optar pela versão mais correta ou verdadeira, substituindo-a pela multivisão do problema, onde todas as versões são legitimadas.¹⁰³

Portanto, o objetivo da Perícia Psicológica na Vara de Família é o estudo de uma determinada situação que envolve as relações humanas, utilizando-se de técnicas próprias da ciência psicológica, visando a compreensão do fenômeno em um referencial teórico em que o enfoque é o supremo interesse da criança.¹⁰⁴

Ademais, a participação dos pais em reuniões de conscientização a respeito do poder familiar, o encaminhamento destes para tratamento psicológico ou psiquiátrico, na forma do art. 129, III, do ECA, e o encaminhamento da família para a mediação são importantes mecanismos de auxílio quando existe litígio.

No mesmo sentido, é o que aduz Gonçalves,¹⁰⁵ que na ação em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, o juiz ao verificar que ambos revelam condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada e encaminhar os pais, quando necessário, ao acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, nos termos do artigo 129, III do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1.584, §3º do Código Civil. Isso porque a guarda compartilhada é a regra, e as desavenças e os ressentimentos dos pais devem ser trabalhados individualmente pelos ex-cônjuges na seara adequada.¹⁰⁶

A agressão à mulher nem sempre justifica restringir ou limitar a visitação aos filhos, motivo pelo qual o legislador mencionou a necessidade de uma avaliação técnica para se verificar se a violência contra a mãe está produzindo efeito danoso nos filhos.¹⁰⁷ E nesse aspecto, quando o histórico de violência se der apenas com relação à genitora, em princípio, inexistem razões para privar o agressor do contato com seus filhos.¹⁰⁸

Nessa esteira, nos casos em que a convivência com os filhos estiver supostamente ameaçada em função das medidas de proteção aplicadas para coibir a violência contra a mulher, caberá à equipe “multidisciplinar” analisar cuidadosamente os desdobramentos que podem atingir os filhos e os prejuízos que porventura possam advir de tal medida. Podendo se supor, que encaminhamentos distintos possam ser usados no que diz respeito à aproximação do suposto agressor da ex-companheira e dos filhos.¹⁰⁹

Assim, no que atine a Convivência Familiar, conforme já se assentou, encontra-se prevista na Constituição Federal, dentre os direitos fundamentais a serem assegurados às crianças e adolescentes, bem como no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando jurídica a necessidade humana

103 CARVALHO, Analice de Souza Arruda Vinhal de. AMORIM, Eliane Pelles Machado. ROSA, Conrado Paulino da. A perícia psicológica interventiva na interface com o direito de família. In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018. p. 73-78, p. 74.

104 SRETAS, 2018, p. 277.

105 GONÇALVES, 2016, p. 285.

106 RAMOS, 2016, p. 98-99.

107 FERNANDES, 2015, p. 156.

108 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 98.

109 CARDOSO, Fernanda Simplicio; BRITO, Leila Maria Torraca de. Possíveis impasses da Lei Maria da Penha à convivência parental. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 529-546, jul. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812015000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 maio 2020.

de troca de experiências e aprendizados a partir do convívio e interação social-familiar.¹¹⁰ O artigo 1.589 do Código Civil¹¹¹ trata das questões concernentes ao período de tempo que a prole ficará na companhia do genitor, em cuja guarda não estejam os filhos.

Em se tratando de direito fundamental, a fixação do regime de convivência deve visar um ambiente ideal, com a construção de dias, horários e locais de retirada, sempre levando em conta o conforto dos filhos e não dos genitores, de modo que os pais podem apresentar um plano de convivência, ou quando não o fizerem, resta a provocação aos advogados. Em último caso, de ofício, o juiz e o promotor deverão auxiliar as partes, ou até mesmo realizar esse projeto de forma impositiva.¹¹²

Nesse aspecto, quanto mais conflituoso for o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente deve ser regulamentado o regime de convivência, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida, com vistas a não deixar um genitor a mercê do outro, só tendo acesso ao filho quando o outro “deixa”.¹¹³ Desse modo, quando a homologação dos termos da mediação ou as sentenças versarem sobre esse direito, é preferível exagerar pelo excesso, no sentido de prudência, do que pela falta, regulamentando de forma detalhada de que modo será distribuído o tempo de convívio entre os genitores,¹¹⁴ necessidade esta que se mostra ainda mais relevante nos casos em que for deferida Medida Protetiva de afastamento do genitor em face da genitora, pois a garantia da efetividade de tal direito fica à mercê de regulamentação por parte do juízo, dos termos e moldes que será efetivado.

De acordo com Dias¹¹⁵, “existem meios legais tanto para que um dos pais cumpra o regime de visitação como para que o outro entregue o filho, para que as visitas sejam cumpridas.” A figura do garantidor da convivência pode ser um parente, um amigo de confiança das partes, como também um profissional (ex.: psicólogo, assistente social, babá, segurança, etc.).¹¹⁶ E nesses novos arranjos familiares, a colaboração da família extensa é desejável.¹¹⁷

Ainda, a utilização da escola como ponto de referência para o exercício do direito de convivência familiar poderá auxiliar na diminuição dos pontos de conflito entre os genitores, evitando eventuais desentendimentos na frente da prole. Outra vantagem, é que na ocorrência da inobservância da cláusula de convivência estabelecida, haverá a facilitação da prova de tal comportamento.¹¹⁸

Cabe reiterar, que o direito à convivência familiar permanece nos dois modelos de guarda previstos em nosso ordenamento jurídico, por se tratarem de institutos que não se confundem. Nessa esteira, conforme aduz Nader,¹¹⁹ se trata de um direito natural que não pode ser subtraído dos pais, de modo que por circunstâncias especiais, pode não ser recomendável o seu exercício durante determinado período, mas não

110 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6. Plataforma Minha. Biblioteca, p. 317.

111 “[...] Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.” BRASIL, 2002.

112 ROSA, 2019, p. 91.

113 DIAS, 2016, p. 513.

114 ROSA; VERONESE, 2019, p. 88.

115 DIAS, 2016, p. 531.

116 RAMOS, 2016, p. 88.

117 CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 149.

118 ROSA, 2018, p. 444.

119 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca, p. 292.

há lei que exclua o direito de visita. E conforme Rizzardo,¹²⁰ na ocorrência de motivos graves suspende-se o exercício, e não o direito.

De modo que, sendo a concessão das Medidas Protetivas uma cláusula de barreira praticamente imediata, e que na maioria das vezes a determinação é de impedimento de contato por qualquer meio de comunicação com a vítima (genitora), e com seus familiares, pensando na segurança da vítima, nem sempre as autoridades responsáveis asseguram o direito de convivência da prole com o genitor afastado. A utilização da medida como forma de afastamento parental pode ocorrer em face que de na dúvida, se protege a vítima e afasta o “pretenso abusador”.¹²¹

De acordo com Ramos,¹²² as “visitas vigiadas somente se justificam nas hipóteses de riscos de violência física ou sexual.”¹²³ Para Tepedino e Teixeira¹²⁴ se houver indício de desatendimento ao interesse do infante, recomenda-se que se faça perícia ou estudo psicossocial a fim de se verificar se a imposição da convivência será maléfica para o filho, uma vez que a presunção é de que seja salutar para a satisfação de seu direito fundamental.

Em vista do exposto, corroborando mais uma vez o que foi dito anteriormente, com o intuito de preservar o vínculo de convivência entre o genitor e a prole, observa-se imprescindível a atuação da equipe de atendimento multidisciplinar. Assim, mesmo em sede de Medida Protetiva de restrição da convivência do genitor com a prole, surge como solução o estabelecimento de visitas supervisionadas, uma vez que havendo indícios de risco à integridade física da mulher e dos filhos, a suspensão das visitas geralmente é deferida em sede liminar, sem que se tenha a oitiva do progenitor e parecer técnico antecedendo e orientando de forma satisfatória a decisão judicial.

Portanto, em se tratando de um direito fundamental do infante, o de conviver com seus núcleos familiares, na dúvida há que se garantir que as visitas ocorram de forma segura e supervisionada, e de preferência em ambiente terapêutico, mas que não seja de pronto retirado tal direito, sob pena de causar prejuízos imensuráveis a estes que estão em fase de desenvolvimento. Nesse sentido, Maciel infere que:

O poder familiar, não raras vezes, ficará restringido e, por via de consequência, os encontros entre pais e filho deverão ser precedidos de cuidados, que, dependendo do caso concreto, podem culminar em convívio supervisionado, de maneira a garantir a integridade física e psíquica do infante.¹²⁵

Conforme o artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, pressupõe Alienação Parental “apresentar

120 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 241.

121 ULLMANN, Alexandra; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Quando a Lei Maria da Penha é uma forma de alienação parental. **Consultor Jurídico**, [São Paulo], 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/quando-lei-maria-penha-forma-alienacao-parental>. Acesso em: 20 maio 2020.

122 RAMOS, 2016, p. 164

123 Conrado Paulino da Rosa entende que mesmo existindo denúncia de abuso sexual (artigo 4º, parágrafo único da Lei 12.318/2010), assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor a garantia mínima de visitação assistida. De modo que ainda que a notícia de abuso deva ser analisada com atenção pelo juízo, em decorrência da gravidade das consequências para a vítima, o magistrado deverá determinar que convivência seja mantida, ao menos de forma assistida, por profissional do Serviço Social ou Psicologia. Entendendo se tratar de uma cautela, de caráter temporário, para que a demora processual não sirva como aliada para um possível genitor alienador. ROSA, 2019, p. 119.

124 TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 319.

125 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 226.

falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente”.¹²⁶ E de acordo com Rosa¹²⁷, o pedido de Medida Protetiva de Urgência baseado em fatos que não aconteceram, tem se apresentado como meio de buscar afastar o genitor do filho. Ocorre, que conforme Ramos:

É uma crueldade com uma criança privá-la do convívio familiar, que não se justifica a não ser em casos excepcionais de iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica, atestado por profissional devidamente habilitado.¹²⁸

Indo além, cabe mencionar o artigo 1.585 do Código Civil,¹²⁹ que também fora alterado pela Lei n. 13.058/2014, e que trata de medida de grande importância, que é a oitiva de ambos os progenitores antes de se decidir sobre guarda, na pretensão cautelar ou provisória, em qualquer demanda sobre direito de família que envolva a guarda ou convivência dos filhos. E de acordo com Rizzardo,¹³⁰ tal disposição consubstancia a importância da participação do pai e da mãe em decisões relativas aos filhos, justamente em função da responsabilidade no compartilhamento das relações decorrentes da filiação. De modo que somente em casos excepcionais, de perigo aos interesses dos filhos (como ameaças à segurança e vida, pretensões de rapto e fuga), deve se conceder a medida relativa à guarda ou convivência em favor de um genitor, sem a oitiva do outro.

Sendo assim, torna-se primordial também em sede de Medida Protetiva em face da genitora, que seja realizada a oitiva de ambos os genitores nos processos que envolvam guarda e convivência, pois percebe-se que a existência de violência doméstica, por si só, não é motivo suficiente para aplicação da Guarda Unilateral ou para restringir o direito à Convivência Familiar.

Convém consignar, que, duas situações, em caráter excepcional, autorizam a aplicação da Guarda Unilateral, sendo uma delas o reconhecimento de quadro grave de alienação parental por um dos genitores ou em sede de alguma outra situação alertada pela equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família responsável pelo processo.¹³¹ Encontra-se, ainda, menção na doutrina a outras situações que inviabilizam a Guarda

O artigo 699 do Código de Processo Civil prevê a necessidade de o juiz ser acompanhado por especialista ao tomar depoimento de incapaz em casos relacionados a abuso ou alienação parental, atento que as questões de família chegadas ao Judiciário trazem em seu bojo aspectos sensíveis que fogem à

126 “[...] VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;” BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o Artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

127 ROSA, 2018, p. 456.

128 RAMOS, 2016, p. 160.

129 “Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)” BRASIL, 2002.

130 RIZZARDO, 2019, p. 326.

131 ROSA, 2019, p. 99.

formação dos operadores do Direito.¹³² Ramos¹³³ entende que o dispositivo se aplica, ainda, à hipóteses de inviabilidade da guarda compartilhada.

Frisa-se que a Guarda Compartilhada não se trata de um prêmio por bom comportamento, ou a Guarda Unilateral um castigo, e nem dependem do sucesso ou insucesso da relação conjugal. É um direito dos filhos e uma atribuição do poder familiar, e quando não representar ameaça à prole, deve ser garantida nos termos da Lei n. 13.058/2014, podendo ser suspensa a partir do disposto no artigo 1.637 ou extinta conforme o artigo 1.638 do diploma civil.¹³⁴

Sendo assim, em sede das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha, parte-se do pressuposto que a violência ocorrida, que pode ser física, mas também psicológica, sexual, patrimonial e moral, se dá com relação à genitora, e que quando representar ameaça à prole, a autoridade parental pode ser suspensa ou até mesmo extinta, mas caso não seja, em regra, compartilha-se a guarda.

Isso porque a aptidão ao exercício do poder familiar é presumida com a maternidade ou paternidade, de modo que fatos que desabonem a conduta dos pais no exercício do poder familiar devem ser suficientemente provados. Cabe ressaltar a diferença entre conjugalidade e parentalidade, uma vez que bons pais ou boas mães não necessariamente são bons maridos ou boas esposas e o fracasso da relação entre o casal não tem relevância no estabelecimento da guarda.¹³⁵

Nessa esteira, a aplicação compulsória da Guarda Compartilhada pode permitir a efetivação do que se encontra legislado, uma vez que os dados existentes são de flagrante descon sideração do que se encontra previsto como regra.¹³⁶ A prática dos tribunais se mostra ainda refratária às alterações legislativas apresentadas pelas Leis n. 11.698/2008 e n. 13.058/2014, e denotam que tanto as partes, seus representantes, os Promotores e os Juízes encontram-se presos a uma lógica ultrapassada, invariavelmente limitada ao senso comum, influenciados pelo moralismo religioso e pela cultura machista e patriarcal, que estão enraizados em nossa sociedade, atribuindo diferenciados papéis sociais ao homem e à mulher,¹³⁷ comportamento que inclusive tende fomentar a violência contra a mulher.

A Guarda Compartilhada pode ser um aprendizado longo, com fases difíceis segundo a dinâmica familiar a qual se destina, porém só se desenvolverá e passará a ser sugerida e aceita como proposta quando juízes e advogados se dedicarem a uma formação mais humanista do Direito de Família.¹³⁸ Por derradeiro, o compartilhamento da guarda se mostra como um desafio, mas um desafio que merece o nosso melhor olhar.¹³⁹

Desta maneira, em nosso sentir, o trabalho interdisciplinar em rede, seja por meio da perícia (que apontará ao Juízo se o compartilhamento ou a convivência ampla representam o melhor para a prole), seja a mediação ou as oficinas de parentalidade (que auxiliarão os pais, a despeito de um episódio de

132 CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 140.

133 RAMOS, 2016, p. 177.

134 MONTAÑO, 2016, p. 188.

135 RAMOS, 2016, p. 81.

136 ROSA, 2019, p. 148.

137 MONTAÑO, 2016, p. 144.

138 BARBOSA, 2015, p. 169-170.

139 SRETAS, 2018, p. 209.

violência, a prosseguirem em conjunto na gestão da coparentalidade) são ferramentas possíveis para que as crianças e adolescentes estejam seguros e tenham seus direitos respeitados.

5 CONCLUSÃO

Da análise empreendida, observou-se que a violência do homem contra a mulher se trata de um fenômeno histórico, tendo o contexto cultural, social e legal grande influência no tratamento discriminatório e violento que é despendido às mulheres no ambiente familiar. Sendo assim, diante desse patriarcado que se mostra estrutural, há que se pensar na parentalidade sob outro enfoque, com vistas a não reafirmarmos, por meio da Lei Maria da Penha, que nas questões atinentes aos filhos exista um genitor melhor ou pior, por motivos relacionadas ao casal conjugal e não parental.

Evidencia-se que em situações específicas, diante da gravidade do episódio de violência, a integridade dos filhos também pode estar em risco, contudo, para esses casos, o Código Civil prevê no artigo 1.637 a suspensão do poder familiar e no artigo 1.638 hipóteses de destituição do poder familiar, sendo que com o advento da Lei n. 13.715/2018, incluiu-se neste artigo, hipóteses graves de violência doméstica. Ainda, mesmo que diante de casos graves, a convivência familiar não pode restar sacrificada, surgindo neste cenário, a possibilidade do convívio supervisionado.

Desse modo, nada obstante a complexidade que envolve a violência contra a mulher, não se pode deixar de levar em consideração, em face dessa problemática, em especial frente a existência de decretação de medidas protetivas, os direitos da prole de ter pai e mãe responsáveis pela sua vida e de conviver com seus núcleos familiares, razão pela qual, a prestação jurisdicional deve se voltar ao exercício do Direito de forma mais humanizada, lançando mão do apoio do trabalho interdisciplinar em rede, abarcando operadores do jurídicos, assistentes sociais e psicólogos.

Compreende-se que somente assim, o melhor encaminhamento a essas demandas poderá ser alcançado, garantindo-se a segurança das crianças e adolescentes e a salvaguarda de seus direitos, evitando-se, ainda, que a Medida Protetiva sirva como forma de afastamento parental, uma vez que as dissoluções dos relacionamentos afetivos de seus genitores, mesmo em sede de violência doméstica em face da genitora, em regra não influenciam o desempenho das funções parentais de forma igualitária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Plataforma Minha biblioteca.

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: uma nova realidade para o direito de família

brasileiro. In: COLTRO, A; DELGADO, M. (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, n. 157, p. 131-171, jul. 2019. Bimestral.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o Artigo 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019**. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13811.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.629.994 - RJ**. Civil. Processual civil. Recurso especial. Divórcio. Guarda compartilhada. [...]. Recorrente: MB. Recorrido: DGP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502237840&dt_publicacao=15/12/2016. Acesso em: 13 de maio 2020.

BRAUNNER, Maria Claudia Crespo; CARLOS, Paula Pinhal de. A família democrática. Violência de gênero: a face obscura das relações familiares. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e Dignidade Humana**. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006.

CARDOSO, Fernanda Simplicio; BRITO, Leila Maria Torraca de. Possíveis impasses da Lei Maria da Penha à convivência parental. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 529-546, jul. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812015000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 maio 2020.

CARVALHO, Analice de Souza Arruda Vinhal de. AMORIM, Eliane Pelles Machado. ROSA, Conrado Paulino da. A perícia psicológica interventiva na interface com o direito de família. In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018. p. 73-78.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016. Plataforma Minha biblioteca.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Oficina de Pais e Mães Online**. Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/oficina-de-pais-e-maes-online-2/>. Acesso em: 15 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 25, de 22 de agosto de 2016**. Recomenda aos Juízes que atuam nas Varas de Família que observem o disposto na Lei nº 13.058/2014, nos termos que especifica. [Brasília, DF]: CNJ, 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre

a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [Brasília, DF]: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 15 maio 2020.

CORRÊA, Marise Soares. Reflexões sobre a violência familiar, em especial, contra a mulher. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, p. 64-79, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DORETO, Daniella Tech. [et al.]. **Serviço social no Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sagah, 2019. Revisão técnica: Andréia Saraiva Lima.

ESPAÑA. **Lei 25/2010, 29 de julho, do segundo livro do Código Civil da Catalunha**. Referente à pessoa e à família. Madrid, ES: Comunidade Autônoma da Catalunha, 2010. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

ESPINOSA, Márcia Carlos. O instituto da guarda compartilhada à luz da Lei 13.058/14. In: ROSA, Conrado Paulino da (org.). **Olhares interdisciplinares sobre família e sucessões**. Porto Alegre: RJR, 2015. p. 112-130.

FACHIN, Luiz Edson; SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., [2007, Brasília, DF]. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, [2007]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/358>. Acesso em: 16 mai. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 6.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/2010. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015. Plataforma Minha Biblioteca.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

GONÇALVES, Júlia. **A guarda compartilhada e regime de convivência em situações em que exista o deferimento de medida protetiva**: qual a solução possível? 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2020.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147-169.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda compartilhada: a nova realidade. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 317-325.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumento veiculadores de direitos

fundamentais. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (comp.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 275-300.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação parental e guarda compartilhada**: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MONTAÑO, Carlos. Alienação parental, guarda compartilhada e a atuação do Serviço Social na proteção da criança alienada. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **Novos paradigmas em direito de família e sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. **Família e Dignidade Humana**. Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006. p. 591-601.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz**. [S. l.], 06 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Saraiva Digital.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca.

PEREIRA, Tânia da Silva; FRANCO, Natália Soares. O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (org.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 327-342.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Minha Biblioteca.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia. *In*: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 7., [2015, Brasília, DF]. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, [2015]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/843>. Acesso em: 13 maio 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4. ed. ver. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da; VERONESE, Josiane Rose Petry. O tempo de convivência livre e a máxima intervenção na proteção dos direitos da criança e do adolescente. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 34, p. 74-90, ago. 2019. Bimestral.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

SECRETAS, Marlise B. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 277-282.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. Plataforma Minha Biblioteca.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 19-41

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (comp.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 251-274.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. *In*: CHINELLATO, Silmara Juny; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 415-435.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6. Plataforma Minha. Biblioteca.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. A mediação familiar e a Lei Maria da Penha. *In*: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (coord.). **Família e sucessões sob um olhar prático**. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p. 272-280.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; ALVES, Iasmine Caron. O relevante papel da conciliação e da mediação na solução de conflitos no âmbito da alienação parental. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello (org.). **O Direito no lado esquerdo do peito**: ensaios sobre direito de família e sucessões. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014. p. 279-291.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; PANICHI, Renata Maria Dotta; MADCHE, Flavia Clarici; SPHOR, Maria Paula. Mediação familiar na violência doméstica: saber e saber fazer. **Revista da Faculdade de Direito Da FMP**, Porto Alegre, v. 7, p. 265-273, 2013. Semestral.

ULLMANN, Alexandra; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Quando a Lei Maria da Penha é uma forma de alienação parental. **Consultor Jurídico**, [São Paulo], 24 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/quando-lei-maria-penha-forma-alienacao-parental>. Acesso em: 20 maio 2020.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**: família e sucessões. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5 Plataforma Minha Biblioteca.

DA POSSIBILIDADE GUARDA COMPARTILHADA QUANDO OS GENITORES RESIDIREM EM CIDADES DISTINTAS COMO SUPEDÂNEO AO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL

Líbera Copetti¹

1 INTRODUÇÃO

*“A pior forma de sentir falta de alguém é estar sentado
a seu lado e saber que nunca vai poder tê-lo”.*

Gabriel Garcia Marquez. Amor nos tempos do cólera.

Distância, segundo o dicionário Aurélio², é o “espaço entre dois pontos; grande intervalo entre uma coisa e outra; lonjura; espaço de tempo entre duas situações”. Todavia, o conceito de distância sofreu profunda transformação em decorrência das tecnologias disponíveis, dos meios de transporte e das comunicações virtuais. As “lonjuras” deixaram de ser obstáculos, inclusive, para os relacionamentos afetivos, possibilitando novas formas de amar e exercer o afeto.

Por certo, as distâncias geográficas não se revelam mais impeditivos do exercício do afeto (não deveriam), em especial do afeto mais genuíno que existe: o amor entre pais e filhos.

As tecnologias evoluíram, mas muitos conceitos jurídicos não acompanharam tamanha transformação. Um exemplo disso é a resistência por grande parte da comunidade jurídica em relação à possibilidade do compartilhamento da guarda quando os genitores residem em cidades diferentes.

A alegação reside essencialmente no aspecto prático da “impossibilidade” da implementação desta modalidade de guarda e na possível violação ao superior interesse do infante, diante de uma alternância de residências, que refletiria na verdade em guarda alternada, não prevista por sua vez no ordenamento

¹ Mestre em Direito, Especialista em Direito das Famílias, professora, advogada, Presidente do IBDFAM/MS.

² <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>

jurídico brasileiro. Aduz-se igualmente que o poder familiar segundo a legislação pátria,³ não pode ser limitado em nenhuma das modalidades de guarda, pois é inerente a parentalidade e, portanto, os direitos dos genitores quanto aos filhos permaneceriam incólumes, mesmo frente a uma guarda unilateral.

Mas será que de fato é isso que se vivencia na prática, e, em especial nos casos de profunda beligerância entre os genitores? Será que a guarda unilateral não reforçaria uma potestade do genitor e por sua vez uma exclusão em relação ao outro? Será que efetivamente existe um conhecimento à nível social acerca da diferença entre poder familiar e guarda?.

Tal fato decorre não apenas de inconsistências e vazios legislativos, mas igualmente de uma cultura jurídica enraizada no que se refere à guarda compartilhada, assim como das confusões terminológicas e conceituais que permanecem pungentes nos institutos ora tratados, como abaixo será demonstrado.

2 PODER FAMILIAR – AUTORIDADE PARENTAL

O poder familiar esculpido nos artigos 1.630 a 1.638 Código Civil, assim como no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é o conjunto de direitos e deveres de natureza patrimonial e existencial atribuído a ambos os pais em relação aos filhos.

É o feixe de deveres que pai e mãe têm para com seus filhos menores e não emancipados, que compreende sua representação, educação, criação, sempre exercido prioritariamente no interesse do menor⁴. É inerente a parentalidade, ao estado de filho. Nasce o filho, nasce o poder familiar, e, com fulcro na igualdade parental, será exercido de forma equânime independentemente de vínculo conjugal materno ou paterno.

A escolha da escola do filho, a formação religiosa, os esportes que praticarão entre outros, fazem parte do inerente poder familiar, eis que, frente a qualquer espécie de guarda, o genitor não guardião não perde referida atribuição, mas tão somente nos casos expressamente previstos em lei.

Não obstante isto, por se tratar de múnus legalmente atribuído aos pais, tem o genitor não guardião, o dever de zelar e fiscalizar⁵ pela qualidade de vida do filho em todas as suas esferas. No entanto, não deve o poder familiar ser reduzido a um mero exercício de fiscalização, eis que tal situação, não se coaduna com a nova sistemática jurídica que consagra a coparentalidade e o dever de cuidado como valor jurídico, aspectos fundamentais à consecução da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes.

Mesmo após a evolução legislativa e social da transcendência do então chamado “pátrio poder” ao atual conceito de poder familiar, que outrora se revelava uma potestade exclusiva do genitor,

3 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar.

4 SIMÃO, José Fernando. Guarda exercida pelos pais: um instituto vazio, inútil e perigoso. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Ed. 01. Agosto de 2016.

5 Art. 1.589. O pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

a locução ainda é criticada, uma vez que o “poder familiar” no atual ordenamento jurídico, revela-se muito mais um dever do que um poder propriamente dito, o que resulta na ideia de força e supremacia que não se compreende na esfera do exercício de obrigações e deveres por parte do pai e da mãe como na adjetivação familiar⁶.

A nova designação contemporânea do poder familiar conduz a mudança da locução “poder” para autoridade parental, sendo certo que, a própria Lei de Alienação Parental - Lei 12.318/2010 apropriou-se do vocábulo, já em consonância com a nova forma deste exercício/dever.

Por certo, a instituição da guarda, ainda que de forma unilateral, não deve mitigar o exercício da autoridade parental e da efetiva participação dos genitores na vida de seus filhos. Não deveria, mas, na prática, não é isso que ocorre.

Em muitas situações, e não raras, a imposição de uma unilateralidade da guarda revela-se excludente em relação ao outro genitor que não compartilha da custódia física, eis que alijado das principais decisões relativas ao filho, restando-se lhe tão somente a função de genitor/pagador de pensão e mero expectador da vida do filho, refletindo o exercício da guarda em uma disputa de poder.

Por tal razão, o compartilhamento da guarda revela-se não apenas uma garantia de efetividade dos direitos parentais, mas acima de tudo, um reforço ético desta nova construção da identidade parental.

Igualmente, persiste a confusão terminológica entre poder familiar e guarda, o que vem gerando não apenas a aplicação incorreta do instituto, mas essencialmente a redução do exercício da autoridade parental. Em acurada e impecável conclusão sobre a controvérsia aduz Waldyr Grisard Filho em referência trazida por José Fernando Simão⁷:

“A necessidade de reiteradas legislações estabelecendo a guarda compartilhada, (...) deve-se ao déficit do poder familiar exercido pelo genitor não guardião em razão da concepção social, verdadeiro senso comum de que todas as decisões que digam respeito aos filhos cabem apenas ao genitor que possui a guarda, quando em verdade, o Direito Civil brasileiro, desde o Código de 1916, já previa que o rompimento da sociedade conjugal não interferia no exercício do poder familiar por ambos os pais em relação aos filhos. A razão de tal déficit, portanto, não é jurídica, mas social”.

Referida confusão terminológica culmina diametralmente naquilo a que se propuseram as leis da guarda compartilhada: ao exercício da coparentalidade em prol do superior interesse da criança.

Neste turno, para que se compreenda a atual concepção da guarda compartilhada no Brasil, faz-se necessária a análise da evolução histórica do instituto, não apenas conceituando e diferenciando tais categorias jurídicas diversas, mas essencialmente garantindo a efetividade prática destas.

6 OLIVEIRA, Euclides. *Tratado de direito das famílias*. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.p. 310.

7 SIMÃO. José Fernando. <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/222874847/sobre-a-doutrina-guarda-compartilhada-poder-familiar-e-as-girafas-por-jose-fernando-simao>. Acesso em 10.07.2019.

3 EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

O sistema jurídico da guarda no Brasil sofreu considerável avanço ao longo de décadas, em especial no que se refere à transcendência protetiva em prol das crianças e adolescentes, que de objeto de direito passaram a ostentar a qualidade efetiva de sujeitos de direitos.

O Código Civil de 1916 utilizava-se como critérios para a definição da guarda, a existência ou não de culpa de um dos cônjuges pelo fim da conjugalidade, bem como a idade e o sexo da criança. Dessa forma, em caso de litígio a guarda unilateral era atribuída ao cônjuge inocente, e, no caso de ambos serem considerados culpados, a atribuição da guarda das filhas mulheres caberia a mãe, assim como os filhos homens até completarem seis anos de idade, que posteriormente deveriam ser entregues ao pai. Tais critérios eram regidos sob a égide do pátrio poder, exercido exclusivamente pelo homem na qualidade de chefe do núcleo familiar.

Por sua vez, o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/1962, deixou de diferenciar a questão da idade e sexo das crianças, atribuindo, todavia à mãe a guarda em caso de culpa recíproca. No entanto, o pátrio poder passou a ser exercido pelo homem com a “colaboração” da mulher.

A Lei do Divórcio - Lei 6.515/77, apesar de manter o espectro da culpa como um dos fatores determinantes para a atribuição da guarda possibilitou ao juiz em caso de prejuízo de ordem moral à criança, entregá-la à pessoa idônea da família ou afastar as regras ordinárias relativas à guarda em prol do seu bem-estar. Por sua vez, em um avanço legislativo o pátrio poder passou a ser exercido conjuntamente pelos genitores.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança tornou-se efetivamente sujeito de direitos, aplicando-se juntamente com os novos princípios Constitucionais da igualdade, da liberdade e da solidariedade, a doutrina da proteção integral (art. 227⁸) assegurando com absoluta prioridade, entre outros direitos, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e à convivência familiar e comunitária. Assim, o foco protetivo do Estado passou ser necessariamente a criança e a preservação de seus direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, ratificou por sua vez a doutrina da proteção integral e assegurou a possibilidade da regularização da guarda de fato por terceiros.

Por sua vez, o Código Civil de 2002, balizado nos Princípios Constitucionais da Carta Magna, subvertendo os critérios já ultrapassados do Código de 1916, estabelecia dois vértices essenciais no tocante a guarda: o primeiro fundado na autodeterminação dos genitores e na efetividade do poder familiar, dispondo o artigo 1.583 do Código Civil de 2002 que “quanto a guarda observar-se-á o que os cônjuges acordarem”, completando o que dispunha o artigo 33 do ECA.

De outro lado, dispunha o artigo 1.584⁹ que, na ausência de acordo, a atribuição da guarda teria

8 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

9 Art. 1.584 - decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

como critério o superior interesse da criança, sendo atribuída àquele genitor que melhor revelasse condições para exercê-la. Não obstante, a grande evolução do instituto que já tinha como pressuposto o melhor interesse da criança, e não mais critérios de culpabilidade, idade e sexo, como outrora dispunha o Código de 1.916, o modelo exclusivo da guarda unilateral não refletia a evolução social e os novos arranjos familiares.

Permanecia a cisão genitor guardião e genitor mantenedor e visitador¹⁰, olvidando-se do efetivo exercício do poder familiar igualitário como já determinava a Constituição de 1988. Igualmente, jazia enraizada no contexto social e jurídico, a atribuição da guarda exclusiva em favor da mulher, que segundo considerável parte das decisões judiciais apresentava melhores aptidões e condições de exercê-la.

Por sua vez, a nova dinâmica das relações familiares assim como movimentos sociais de pais e mães separados e impulsionaram, seis anos após a promulgação do Código Civil de 2002, a aprovação da Lei 11.698/2008 – Lei da Guarda Compartilhada, que introduziu o sistema dual de guarda, alterando respectivamente os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Foi a partir de tal dispositivo que a guarda compartilhada foi positivada e definitivamente inserida no sistema jurídico brasileiro, tendo como pressupostos essenciais a corresponsabilização parental, mediante o exercício equânime do poder familiar.

Segundo Rolf Madaleno e Rafael Madaleno¹¹, referida legislação introduziu no Brasil a chamada guarda compartilhada jurídica, ou custódia compartilhada jurídica, que se revela no compartilhamento do próprio poder familiar.

Não obstante o poder familiar ser exercido em qualquer modalidade de guarda, justamente por sua natureza autônoma, buscou a Lei enfatizar que a responsabilidade parental e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar deveriam ser exercidos em caráter de igualdade entre os genitores, impulsionando uma quebra de paradigma social na forma como os genitores deveriam cuidar da prole.

Por seu turno, o parágrafo 2º do artigo 1.584, estabelecia que a guarda compartilhada, na ausência de consenso entre os genitores, deveria ser aplicada “*sempre que possível*”. Mas, só quando fosse possível. E nunca era possível, tinha-se sempre uma desculpa e uma interpretação de que não era bom para os filhos.¹²

10 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 11. Ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.p. 710.

11 MADALENO, Rolf. MADALENO, Rafael. Guarda compartilhada física e jurídica.ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 178

12PEREIRA, Rodrigo da Cunha. <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>. acesso em 27.05.2019.

Diante da ausência de impositivo normativo quanto à aplicação da guarda compartilhada, o que se vislumbrava nos tribunais pátrios era a manutenção da guarda unilateral, uma vez que não havendo consenso, a guarda unilateral ainda se revelava mais “benéfica” à criança, sob a alegação da existência de beligerância entre os genitores, impedindo dessa forma a efetiva concretização da norma na prática.

Para se ter uma ideia de como referido entendimento prevalecia nos Tribunais pátrios, em dados estatísticos obtidos pelo IBGE¹³ no ano de 2014, o número de guardas unilaterais no Brasil, entre os anos de 2008 a 2014, ainda representavam um percentual vultoso de 85,1%, restringindo-se a 7,5% o número de guardas compartilhadas.

Mesmo diante de reiteradas decisões do STJ, em especial da Ministra Nancy Andrighi, dispondo que “a guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível – como sua efetiva expressão¹⁴” insistiam os Tribunais pátrios no entendimento de que, em havendo beligerância entre os genitores, a guarda compartilhada não poderia ser estabelecida.

Foi somente em 2014, com o advento da Lei 13.058, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, que a guarda compartilhada tornou-se regra no sistema, devendo esta ser aplicada independentemente de consenso entre os genitores, nos exatos termos do que dispõe o parágrafo segundo do Art. 1.584:

Art. 1.584, §2º - “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

À letra fria, revela-se por certo um imperativo legal, em que situações de litígio não mais servem de fundamento para impedir o estabelecimento do compartilhamento, eis que a mudança legislativa é dirigida justamente àqueles genitores que não se entendem. Quando se entendem, não se faz necessária qualquer imposição legal, diante do próprio exercício diário e automático da autoridade parental.

Buscou-se, dessa forma, romper com a cultura do “eu ganhei” e, portanto, “eu decido” nos casos de atribuição da guarda unilateral, em prol da coparentalidade e do superior interesse da criança.

Para tanto, segundo Madaleno¹⁵ existem dois sistemas vigentes de guarda compartilhada em nossa legislação, sendo estas a guarda compartilhada jurídica ou pura e a guarda física, igualmente chamada de sucessiva alternada ou impura:

“Existem no Brasil duas formas distintas de guarda com efeitos igualmente diversos, mas que carregam a mesma nomenclatura da guarda compartilhada, mas não com o mesmo objetivo, pois na guarda compartilhada pura (Lei 11.698/2008) ocorre o compartilhamento do poder familiar e na guarda compartilhada impura (Lei 13.058/2014), sucede o compartilhamento do tempo de convívio com os filhos”.

13 IBGE. Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro. V. 41, 2014.

14 STJ, Ac. Unân. 3ª T., Resp 1.251/000/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.8.11.

15 OP. Cit. p. 178.

Desta feita, a Lei 13.058/2014, estabeleceu não apenas a guarda compartilhada como regra no sistema, mas também a alternância do tempo de convívio, que segundo o citado autor¹⁶ “*criou um segundo padrão de guarda compartilhada, não mais estruturado no exercício conjunto do poder familiar; mas agora inspirado na alternância pura e simples do tempo de convívio dos pais com seus filhos*”.

A guarda compartilhada é hoje uma realidade a nível internacional, mediante o exercício conjunto de direitos e deveres atinentes ao exercício da autoridade parental. É pressuposto da própria igualdade de gêneros e das novas configurações familiares.

Fato indubitável, no entanto, é que se criou no Brasil uma forma híbrida de exercício do compartilhamento da guarda, seja pelo efetivo exercício do poder familiar, seja pelo compartilhamento da custódia física, e que impõem desta forma não apenas uma readequação social das relações familiares, mas essencialmente um acurado juízo de valor dos tribunais do que efetivamente significa preservar o superior interesse das crianças e adolescentes.

4 GUARDA COMPARTILHADA E AS CONTROVÉRSIAS QUE ENVOLVEM O TEMA

Conforme o parágrafo 1º do Artigo 1.583 do Código Civil, guarda compartilhada é a “*responsabilização conjunta e o exercício dos direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns*”. Destarte, trata-se da igualdade em relação ao exercício do poder familiar, mas não de igualdade em relação ao regime de convivência em si, dispondo o § 2º do citado artigo que “*Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos*”.

A grande diferença em relação à guarda unilateral, é que, nesta, o poder familiar na prática, acaba ficando concentrado exclusivamente em relação ao genitor guardião, cabendo ao outro o direito de visitação e fiscalização.

Como ponderado por Mario Delgado¹⁷, vige no sistema de guarda Brasileiro, o exercício conjunto dos pais dos deveres parentais mediante ao estabelecimento regime de convivência com residência alternada, caracterizando, portanto, um regime de distribuição igualitária do tempo, visando a estabilidade dos períodos de convivência.

Não obstante toda a construção axiológica desenvolvida em torno do conceito do compartilhamento da guarda no Brasil, o tema ainda se revela polêmico e controverso, diante não apenas das alterações legislativas, mas igualmente em decorrência do silêncio normativo quanto ao próprio exercício efetivo desta guarda.

A exemplo de tais controvérsias descortinam-se alguns pontos em voga no campo doutrinário e her-

16 Ibidem. p. 183

17 Op. cit.

menêutico brasileiro: faz-se necessária a determinação de base de moradia? Não seria caso de duplo domicílio? A imposição do compartilhamento é obrigatória mesmo diante de profunda beligerância entre os genitores? Não afrontaria o princípio do melhor interesse da criança? Não seria nova modalidade de guarda alternada?

Inicialmente, críticos à Lei de 2014 aduzem que referida legislação ao impor o compartilhamento, criou em verdade um sistema de guarda alternada, cujo sistema reveste-se em verdade, do exercício de guardas unilaterais sucessivas, exercidas de forma independente entre os genitores quando se encontram na companhia do filho.

Todavia, tal entendimento revela-se equivocado, uma vez que a novel legislação se utiliza da locução “divisão equilibrada” e não “divisão igualitária”, sendo cristalino que a igualdade proposta pela Lei se refere ao exercício conjunto do poder familiar, mas com a divisão equilibrada do tempo de convívio.

É exatamente isto o que dispõe o Enunciado 604 das Jornadas de Direito Civil:

“ENUNCIADO 604 - a divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo §2º do artigo 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto na guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda do genitor que se encontra na companhia do filho”.

De forma elucidativa à controvérsia aduz novamente Mario Delgado¹⁸:

“Guarda alternada” e “residência alternada” são situações completamente distintas. A expressão “residência alternada” tem sido utilizada para caracterizar um regime de distribuição igualitária do tempo de convivência “doméstica” dos filhos com os genitores, nos termos previstos no artigo 1.583, parágrafo 2º do CCB, de forma consistente e estável”.

Portanto, no sistema atual vigente da guarda compartilhada com regime de convivência alternada, os genitores exercerem os cuidados da prole de forma igualitária, exercendo efetivamente os atributos inerentes a autoridade parental, estabelecendo no entanto, um regime de divisão espacial e temporal da prole, a qual deve ser invariavelmente realizada, em prol de seu superior interesse e da preservação do *continuum*¹⁹ social e afetivo da criança.

Aprofundando o tema, em especial a outra controvérsia no que se refere à fixação da base de moradia, Eduardo de Oliveira Leite²⁰ defende a imperiosidade de tal medida, aduzindo que “*A determinação da residência fixa é essencial, porque ela é indispensável à estabilidade emocional da criança que terá, assim, um ponto de referência*”.

18 DELGADO, Mario. <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias?imprimir=1>. Acesso em 09/07/2019.

19 DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P. 18.

20 LEITE, Eduardo de Oliveira. A guarda compartilhada: Considerações sobre a Lei 11.798/2008. In: Eduardo de Oliveira Leite. Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil, p. 192. (Rio de Janeiro: Forense, 2011).

Por seu turno, Maria Berenice Dias²¹ discorda da necessidade de estabelecimento e fixação de uma base de moradia, uma vez que considera haver duplo domicílio: *“Como a guarda compartilhada encerra não só a custódia legal, mas também a custódia física do filho, a fixação de duplo domicílio é corolário lógico”*.

Fernando Salzer²² reforçando referido entendimento aduz igualmente que, em decorrência do próprio regime de compartilhamento atual, a criança terá necessariamente sempre dois domicílios, ou até mesmo plurais domicílios em se tratando de multiparentalidade, eis que os artigos 71 e 76 do Código Civil dispõem respectivamente que se a pessoa natural tiver mais de uma residência, onde alternativamente viva, considerar-se-á o domicílio qualquer uma delas, bem como de que o domicílio do incapaz é de seu representante legal.

Outro aspecto polêmico refere-se ao fato da existência ou não de uma “guarda compartilhada impositiva ou coativa”, ou seja, se deverá ser aplicada mesmo diante da ausência de diálogo entre os genitores.

Não obstante o que dispõe o §2º do art. 1.584, parte considerável da doutrina entende ser indispensável um mínimo de diálogo para a consecução da custódia compartilhada, a exemplo do que aduz Eduardo de Oliveira Leite²³ e Flávio Tartuce²⁴, dispondo este que *“só é viável a concreção da guarda compartilhada quando exista certa harmonia entre os cônjuges, pois caso contrário será totalmente inviável a sua efetivação”*.

Por sua vez, o STJ já se posicionou acerca do tema em diferentes julgados em especial aqueles de relatoria da Ministra Nancy Andrighi²⁵ asseverando que a ausência de consenso entre os genitores, não é óbice para o efetivo compartilhamento:

“A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E, diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole”.

Todavia a controvérsia permanece acessa nos Tribunais pátrios, gerando por consequência decisões dispares acerca do tema.

Por fim, outro aspecto polêmico refere-se à própria manutenção e utilização do vocábulo “guarda”. Muitos juristas, a exemplo de José Fernando Simão²⁶ e Nelson Rosendal²⁷, defendem inclusive a exclusão do termo “guarda” do sistema jurídico Brasileiro.

21 DIAS, Maria Berenice. In: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em 11/07/2019.

22 SILVA, Fernando Salzer e. in: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/fernando-salzer-silva-fixacao-domicilio-guarda-compartilhada?imprimir=1>. Acesso em 25/05/2019.

23 LEITE, Eduardo de Oliveira. In: comentários à Lei nº 13.058, de 2014. (dita nova Lei da Guarda Compartilhada). https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf. acesso em 25/07/2019.

24 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 1225.

25 STJ, Ac. Unân. 3ª T., Resp 1.428.596/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.6.14.

26 SIMÃO, José Fernando. In: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/guarda-exercida-pelos-pais-um-instituto-vazio-inutil-e-perigoso/>. Acesso em 01/06/2019.

27 ROSENVALD, Nelson. In: <https://www.nelsonrosendal.info/single-post/2015/11/24/Guarda-Compartilhada-Iso-Existe-1>. Acesso em 17/07/2019.

Aduz Simão que “o termo guarda merece uma profunda reflexão e uma radical interpretação do sistema. É hora de ousar e propor a retirada do termo guarda do sistema jurídica brasileiro, sob pena de se ampliarem as confusões terminológicas”. Para o citado autor, deveriam existir apenas dois termos claros e inequívocos: moradia e convivência.

Nelson Rosenvald sugere igualmente extirpar o termo guarda da legislação brasileira, sugerindo os termos “*responsabilidade compartilhada e residência alternada*”, justamente pela confusão terminológica que envolve a temática.

O Projeto de Lei PLS 470/2013 - Estatuto das Famílias de propositura do IBDFAM visa alterar o termo guarda por “*convivência familiar*”, assim como poder familiar para “*autoridade parental*”, adequando-se a nova conjectura social.

Trata-se, em verdade, de consequência da própria construção axiológica e evolução do sistema da guarda no Brasil, uma vez que o que se pretende efetivamente é o exercício conjunto e igualitário do poder familiar, isto é, da autoridade parental, revelando-se na coparentalidade, a expressão máxima do que se objetiva.

A controvérsia que envolve o tema, por certo, permanece pungente.

Não obstante toda a confusão terminológica que envolve o tema, não há como afastar que o sistema atual vigente é o da guarda compartilhada tida como regra, nos termos do parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil, e consequentemente todas as terminologias e institutos apropriados por tais legislações.

5 DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA E DA POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO QUANDO OS GENITORES RESIDIREM EM CIDADES DIFERENTES

Com a ruptura de relação afetiva e diante de ausência de consenso entre os genitores, a questão do compartilhamento da guarda ganha contornos complexos, especialmente quando estes residem em cidades diversas. O ordenamento pátrio disciplina a guarda, mas não a forma como esta será exercida, cabendo ao juiz em casos de conflitos a equalização de algumas questões fundamentais: qual o modelo a ser aplicado? Como será estabelecido o regime de convivência? Será necessária de fixação de base de moradia? Qual dos genitores apresenta melhores condições de exercer a função de guardião no tocante a custódia física?

Tampouco é expressamente definida a noção de “melhor interesse da criança”, sendo abstrata e subjetiva tal acepção, revelando-se importante não a definir de forma engessada, justamente, pelas particularidades que cada criança e núcleo familiar apresentam. Pretender defini-lo é tarefa inútil, pois o critério só adquire eficácia no exame prático do interesse em questão²⁸.

O arbítrio do juiz, em cada caso, examinando a situação fática e circunstancial apresentada com base nos elementos objetivos e subjetivos existentes será determinante para a consecução do princípio do superior interesse da criança, não se olvidando, no entanto, que a coparentalidade revela-se na atualidade expressão máxima de tal princípio.

28 GRISARD, Waldyr. Op. cit. p. 81

Pais que se entendem quanto à guarda dos filhos não necessitam de regras, pois de forma equilibrada estabelecem sua rotina em relação à criação da prole e, conseqüentemente, ao exercício do poder familiar. A lei foi justamente concebida para aqueles pais que não conseguem estabelecer um diálogo, impondo-se assim o compartilhamento como regra no sistema. Pensar de forma diversa conduziria a uma inexorável desconstrução dos fundamentos da própria Lei da guarda compartilhada.

Se o compartilhamento segundo STJ será regra, mesmo diante da ausência de consenso dos genitores, por qual razão a guarda compartilhada quando residem em cidades diferentes não poderá ser aplicada?

Trata-se de conclusão lógica do próprio sistema atual, eis que inexistente qualquer impeditivo normativo. Encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, o parágrafo segundo do art. 1.584²⁹ dispõe expressamente apenas uma hipótese de não aplicação da guarda compartilhada – quando um dos genitores assim expressamente o declarar.

Ademais, o §3º do citado artigo dispõe expressamente que: *“Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”*.

Isto é, o dispositivo é expresso ao prever que a definição de uma base de moradia, ainda que em outra localidade não exclui o compartilhamento da guarda.

Por certo, as particularidades de cada caso são pontos fundamentais para a equalização da forma do exercício da guarda compartilhada física e jurídica. É a aplicação da máxima *“o que serve para um, não necessariamente servirá ao outro”*.

Entretanto, a ótica da fundamentação das decisões não deve restringir-se ao aspecto geográfico pela “impossibilidade de implementação prática”, mas efetivamente a consecução plena da coparentalidade e do exercício do poder familiar conforme expressamente previsto no ordenamento pátrio.

Genitores que residem na mesma cidade, como São Paulo por exemplo, podem levar o mesmo tempo de deslocamento de outros genitores que residem em cidades distintas, para estar na presença de seus filhos, e nem por isso, não se cogita o não compartilhamento.

A implementação prática da guarda compartilhada poderá ser conduzida de formas diferentes pelos genitores, pois os núcleos familiares são diferentes, assim como suas realidades. Não se trata de uma mera construção empírica, mas efetivamente uma conclusão do próprio sistema da guarda atual no Brasil.

A guarda unilateral por si só é excludente e dessa forma deve ser aplicada de forma restritiva e em medida de excepcionalidade. A preservação do superior interesse da criança está igualmente prevista no artigo 1.586 do CC disciplinando que *“havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes situação deles para com os pais”*.

Deixa claro o citado artigo que *“havendo motivos graves”* esta liberalidade do juiz quanto a não aplicação do compartilhamento deverá existir somente em medida de excepcionalidade e devidamente fundamentada.

29 §2º Art. 1.584 - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Posicionamentos contrários à aplicabilidade da guarda compartilhada em tais situações têm como fundamento a preservação do superior interesse da criança, como se depreende no voto exarado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva³⁰:

“as peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação”.

Outros aduzem ainda, a possibilidade de incremento do litígio e instituição de uma forma de guarda alternada que por sua vez geraria prejuízos à criança.

No entanto, cada núcleo familiar vive em sua singularidade e peculiaridade, e não há como se afirmar que a simples distância geográfica é motivo impeditivo do efetivo compartilhamento. Pensar desta forma é tratar o direito das famílias como jamais deveria ser tratado: de forma genérica e impessoal.

Todavia a jurisprudência já vem apontando sinais de mudança em tal entendimento:

“Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho, sendo que a guarda compartilhada somente não deve ser estabelecida quando se mostrar prejudicial para o filho. Incidência do art. 1.584 do CCB. Sendo equilibrado e harmônico o relacionamento existente entre os genitores, cabível o compartilhamento da guarda, mas, e, como moram em cidades distintas, ficando definido como referencial de moradia a casa paterna, sendo cabível a definição de um amplo e flexível regime de visitação, pois ambas as partes pretendem que as visitas sejam livres. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70076605617, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2018).

No mesmo sentido:

“Segundo recente decisão e orientação do egrégio STJ, a nova redação do artigo 1.584, do CCB, determina que a guarda “será” compartilhada (REsp n.º 1.629.944/RJ). Por isso, em atenção ao comando legal estrito, bem assim à orientação jurisprudencial que vem do egrégio STJ, em princípio, é caso para concessão da guarda compartilhada. Solução distinta só tem cabimento depois do devido contraditório e da necessária instrução (ainda não aberta na origem, no presente caso). E mesmo assim, apenas se a prova que vier a ser produzida der conta de situação de fato absolutamente incompatível com o exercício da guarda compartilhada. A circunstância dos genitores residirem em cidades distintas não é por si só, óbice à concessão da guarda compartilhada. Até porque, guarda e regime de convivência são coisas distintas. De forma que a circunstância dos genitores residirem em cidades distintas é questão a ser apreciada por ocasião da resolução a respeito do regime de convivência, como já destacado na decisão recorrida. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravo Nº 70073084949, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/04/2017)

30 Resp. 1.605.477; 21/06/2016. TERCEIRA TURMA. MIN. VILLAS BÔAS CUEVA

Da mesma forma, em recente julgado ocorrido no Estado do Paraná, decidiu-se pela possibilidade do compartilhamento da guarda mesmo quando os genitores residirem em países diferentes, em prol do superior interesse da criança:

“Genitor que reside no exterior, o que não impede o compartilhamento do exercício da guarda, ratificando-se o que já decidido em agravo de instrumento. Guarda compartilhada que atende ao melhor interesse da criança. Majoração parcial dos alimentos a serem pagos pelo genitor. (TJPR - 11ª C.Cível - 0020797-38.2016.8.16.0188 - Curitiba - Rel.: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson - J. 16.05.2019).

Em referidas decisões, o referencial geográfico não foi o óbice e tampouco parâmetro para a fixação da guarda compartilhada, mas sim o superior interesse da criança com fulcro na coparentalidade.

Depreende-se que, tanto os julgados favoráveis quanto os contrários ao compartilhamento em tais casos, utilizam-se como pressuposto o superior interesse da criança, balizados, no entanto, em fundamentos distintos.

Emerge de tal subjetivismo por consequência, o seguinte questionamento: o que representaria a proteção ao superior interesse da criança quando os genitores residem em cidades distintas? Compartilhar a guarda em prol da coparentalidade ou estabelecer a guarda unilateral em decorrência do distanciamento geográfico?

A resposta não se revela simplista e tampouco genérica, mas revela-se possível se construída com base na singularidade de cada núcleo familiar, e em especial das novas configurações familiares.

Como exposto no capítulo inicial, em tempos de comunicação cibernética e a facilitação dos deslocamentos geográficos, as distâncias tornaram-se menores, diante da própria aproximação virtual que as novas formas de comunicação oferecem. Por consequência, as distâncias físicas não podem refletir em distanciamento afetivo.

Como aduz Maria Berenice dias *“A atual parafernália tecnológica autoriza uma proximidade tão grande que, mesmo residindo em países distantes, podem os pais exercer a guarda compartilhada”*³¹.

Outro aspecto importante refere-se à realização de mediação para a construção do diálogo e de alternativas viáveis àquela família no que diz respeito à implementação da guarda compartilhada. Da mesma forma, a realização de estudos psicossociais revelam-se ferramentas fundamentais para a consecução e análise da realidade fática da dinâmica familiar.

Dispõe o Enunciado 605 da jornada de direito civil *“a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência”*. O regime de convivência não é estático e tampouco pré-determinado. É adequado e adaptado as singularidades de cada núcleo familiar, o que significa dizer que, ainda que um pai resida em cidades diferente, seu regime de convivência será adequado a esta realidade e em prol do bem-estar da criança

31 DIAS, Maria Berenice, in: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278166,101048-Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domicilio+dos+filhos>. Acesso em 22/07/2019.

Até porque tal regime de convivência por certo não será igualitário, como não o é na guarda compartilhada, especialmente ao tratar-se de pais que residem na mesma cidade, pois isto seria efetivamente guarda alternada.

Pode-se igualmente determinar horários fixos e diários de contatos telefônicos ou via *facetime*, *skype* ou qualquer outro meio idôneo de comunicação virtual, que têm a função primordial de aproximar e encurtar a distância física de todos aqueles que se amam.

Se um genitor, como lhe permite a norma cogente, quiser e se propõe a exercer a sua parentalidade na forma compartilhada, mesmo se sujeitando a viagens e deslocamentos constantes e não a própria criança em si, como ocorreria no formato de guarda alternada, qual o prejuízo que a criança teria em tal situação?

Pais e mães que querem exercer efetivamente sua parentalidade fazem esforços, renúncias e transpõem dificuldades em prol do bem-estar de seus filhos e não há maior demonstração de amor do que isto. É este o sentido da norma.

Por sua vez, é inegável que acima de qualquer interesse volitivo dos genitores está o superior interesse da criança. Entretanto, o vértice de tal interesse deve ser analisado sob o prisma da afetividade e não sob o vértice geográfico.

No caso específico de genitores residentes em localidades diferentes, faz-se necessário a fixação de uma base de moradia com um dos genitores, justamente em prol da segurança emocional e do estabelecimento de sua rotina e do referencial espacial da criança.

O compartilhamento físico poderá ser fixado, equalizando-se no entanto os períodos de convivência, compensando-se eventualmente em períodos maiores de férias escolares ou feriados, por exemplo.

É indubitável que diante do rompimento do vínculo afetivo entre os genitores a criança terá necessariamente dois lares, sendo consequência natural da própria situação fática. O que deverá existir por sua vez é o sentimento de pertencimento a ambos lares, revelando-se consequência positiva do exercício da própria afetividade. Estas são as novas famílias e os novos arranjos familiares.

Neste sentido, dispõe Rolf Madaleno mesmo possuindo entendimento restrito a possibilidade do compartilhamento da guarda em tais situações³²:

“isto não significa afirmar que a distância geográfica impeça o compartilhamento físico da guarda, contudo, servirá como motivação para a aplicação de uma alternância de períodos mais extensos e se os pais morarem em cidades diferentes, talvez tenham de considerar lapsos maiores de tempo e que comportem o planejamento do calendário escolar; mas somente se a opção for definitivamente prazerosa e realizada no efetivo superior interesse do menor”.

Exatamente pelo fato da norma jurídica não restringir a forma do exercício do compartilhamento, é que se vislumbra a possibilidade da atribuição da guarda compartilhada quando os genitores residirem em

32 Op. cit. p. 190.

localidades diferentes.

Guarda e regime de convivência são institutos distintos como já exposto. A criança ganha com o convívio intenso e com a participação conjunta de seus genitores nas decisões mais importantes de sua vida, podendo, portanto, usufruir desta pluralidade familiar reconhecida constitucionalmente.

De forma pungente, não nos olvidemos que a guarda compartilhada também foi instituída como forma de combater o exercício abusivo do poder parental, mais especificamente dos nefastos efeitos da alienação parental, como assim prevê a Lei 12.318/2010.

A influência exclusiva decorrente da unilateralidade da guarda exercida por um dos genitores no cotidiano da criança é solo fértil para a prática de atos alienadores visando a exclusão gradual do outro, inclusive a implantação de falsas memórias, justamente por exercer a figura referencial primária da criança.

Guardiões detentores da guarda unilateral se utilizam de subterfúgios como forma de exclusão e diminuição do exercício da parentalidade do outro genitor, em especial no caso de regime de visitas engessados e pré-determinadas, impedindo em muitas e corriqueiras situações o contato com o outro genitor “pois não foi assim determinado pelo juiz”. O acesso a criança torna-se absolutamente limitado e restrito, assim como impede a participação do outro genitor em qualquer aspecto decisão do filho.

A unilateralidade da guarda em tais situações revela-se um abuso de poder convalidado pelo judiciário.

Afastar a interferência exclusiva de um dos genitores e evitar os chamados “sunday daddys”, impedindo a prática da alienação parental, foi certamente um dos objetivos da Lei 13.058/2014, garantindo o convívio familiar equilibrado de ambos genitores na vida do filho, viabilizando o exercício pleno da autoridade parental.

Desta feita, revela-se a guarda compartilhada como remédio preventivo e inibidor dos comportamentos abusivos oriundos da alienação parental.

Ainda, atribui-se o exercício de vigilância e fiscalização no caso da guarda unilateral, como se na prática aquele genitor que não detém a custódia conseguisse informações necessárias sobre a vida do filho, vindo muitas vezes a tomar conhecimento destas após já terem sido concretizadas justamente pela existência do poder “soberano” da unilateralidade. O distanciamento geográfico, que em muitas situações é causado pelo próprio genitor guardião, é por si só causa de afastamento de uma convivência contínua e diária e por sua vez deve ser mitigado com o estabelecimento do compartilhamento.

Revela-se igualmente que o vocábulo “unilateral” possui um reforço inclusive emocional e psicológico de empoderamento decisório por parte do genitor guardião em relação ao filho e em detrimento do outro genitor.

Ora, se o próprio meio jurídico se equivoca quanto a própria conceituação e compreensão acerca das diferenças entre os institutos jurídicos do poder familiar e guarda, quiçá um cidadão poderá por certo compreendê-las.

As palavras têm poder, e isso não deve ser ignorado. O poder de um vocábulo traz consigo a força e o poder do significante³³.

33 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões* – Ilustrado - Ed. Saraiva

Por tal razão, revela-se fundamental o estabelecimento da guarda compartilhada ainda que apenas na modalidade de guarda jurídica, justamente pelo reforço significativo do próprio vocábulo, que conduzirá invariavelmente a coparticipação de ambos genitores.

Fato é que o sistema de guarda atual no Brasil permite construções de regime de convivência e de guarda individualizados e particularizados, mantendo-se a estabilidade e a continuidade não apenas dos períodos de convivência, mas essencialmente um direito incontestado do efetivo exercício do poder familiar, este sim igualitário entre os genitores.

Se partirmos do pressuposto que vigora hoje em nosso sistema legislativo atual duas modalidades de guarda compartilhada: física e jurídica pode-se atribuir, por exemplo, a guarda jurídica a ambos genitores e a guarda física ao outro, estabelecendo um regime de convivência proporcional. A responsabilidade por certo será compartilhada.

Diante de tais observações é possível estabelecer algumas premissas que efetivamente nos levam a conclusão da viabilidade e da possibilidade da implementação da guarda compartilhada quando os genitores residem em localidades diferentes:

1. A guarda compartilhada é regra no sistema jurídico atual, e somente não será aplicada em casos excepcionais e quando o genitor assim declinar. Trata-se de presunção *iuris tantum* nos termos do §2º do artigo 1.584;
2. A lei não dispôs expressamente a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada quando os genitores residirem em cidades diferentes, sendo conclusão lógica do sistema de que regras restritivas de direitos devem ser aplicadas de forma restritiva;
3. O sistema atual de guarda prevê duas modalidades de guarda compartilhada: física e jurídica;
4. O § 3º do Art. 1.583 dispõe expressamente a possibilidade de fixação de base de moradia na cidade que melhor atender aos interesses dos filhos na modalidade de guarda compartilhada;
5. Guarda compartilhada não pressupõe tempo igualitário de convívio, mas sim tempo proporcional.
6. Melhor interesse da criança em tais situações significa a preservação dos vínculos afetivos mediante o exercício da coparentalidade e fixação de regime de convivência com ambos genitores.
7. A guarda compartilhada é um eficaz instrumento de prevenção e combate à alienação parental.

Neste sentir, o compartilhamento da guarda revela-se não apenas uma garantia de efetividade dos direitos parentais e de convívio familiar da própria criança, mas acima de tudo um pressuposto social e psicológico de reforço indispensável ao exercício do poder familiar igualitário nos casos de litígio. É o reforço ético desta nova construção da identidade parental.

6 CONCLUSÃO

Partindo-se do pressuposto de que a convivência familiar é um direito, constitucionalmente garantido, a instituição da guarda compartilhada como regra, revela-se não apenas um imperativo infraconstitucional, mas a aplicação efetiva do que dispõe a Carta Magna.

Encontrando-se ambos genitores aptos ao exercício da guarda compartilhada, esta deverá ser aplicada como regra, independentemente de os genitores residirem ou não na mesma localidade. O que se diferenciará será a construção de um regime de convivência próprio as particularidades daquele núcleo familiar.

A guarda compartilhada cumpre a importante função de quebrar a estrutura de um suposto sentimento de poder oriundo da unilateralidade da guarda. Revela-se igualmente um pressuposto psicológico de reforço ético indispensável desta nova construção da identidade parental, especialmente diante da confusão terminológica que persiste no ordenamento atinente aos institutos do poder familiar e guarda.

Portanto, pode-se inferir que não há qualquer óbice para o compartilhamento jurídico da guarda, ainda que o compartilhamento físico não seja possível em determinado caso, o compartilhamento jurídico o será.

Compartilhar os cuidados e decisões atinentes a vida do filho, por mais simples e cotidianas que pareçam, é a materialização do direito fundamental a convivência e cuidado, independentemente de o pai ou mãe com ele residir. A coparticipação dos genitores na educação e formação do caráter da criança é pressuposto indispensável para a consecução de futuros adultos emocionalmente saudáveis. É a preservação dos próprios direitos existenciais de cada indivíduo do núcleo familiar, pois como bem assevera Rodrigo da Cunha Pereira³⁴: o filho não é de um nem de outro. É de ambos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. Lei n.12.318, de 26 de agosto de 2010. Lei da Alienação Parental. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

34 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit.

_____. Lei n. 11.698/2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

_____. Lei n. 13.058/14. Altera os arts. 1.583, 1.584 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

DELGADO, Mario. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiarguarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias?imprimir=1>>. Acesso em: jul. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenicedias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>>. Acesso em: jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice, Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278166,101048-Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domicilio+dos+filhos>>. Acesso em: jul. 2019.

DOLTO, Françoise. Quando os pais se separam. 2.ed. Rio de Janeiro: ed. Zahar, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 11. Ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

IBGE. Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro. V. 41, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A guarda compartilhada: Considerações sobre a Lei 11.798/2008. In: Eduardo de Oliveira Leite. Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários à Lei nº 13.058, de 2014. Disponível em:< https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf >. Acesso em jul. 2019.

MADALENO, Rolf. MADALENO, Rafael. Guarda compartilhada física e jurídica. ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Euclides. Tratado de direito das famílias. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processofamiliar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: mai. 2019. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões – Ilustrado - Ed. Saraiva.

SILVA, Fernando Salzer e. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/fernandosalzer-silva-fixacao-domicilio-guarda-compartilhada?imprimir=>1>>. Acesso em: mai. 2019.

SIMÃO, José Fernando. Guarda exercida pelos pais: um instituto vazio, inútil e perigoso. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Ed. 01. Agosto de 2016.

ROSENVALD, Nelson. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/singlepost/2015/11/24/Guarda-Compartilhada-Isso-Existe-1>>. Acesso em jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 5. Ed. São Paulo: Método, 2015.

DESERDAÇÃO, INDIGNIDADE E REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO: a necessária compreensão do tríptico jurídico¹

Renata Raupp Gomes²

RESUMO

Os institutos da deserdação, da exclusão de sucessor por indignidade e da revogação da doação por ingratidão, embora esquematizados em diferentes seções do Código Civil de 2002 e a despeito de guardarem feição típica de pena civil, devem ser interpretados em perfeita simetria, coesão e harmonia, uma vez que possuem a mesma raiz finalística, de cunho marcadamente ético.

Propugna-se, então, uma hermenêutica mais flexível, admitindo-se tratar tanto a deserdação como a indignidade de hipóteses de enumerações, se não exemplificativas (como já se admite para a revogação de doação por ingratidão), pelo menos de tipologia delimitativa e, nessa medida, passível de interpretação extensiva e de analogia, visando-se um verdadeiro paralelismo entre os institutos.

Diz-se, por isso, estar-se diante de verdadeiro tríptico jurídico, vale dizer, de três figuras que, juntas, formam um único quadro.

Palavras-chave: deserdação; indignidade; revogação da doação por ingratidão; interpretação sistemática.

ABSTRACT

The Institutes of disinheritance, exclusion of successor through indignity and revocation of donation for ingratitude, although schematized in different sections of the 2002 Civil Code and despite being typical of civil penalty, should be interpreted in perfect symmetry, cohesion and harmony, since they have the same finalistic root, of a markedly ethical nature.

1 Artigo originalmente publicado na Obra Coletiva Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações, coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

2 Professora efetiva de Direito de Família e Sucessões da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito. Doutoranda. Coordenadora estadual da Comissão de Direito das Sucessões do IBDFAM. Advogada.

We propose a more flexible hermeneutics, admitting to treat both the disinheritance and the indignity of hypotheses of enumerations, if not exemplifying (as it is already accepted for the revocation of donation by ingratitude), at least delimitative typology and, in that measure, which can be interpreted extensively and analogously, aiming for a true parallelism between the institutes. It is said, therefore, to be faced with a true legal triptych: three figures that, together, form a single picture.

Keywords: disinheritance; exclusion of successor through indignity; revocation of donation for ingratitude; systematic interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem dito e escrito acerca do anacronismo da legítima³ no direito sucessório brasileiro, havendo quem defenda a sua restrição à hipótese exclusiva de descendentes incapazes, ainda assim limitando-se o valor reservado a 30% do total do patrimônio hereditário, ou mesmo sua completa extinção em prol do pleno exercício da autonomia privada. Alinha-se, também, ao argumento de maior liberdade do titular do patrimônio, o fato de que a legítima, como um privilégio conferido a certos herdeiros, parte da premissa de afeto e solidariedade nem sempre verificados nos casos concretos, em total discrepância com a abstração legal.

Sem embargo desse movimento que, aliás, parece ser crescente na sociedade, a reflexão aqui proposta segue caminho diverso, na medida em que a sua relevância parte do pressuposto da manutenção da reserva legal em favor dos herdeiros entre nós denominados de necessários ou legitimários, preocupando-se, todavia, com a reformulação das hipóteses de deserdação, indignidade e ingratidão.

Apresenta-se, em certa medida, como contraponto aos argumentos que sustentam o fim da reserva legal ou da legítima, ao passo em que aponta para uma maior liberdade – *mediante efetivo exercício da autonomia privada do titular do patrimônio* – para deserdar herdeiro necessário, excluir herdeiro legítimo, testamentário e legatário por indignidade, ou, ainda, revogar doação feita como adiantamento de herança, a partir de uma noção simples de merecimento (ou, melhor, de não desmerecimento!).

Importante que se diga, já de início, que tanto os herdeiros necessários como os facultativos (parentes colaterais) possuem vocação hereditária e organizam-se em ordem de preferência e exclusão, a partir de premissas de afeto, solidariedade e, por que não dizer, de reciprocidade.

Sob essa perspectiva, então, deve-se atrelar à manutenção da legítima em favor dos herdeiros necessários os valores constitucionais fundamentais da solidariedade e da dignidade humana, ladeados por preceitos civis importantes como o da boa-fé objetiva nas relações sociais, sobretudo nas familiares, elevando-os, enfim, a verdadeiras diretrizes para se discutir os direitos de sucessores e donatários sob a lógica dos deveres correlatos, dentre eles o de conservar postura ética para com quem lhe agraciou.

3 De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, legítima “é a parte da herança que deve ser destinada aos herdeiros necessários. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança (art. 1.789, CCB). A legítima tem por objetivo proteger o círculo familiar, impedindo que o autor da herança disponha em absoluto de todo o seu patrimônio em vida ou em testamento”. (**Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480).

Assim, o presente artigo tem por objeto o estudo das hipóteses de exclusão de sucessores da participação hereditária em razão de procedimento tido por indigno ou apto a ensejar a deserdação, assim como a devolução de liberalidade recebida por donatário ingrato, destacadamente aquela feita em *antecipação da herança necessária*.

Propõe-se, como pressuposto central, a ideia de que os institutos da deserdação, da indignidade e da revogação de doação por ingratidão, embora separados topograficamente no Código Civil (revogação – *contratos*, indignidade – *sucessão legítima* e deserdação – *sucessão testamentaria*) fazem parte do mesmo **tríptico**⁴ jurídico e como tal merecem ser interpretados.

Assim, importa aferir o comportamento do beneficiado com liberalidade ou sucessão – *que deve refletir um determinado paradigma de comportamento social, pautado pela honestidade, confiança, lealdade e fidelidade em suas relações jurídicas* –, interpretando as regras erigidas em resposta às espécies tipificadas, de modo a evitar que herdeiro, legatário ou donatário que teve para com o doador ou autor da herança (ou seus parentes) comportamento desleal ou ofensivo não siga premiado com a devolução da herança ou conservação do que foi recebido em sua antecipação.

Embora as três hipóteses – *deserdação, indignidade e ingratidão* – apresentem feição de pena civil em razão da mesma raiz finalística – *conduta incompatível com o benefício recebido ou com o direito assegurado* – recebem tratamentos distintos, tornando lacunosa a matéria e, não raro, contraditória a sua aplicação aos casos concretos.

Corroborar esse grave problema, o fato de que tradicionalmente os três institutos têm merecido interpretação, além de restritiva, estanque, entendendo-se tratar cada um deles de penalidade diversa, independente e com enumeração exaustiva.

Em razão de sua nova redação (com a proposital exclusão do vocábulo “**só**”), o artigo 557 do Código Civil de 2002, responsável por listar as hipóteses de revogação de doação por ingratidão, tem sido atualmente interpretado como um rol meramente exemplificativo, admitindo, portanto, outras causas não expressamente previstas como ensejadoras de ingratidão do donatário.

Porém, não partilha da mesma sorte o tratamento dedicado à deserdação e à indignidade, entendidas quase que à unanimidade na doutrina e na jurisprudência como hipóteses compostas por enumerações exaustivas, cuja aplicação deve se dar restritivamente por se tratar de penalidade civil.

Cumprir registrar ainda de início que as prescrições de cada um dos institutos, embora tenham a mesma razão de existir, o mesmo fundamento, não se identificam plenamente, circunstância que pode se configurar como deveras gravosa quando defrontada com a vida real.

A fim de demonstrar a mencionada inconsistência do tratamento legal da matéria, faz-se um breve resumo da tipificação de cada uma das três “pinturas” para ao final caracterizá-las como um verdadeiro tríptico jurídico, a exigir hermenêutica coerente, consistente, sistemática na resolução dos casos concretos. Antes, porém, da análise particularizada de cada um dos institutos, cumpre um retrato das respectivas prescrições legais nas três hipóteses:

4 O tríptico corresponde a um conjunto de três pinturas unidas por uma moldura tríptica que, embora tragam figuras diferentes, dão a impressão de ser uma única obra, ou, ainda, constituem um conjunto de três pinturas que formam uma única imagem.

DESERDAÇÃO – arts. 1961 (remete ao 1.814), 1962, 1963:	INDIGNIDADE – art. 1814:	REVOGAÇÃO DOAÇÃO IN-GRATIDÃO – art. 557:
I - ofensa física;	I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;	I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;
II - injúria grave;	II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;	II - se cometeu contra ele ofensa física;
III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; (ou a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta)	III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.	III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;
IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (ou desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade)		IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

2 A DESERDAÇÃO E SUAS HIPÓTESES DE CABIMENTO: NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DAS CAUSAS LEGAIS

A deserdação, como se sabe, remete à exclusão de herdeiro necessário⁵ da sucessão, ordenada por testamento pelo autor da herança e fundada em uma das causas legais enumeradas no Código Civil, do artigo 1.961 ao artigo 1.963.⁶

Em voz praticamente uníssona, doutrina e jurisprudência afirmam a taxatividade das condutas que permitem a deserdação ou a indignidade, como se verá a seguir, em razão da natureza de pena que as informa. Pelo mesmo motivo, adota-se como regra geral uma interpretação restritiva aos casos concretos,

⁵ Herdeiros necessários são aqueles que, por força de lei (art. 1.845), possuem direito a uma legítima, ou seja, têm o direito à reserva de metade do patrimônio do autor da herança.

⁶ Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

temendo aplicar punição em hipótese não expressa e anteriormente prevista na lei.

Todavia, basta um passar de olhos na enumeração dos artigos 1961 a 1963 para constatar-se a obsolescência no tratamento da deserdação pelo Código Civil.

Tome-se, por exemplo, as eufemísticas *relações ilícitas* entre o ascendente com cônjuge ou companheiro do descendente e vice-versa. Melhor seria dar encaminhamento genérico à hipótese, equiparando-a a outras tantas espécies de deslealdade ou desrespeito tão ou mais graves para com o autor da herança, de modo ensejar a deserdação sempre que desatendida a necessária ideia de reciprocidade no afeto (ainda que presumido pela lei), na solidariedade e na eticidade que deve amparar a sucessão, sobretudo a decorrente de relações tão íntimas de parentesco. Neste particular, observam Chaves e Rosenvald⁷ a incongruência de punir-se o parente em linha reta pela relação ilícita com o parceiro ou parceira do autor da herança, deixando-se de prescrever a deserdação do cônjuge ou companheiro que traiu a confiança do falecido, envolvendo-se em relação de conteúdo romântico ou sexual com seu descendente ou ascendente.

Pior, após uma simples leitura dos demais institutos que guardam com a deserdação a mesma raiz finalística e a mesma natureza de pena – *a indignidade e a revogação da doação por ingratidão* –, exsurge a falta de coerência e de consistência do ordenamento na abordagem do tema.

Sob essa óptica, merece menção específica o *desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade* (inciso IV do artigo 1.963).

Evidente que o filho ou neto com grave enfermidade mental que tenha sido desamparado por ascendente não poderá fazer testamento deserdando-o, justamente por faltar-lhe capacidade para tanto.

Note-se que, nesse caso, aberta a sucessão do filho ou neto enfermo mental (que não possuía capacidade para fazer testamento ordenando a deserdação) os próximos parentes na ordem sucessória não poderão excluir o ascendente que o abandonou por indignidade, na medida em que tal conduta não encontra paralelo no rol dito *taxativo* do art. 1.814 do CCB.

Ainda sobre a deserdação de ascendente pelo descendente, mister registrar que o simples abandono já deveria ensejar a medida, uma vez que a dependência econômica, moral e psicológica dos filhos enquanto menores é absolutamente presumida e de responsabilidade dos pais. Tanto é assim que há diversos precedentes da Corte Superior que responsabilizam os pais que abandonam afetivamente os filhos, sob o argumento de que cometem ato antijurídico grave ao negligenciá-los, pois por mais que não possam ser obrigados a amar, o são a cuidar.

Interessante que o pai que abandona afetivamente o filho durante toda a sua vida pode, segundo a prescrição do atual artigo 1.963 do CCB, vir a sucedê-lo, ao passo que não há autorização expressa para esse descendente deserdar o seu ascendente, mesmo que provada a antijuricidade de sua conduta a partir do total abandono moral.

Mais: imagine-se um pai que abandona o filho gravemente enfermo ao nascer aos cuidados exclusivos da mãe e dos avós maternos. Ao falecer a mãe, o filho herda quantia significativa, permanecendo sob os cuidados dos avós. Em razão de sua enfermidade física, falece na sequência, ainda menor, absolutamente incapaz. Por mais que haja causa legal para a deserdação desse pai, por

7 *Curso de Direito Civil. V. 7. Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 143

óbvio o filho falece sem deixar testamento, de modo que seu pai, como ascendente mais próximo, sucede sozinho. Na espécie, não obstante tenha o pai cometido ato que teoricamente autorizaria sua deserdação, os avós maternos encontrarão enorme dificuldade de afastá-lo da sucessão do neto por indignidade por não existir perfeita simetria entre os institutos, perpetrando-se indiscutível injustiça tanto do ponto de vista legal como moral.⁸

Reitere-se o que se disse antes também em relação ao ascendente abandonado pelo descendente em alienação mental ou grave enfermidade (inc. IV do art. 1.962 CCB), porquanto impossível fazer testamento o deserdando na primeira hipótese e improvável na segunda, por encontrar-se combalido e bastante enfraquecido fisicamente.

A despeito disso, o filho que abandona o pai em enfermidade mental ou física não sofrerá, segundo a regra do art. 1.814 do CCB, a pena de exclusão por indignidade, por mais que a própria mãe ou seus irmãos venham a promover a demanda, pois não constante da enumeração legal que respalda a mencionado medida.

Vale questionar se o mero abandono afetivo do ascendente, mesmo que saudável, mas em idade avançada, não configuraria causa que contraria a pressuposta afetividade e solidariedade familiar, autorizando uma revisão das hipóteses legais de deserdação e, nesse ínterim, uma interpretação dos institutos mais coerente, mais preocupada em concretizar valores constitucionais fundamentais como a dignidade e a solidariedade? Afinal, a pessoa idosa, pela especial fragilidade chegada ao crepúsculo da vida, merece tratamento diferenciado, tal qual é dado a crianças e adolescentes, ainda que pelo motivo inverso.

Por fim, menciona-se que apesar da inclusão dos cônjuges (e quiçá dos companheiros, tendo em conta a recente decisão do STF que os equipara quanto ao tratamento sucessório) no rol dos herdeiros necessários do art. 1.845 do Código Civil de 2002, há evidente lacuna quanto à prerrogativa de deserdação dessa classe de sucessores legítimos, inexistindo previsão específica para os casos em que um cônjuge pode deserdar o outro.

Assim, tem-se a previsão genérica no art. 1.961 de que “os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão” (remetendo ao art. 1.814), seguindo-se, na sequência, as prescrições específicas de quando o ascendente pode deserdar o descendente (art. 1.962) e vice-versa (Art. 1.963).

Ao se interpretar restritivamente os dispositivos, entendendo-os como *numerus clausus*, pode-se chegar ao absurdo de admitir que ofensas físicas ou injúria grave cometidas por um cônjuge contra o outro não assegurem ao ofendido o direito de deserdar seu carrasco por falta de previsão própria

8 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELO AUTOR. [...] PRETENSÃO DO AUTOR, AVÔ PATERNO DO DE CUJUS, DE EXCLUIR A GENITORA DO FALECIDO DA SUCESSÃO DESTE. PEDIDO LASTREADO NO ABANDONO AFETIVO PERPETRADO PELA MÃE. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO QUE NÃO INTEGRA O ROL PREVISTO NO ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL. HIPÓTESES TAXATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE QUE, ADEMAIS, NÃO SE CONFUNDE COM AS HIPÓTESES DE DESERDAÇÃO [...]. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. (II) PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. BENEFÍCIO DEFERIDO QUANDO DO RECEBIMENTO DA INICIAL. [...]. PROVIMENTO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, AC n. 2014.084732-2, j em 22.10.2015).

e ausência de paralelo na enumeração das causas de indignidade.

Há doutrinadores que apontam ser a manutenção da sociedade conjugal em casos de abuso físico ou mental, por exemplo, a prova cabal de não cabimento da deserdação, por ter havido na espécie o perdão tácito do cônjuge ofendido.

Ora, nada poderia estar mais longe da verdade, pois, plenamente crível que o cônjuge vitimado por violência doméstica, notadamente a psicológica (consistente em ameaças até de morte em uma eventual iniciativa de separação) deixe de promover demanda visando à dissolução da sociedade conjugal, não porque há perdão tácito da conduta empregada pelo outro, mas porque teme retaliação ainda mais violenta caso tome esse rumo.

Segundo Maria Berenice Dias, a despeito da maior parte da doutrina insistir na tese de enumeração exaustiva e interpretação restritiva dos artigos da deserdação, facultando aos cônjuges ou companheiros a deserdação de seu par exclusivamente nas hipóteses de indignidade (redação do art. 1.961), tal solução não se afigura justa, porquanto “*descabido privar filhos da herança por prática de determinado fato e não ser possível excluir o cônjuge que age de modo igualmente reprovável*”⁹.

Exatamente com base nessa preocupação, Chaves e Rosenvald afirmam que pelo argumento da *tipicidade finalística* seria plenamente viável a deserdação de um cônjuge pelo outro na hipótese de ofensa física, injúria grave ou, ainda, relações sexuais ou afetivas mantidas pelo parceiro com descendente ou ascendente seu, garantindo-se uma interpretação sistêmica, racional, teleológica da norma codificada.¹⁰

Sob argumentação semelhante, pretende-se demonstrar a necessidade de uma hermenêutica mais flexível, capaz de correlacionar as causas de deserdação, indignidade e ingratidão.

3 A EXCLUSÃO DE HERDEIRO OU LEGATÁRIO POR INDIGNIDADE E SUA INTERFACE COM A DESERDAÇÃO

Quanto à exclusão de herdeiro legítimo, necessário ou não, ou de legatário por indignidade, idêntico pressuposto ao da deserdação deve ser aplicado, valendo dizer que deveria ser cabível a exclusão do sucessor que tivesse para com o autor da herança ou testador procedimento contrário à presunção legal de afeto, cuidado, solidariedade e respeito, por uma questão de reciprocidade (merecimento ou, pelo menos, de não desmerecimento).

Registre-se, em tempo, que se tratando de herdeiro testamentário ou de legatário, o afeto não é presumido, mas sim expresso, tanto que contemplado o sucessor no testamento da pessoa que desrespeitou ou feriu.

As causas que autorizam a exclusão de herdeiro ou legatário da sucessão encontram-se previstas

9 **Manual das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 320.

10 *Op. Cit.*, p. 134.

e reguladas no artigo 1.814 do atual Código Civil¹¹, sendo igualmente importantes aqui as críticas feitas em relação à deserdação e a forma como grande parte dos doutrinadores e julgadores têm entendido a matéria, dedicando-a interpretação literal.

Sem embargo de interessantes propostas legislativas que buscam redesenhar as hipóteses autorizadoras da exclusão de sucessor por indignidade¹², deve-se buscar alteração legislativa que se coadune com os preceitos éticos da sociedade, concretize o primado da dignidade humana no direito sucessório e, por fim, confira coerência, consistência e organicidade ao ordenamento, primando pelo absoluto paralelismo das hipóteses de deserdação, indignidade e ingratidão, especialmente, nesse caso, quando a doação é feita em adiantamento de legítima.

Examinando-se a enumeração legal, vê-se que no inciso I do art. 1.814, há a previsão de exclusão por indignidade de herdeiros ou legatários que “*houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente*”.

Segundo opiniões doutrinárias majoritárias¹³, o homicídio culposo e o preterdoloso não autorizariam a exclusão do sucessor por indignidade, sendo a intencionalidade do agente (dolo) elemento imprescindível à caracterização do tipo legal.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal chegam a exemplificar a hipótese do crime de lesão corporal seguido de morte, afirmando que se não há intenção de matar do agente, mas sim de lesionar, “não parece que possa ser enquadrado o preterdolo como conduta símile ao homicídio”.¹⁴

11 Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

12 Confira-se, a propósito o PL n. 867/2011, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, cuja redação proposta ao art. 1.814 é a seguinte:

Art. 1.814. Fica impedido de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade, aquele que: I – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à vida ou à dignidade sexual do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, até o segundo grau; II – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do autor da herança; III – sem justa causa, tenha abandonado ou desamparado o autor da herança, especialmente aquele que, tendo conhecimento da paternidade ou maternidade do filho, não a tenha reconhecido voluntariamente durante a menoridade civil; IV – por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furtar, roubar, destruir, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou codicilo do falecido, incorrendo na mesma pena aquele que, mesmo não tendo sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado.

Parágrafo único. Para efeito do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, incluem-se entre os atos suscetíveis de gerar declaração de indignidade quaisquer delitos dos quais tenham resultado a morte ou a restrição à liberdade do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

13 Chaves e Rosenthal afirmam sobre o tópico: “*Por conta de uma compreensão finalística do tipo, que reclama intencionalidade do agente (dolo), estão peremptoriamente afastados os casos de homicídio culposo ou preterdoloso, também chamado de preterintencional*”. (Op. Cit., p. 115).

14 Idem. Ibidem.

Ainda que ressalvem adiante, a depender das particularidades do caso concreto, a possibilidade de enquadrar-se o homicídio preterintencional como causa de indignidade por conta da tipicidade finalística¹⁵, melhor seria assumir uma interpretação conjugada das regras da deserdação e da indignidade, de modo que, na espécie, facultada estaria a exclusão de sucessor que agredisse fisicamente o autor da herança a ponto de causar-lhe a morte.

Isso porque fere toda a lógica do sistema a perpetração de ofensa física autorizar a deserdação e não a exclusão por indignidade, ainda mais quando de tal agressão resultar na morte do lesado que, obviamente, padece dos ferimentos sem ter podido providenciar testamento para deserdar seu algoz. Por mais que tal circunstância pudesse ser enquadrada em crime quanto à honra, consoante dicção do inciso II do art. 1.814 (na modalidade injúria real)¹⁶, por exigir prévia condenação criminal dificulta a exclusão do sucessor, devendo tal direito ser franqueado aos seus herdeiros por meio da ação de exclusão de sucessor por indignidade simplesmente porque figura entre as causas de deserdação. Certo é que tal sucessor não pode ser agraciado com a herança legítima, testamentária ou com o legado, após ter atacado o falecido, sob pena de grave vilipêndio dos valores constitucionais e sucessórios que se pretende ver realizados na sociedade.¹⁷

No inciso seguinte, prescreve-se a exclusão de herdeiros ou legatários “*que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro*”.

Com exceção do primeiro caso – *acusação caluniosa*, nos demais se entende necessária a prévia condenação criminal para ensejar a exclusão por indignidade, na medida em que o legislador utiliza-se da expressão “*crime contra a honra*” o que acaba por dificultar na prática o afastamento do sucessor da herança da pessoa falecida.

Note-se que quanto à amplitude no enquadramento de crime contra a honra (calúnia, difamação e injúria), impera a interpretação restritiva, muito embora se deva considerar que a injúria, por exemplo, possui um amplo âmbito de aplicação, podendo ser cometida de forma verbal, escrita, ou até mesmo física. A injúria física tem previsão de pena maior, sobretudo quando o meio utilizado for considerado aviltante, humilhante (conforme redação do § 2º do art. 140 do CPB).

15 *Idem. Ibidem.*

16 O crime de lesão corporal seguida de morte contra o genitor enquadra-se na prática de crime contra a honra, o que dá ensejo à indignidade do autor da conduta. O apelado foi condenado à pena de cinco anos de reclusão pela prática do crime de lesão corporal seguida de morte contra o próprio genitor. Em razão disso, um dos herdeiros pleiteou a exclusão do mesmo da sucessão hereditária por indignidade. O Juízo *a quo* julgou improcedente a declaração de indignidade sob o argumento de que a lesão corporal seguida de morte, por se tratar de crime preterdoloso, não se amolda à hipótese de exclusão da sucessão, restrita ao homicídio doloso. A Turma, no entanto, entendeu que não seria razoável o recebimento de herança pelo filho que se insurge contra o genitor culminando na sua morte. Por isso, reformou a sentença e enquadrou a ofensa à integridade corporal do genitor em crime contra a honra, no qual está contida a prática de injúria real, causa de exclusão do herdeiro da sucessão. (TJDF, [AC n. 826797](#), julgada em 15/10/2014).

17 Segue acórdão paradigmático do TJAM, que excluiu herdeira pela prática de crime contra o patrimônio: DIREITO SUCESÓRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXCLUSÃO DE SUCESSÃO (ART. 1.814 DO CC). INDIGNIDADE DA COMPANHEIRA DO DE CUJUS. LATROCÍNIO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1) Constatado que a ré praticou contra o seu companheiro o crime de latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte), em verdadeira afronta aos princípios de justiça e da moral, cabível a interpretação extensiva da disposição contida no art. 1.814 do CC, para reconhecer a sua indignidade e excluí-la da sucessão, evitando-se que a mesma venha a ser contemplada pelos bens deixados por ele. 2) Recurso provido. (AC n. 0031105- 80.2013.8.03.0001, julgada em 03.03.2015).

Logo, acredita-se que uma imensa gama de condutas pode ser enquadrada como crime contra a honra, notadamente sob a rubrica da injúria, desde que a partir de uma interpretação não literal dos dispositivos legais. Crê-se possível, inclusive, enquadrar nessa causa legal a hipótese de violência sexual contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro¹⁸. Do contrário, ter-se-ia que admitir como coerente e sistemática a interpretação que agracia com a herança da vítima seu ofensor sexual, não obstante condenado definitivamente na esfera criminal pelo crime.

Parece crível, portanto, poder valer-se da condenação penal por crime de estupro, por exemplo, para, no âmbito civil, requerer a exclusão do herdeiro ou legatário por crime cometido contra a honra do autor da herança. Seria preferível, é claro, previsão expressa que respaldasse objetivamente a conduta contra a dignidade sexual do sucedido como causa de indignidade.

Na terceira hipótese de indignidade (inciso III, do art. 1.814) visa-se à proteção da liberdade de disposição patrimonial por parte do autor da herança, de modo a punir com a exclusão da herança o sucessor que, por violência física ou psicológica, ou utilizando-se de meios fraudulentos, tenta obstar a expressão da autonomia privada do testador, impedindo-o de livremente dispor de seus bens por última vontade.

Assim como nas causas anteriores, vê-se tal conduta como desabonadora da participação sucessória de pessoa que sequer respeita as deliberações de última vontade do autor da herança, interessando-lhe tão somente a preservação do patrimônio em causa própria ou interferir em sua destinação de modo a beneficiar-se direta ou indiretamente.

É preciso que se diga, nesse ponto, que doutrina e jurisprudência dão pequenos passos na direção da superação do dogma da taxatividade das causas legais de indignidade, admitindo aos poucos hermenêutica extensiva ou aplicação analógica aos casos não previstos expressamente¹⁹, pois, como bem disse Maria Berenice Dias, “*a maldade humana é imprevisível e ilimitada*”²⁰, merecendo ser sobrelevado o apelo ético do instituto.

18 Em sentido contrário, afirmam Chaves e Rosenthal: “*A outro giro, no entanto, está peremptoriamente afastada a tentativa de enquadramento dos crimes contra a dignidade sexual como delitos contra a honra do autor da herança. Malgrado a forte repulsa moral e social causadas, não há espaço para um paralelo finalístico entre os referidos atos criminosos, que se baseiam em fundamentos completamente distintos*”. (*Op. Cit.*, p. 119).

19 Nesse sentido, destaca-se o julgado do STJ: Trata-se de ação ordinária para exclusão de mulher da sucessão de tio, que apresentava problemas mentais por esclerose acentuada, anterior ao consórcio. O casamento restou anulado por vício da vontade do nubente, que também foi interdito a requerimento de uma das recorridas, bem como anulada a doação de apartamento à recorrente. Apesar de o recurso não ser conhecido pela Turma, o Tribunal *a quo* entendeu que, embora o efeito da coisa julgada em relação às três prestações jurisdicionais citadas reste adstrito ao art. 468 do CPC, os fundamentos contidos naquelas decisões, trazidos como prova documental, comprovam as ações e omissões da prática de maus tratos ao falecido enquanto durou o casamento, daí a previsibilidade do resultado morte. Ressaltou, ainda, que, apesar de o instituto da indignidade não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC) redundam em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária. REsp n. 334.773-RJ, julgado em 21/5/2002.

20 *Op. Cit.*, p. 306.

4 A REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO POR INGRATIDÃO E SUA INTERSECÇÃO COM A DESERDAÇÃO E A INDIGNIDADE

Na doação pura e simples, o donatário é contemplado em razão do afeto por ele nutrido pelo doador, esperando-se de sua parte a necessária reciprocidade, ou, no mínimo, comportamento que não contrarie princípios éticos de convivência e de gratidão.

Exsurge, assim, a possibilidade de revogar a liberalidade feita a donatário ingrato, nos termos do art. 557 do Código Civil vigente.²¹

A despeito de tradicionalmente a ingratidão ter recebido o mesmo tratamento destinado à deserdação e à indignidade, vale dizer, entendendo-se sua taxatividade e interpretando-se as hipóteses legais restritivamente, tal rigor vem sendo abrandado, manifestando-se a Corte Superior pelo caráter meramente exemplificativo do rol do art. 557 do CCB.²²

Essa nova intelecção mostra-se fundamental especialmente quando a liberalidade é efetuada por ascendente a descendente ou de um cônjuge (ou companheiro) ao outro, pois importa em adiantamento de legítima, salvo se expressamente determinada sua retirada da parte disponível do dotador.

Nesse particular, seria extremamente contraditório que a revogação da doação não ocorresse nas exatas hipóteses da deserdação, uma vez que a liberalidade tem natureza de antecipação da herança. Em similar entendimento, contraditório seria que as causas de indignidade não encontrassem também a devida simetria na enumeração da revogação de doação por ingratidão, notadamente quando a doação realiza adiantamento de legítima.

Propugna-se, portanto, uma readequação legislativa na matéria e, enquanto isso, uma interpretação sistemática dos dispositivos relativos à indignidade, à deserdação e à revogação de doação por ingratidão.

Ainda que somente as causas de revogação da doação por ingratidão tenham merecido revisão nos precedentes pátrios para afirmar seu caráter de rol exemplificativo, resta estabelecer quanto à deserdação e à indignidade uma feição de tipologia se não exemplificativa, ao menos delimitativa²³ para ser possível a construção de uma hermenêutica mais orgânica, que conjugue todas as mencionadas causas legais como um

21 Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

22 RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DOAÇÃO. REVOGAÇÃO. INGRATIDÃO DOS DONATÁRIOS. OFENSA À INTEGRIDADE PSÍQUICA. PROVA. ART. 557 DO CC/2002. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. ENUNCIADO Nº 33 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. INJÚRIA GRAVE. DEMONSTRAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O conceito jurídico de ingratidão constante do artigo 557 do Código Civil de 2002 é aberto, não se encerrando em molduras tipificadas previamente em lei.

2. O Enunciado nº 33 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “o Código Civil vigente estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal do art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo outras hipóteses”, ou seja, trata-se de rol meramente exemplificativo.[...] (REsp. n. 1593857/MG, julgado em 14/06/2016)

23 O doutrinador português José de Oliveira Ascensão considera admissível a analogia e a interpretação extensiva quando a tipologia for delimitativa. Nesse caso, entende que “a segurança jurídica que exigiu a previsão legal das causas de indignidade, levou ao estabelecimento de grandes categorias de casos que trazem limitação à atividade do intérprete; mas não implica o afastamento da exigência fundamental do tratamento igual de casos semelhantes, que está na base da analogia desde que esta só possa funcionar a partir dos modelos dados pela lei” (**Direito Civil – Sucessões**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 293). Não custa registrar também que

todo, admitindo-se, nessa medida, uma interpretação extensiva ou analógica, lembrando que “*a analogia das situações se mede em função das razões justificativas da solução fixada na lei, e não por obediência à mera semelhança formal das situações*”.²⁴

De fato, a leitura separada das seções poderia levar a absurdos como este: se perfectibilizada a liberalidade em adiantamento de legítima, o descendente donatário vier a cometer alguma das condutas previstas nos artigos 1814 ou 1962, não poderia ser deserdado por testamento pelo ascendente doador relativamente à porção já recebida como antecipação, valendo tal medida somente quanto ao remanescente de seu quinhão.

A situação hipotética é corriqueira e revela a severa incoerência do sistema: se não houver adiantamento nenhum, o filho deserdado não terá direito a suceder ao falecido. Todavia, havendo doação em adiantamento, o filho deserdado não seria obrigado a devolvê-la em função da deserdação.

Segundo o artigo 2008, sujeitar-se-á o herdeiro donatário **deserdado** a conferir o valor das doações recebidas anteriormente somente para o fim de repor o que **excedeu**, à **época da liberalidade**, o que o doador poderia dispor (50% do patrimônio, artigo 549 do CC).²⁵

Inegável, pois, o descompasso existente na matéria de doação em adiantamento de legítima, a toda evidência tratada sem a necessária especificidade, equiparada no Código Civil à generalidade das doações, em franco descompasso com a matéria relativa à deserdação e à exclusão de herdeiro por indignidade.

Nessa linha de argumentação, evidente que deve ser admitida a revogação da doação feita em adiantamento de legítima se, por exemplo, o herdeiro donatário **abandona afetivamente um dos ascendentes em situação de grave enfermidade**. Embora não haja esta previsão específica na enumeração do art. 557 CCB, consta expressamente do rol da deserdação, (art. 1962, inc. IV), atentando-se para o fato de que tal descaso deve abranger também o aspecto emocional e não simplesmente material, como previsto no inciso IV, do dispositivo que trata da ingratidão (*deixar de prestar os alimentos...*).

Em suma, havendo motivo autorizador da deserdação, ele deve ser suficiente para revogar a referida liberalidade com vistas à futura herança ou mesmo para impedir, via indignidade, que pessoa não merecedora receba a herança. De forma idêntica e coerente, qualquer ato de indignidade compromete doação que adianta legítima e o próprio direito de herança.

5 CONCLUINDO... PELA NECESSÁRIA COMPREENSÃO DO TRÍPTICO JURÍDICO

Não se olvida da índole punitiva que tanto a deserdação como a indignidade e a revogação de doação por ingratidão revelam em seu âmago. O que se pretende problematizar é a forma como se entende

24 LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado**. Vol. VI. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p. 296

25 Art. 2.008. Aquele que renunciou a herança ou dela foi excluído [por deserdação ou indignidade], deve, não obstante, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder o disponível.

Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

majoritariamente a sua aplicação – *estanque e compartimentalizada*, sem mencionar a natureza de cláusulas taxativas que se atribuem a cada uma das enumerações dos referidos institutos.

Por mais que se compreenda tratar-se de punição (e nessa media da noção de *numerus clausus*), importante discernir a pena civil da criminal, admitindo-se aqui uma interpretação que se coadune com o fato de possuírem o mesmo núcleo justificador da penalidade (seja ela de perda do direito de herança ou de devolução da liberalidade recebida ou adiantada), vale dizer, os princípios da boa-fé objetiva, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar e conjugal.

Referidos princípios desvelam valores morais e éticos fundamentais a serem preservados e constituem, nessa extensão, o escopo da pena nos três institutos, não se descaracterizando, em absoluto, pelo fato de o Código Civil estampá-los em seções distintas, aparentemente compostas de rol taxativo de hipóteses de revogação de doação, de exclusão de herdeiro *por indignidade* e de *deserdação*.

Cumpre consignar, uma vez mais, que as hipóteses de revogação de doação, indignidade e deserdação exigem interpretação ampliada de modo a compreender todas as causas reguladas em separado, sob o risco de flagrante injustiça e de falta de coerência e coesão na aplicação do sistema. Deve-se, para tanto, considerar todo o conjunto de normas de Direito de Família e Sucessão, a fim de se compreender em profundidade e extensão o sentido axiológico dos institutos.

Em vista disso é que se propõe uma hermenêutica capaz de revelar o quadro completo, ou seja, evidenciar os três institutos como murais de uma única pintura, um verdadeiro tríptico jurídico.

PACTO ANTENUPCIAL – O QUE PODE E O QUE NÃO PODE CONSTAR?

Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais¹

Luciana Faisca Nahas²

1 CASAMENTO, AMOR, AFETIVIDADE E PACTO

O casamento é um dos institutos jurídicos mais antigos, possuindo regulamentação milenar. E permanece sendo um dos mais relevantes institutos sociais: são celebrados mais de um milhão de casamentos civis a cada ano no Brasil, conforme dados estatísticos do IBGE.³ E mesmo não sendo mais a única forma de união familiar, o último censo indicou que entre os brasileiros que vivem em uniões conjugais, 60% optaram pelo casamento civil, número superior ao dos que viviam em união consensual, que representou 36% das uniões conjugais.⁴

O perfil do casamento, no entanto, passou por importante adaptação. Se há pouco mais de quatro décadas sequer existia a possibilidade de divórcio no Brasil, atualmente é uma realidade presente no cotidiano da população. No ano de 2016, foram finalizados 344.526 divórcios no país, dos quais 46% referiam-se a casamentos com menos de 10 anos de duração.⁵ Outra informação interessante é que boa parte desses divórcios envolvia cônjuges com menos de 40 anos: 53% das mulheres e 45% dos homens que

1 Artigo originalmente publicado na Obra Coletiva Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações, coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

2 Doutora em Direito Civil pela PUC/SP. Mestra e graduada em Direito pela UFSC. Advogada atuante em Família e Sucessões. Presidente do IBDFAM/SC. Integrante da Comissão de Direito de Família da OAB/SC. Membro da International Society of Family Law (ISFL). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Professora de Graduação e Pós-Graduação na área de Família e Sucessões.

3 INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas do Registro Civil*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>

4 Conforme Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração, na Tabela 1.1.18 - 81.0483.57 brasileiros declararam viver em união conjugal, dos quais 34.808.655 declararam manter casamento civil e religioso, e 13.973.347 somente casamento civil, totalizando 48 782 002 casados, em comparação com os 29.489.751 que declararam viver em união consensual. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/nupcialidade_fecundidade_migracao/nupcialidade_fecundidade_migracao_tab_xls.shtm>

5 Sobre a fluidez dos laços afetivos modernos se recomenda a leitura da obra de Zigmunt Bauman, *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. (BAUMAN, 2004)

se divorciaram naquele ano não tinham ainda completado esta idade.⁶ Portanto, aproximadamente metade dos divórcios envolveram casamentos com menos de uma década de duração, e pessoas em idade para formar novos núcleos familiares.

A análise destes dados é importante para que se possa dimensionar os impactos que estas mudanças sociais trazem ao âmbito jurídico. Não se pode mais admitir estudar o instituto matrimonial com base em conceitos jurídicos estruturados no casamento indissolúvel patriarcal. A manutenção de compasso com a realidade social é essencial para a eficácia das normas de Direito de Família, como afirma o jurista português⁷ Diogo Leite de Campos:

Estreitamente dependente da evolução social, o Direito da Família será o que esta for; caso contrário, terá de se resignar a ser ineficaz. Toda a perspectiva de futuro dependerá, portanto, da ideia que se tiver sobre a evolução social. De qualquer maneira, a evolução do Direito matrimonial tem assentado, até hoje, numa lógica cujas consequências não são difíceis de prever. A ordem do casamento – monogamia, estabilidade, indissolubilidade – é necessária para enquadrar o auxílio mútuo entre os cônjuges e a procriação. Esta ordem, e o seu conteúdo, são postos em causa pelo multiplicar dos divórcios. O divórcio por mútuo consentimento traduz uma fase avançada da destruição da estabilidade do casamento, e em consequência, deste último como estrutura jurídica. O novo casamento representa um regresso à concepção do Direito romano. Transforma-se num negócio privado, numa relação fundada sobre a coabitação e o consenso contínuo. A dissolubilidade fácil transforma o casamento o que cada um dos cônjuges quiser. O divórcio por mútuo consentimento significa, com grande clareza, que a ordem jurídica já não sustenta o casamento, tornando-o disponível por simples acordo dos interessados. Através do divórcio por mútuo consentimento a sociedade aceita abre a porta de facto a ligações de prazo que já não são efetivamente casamentos.⁸

O Direito de Família brasileiro não ficou alheio a esta realidade, apresentando importantes modificações paradigmáticas que visam a redução da intervenção estatal, com a ampliação da autonomia privada das partes na construção horizontal das relações familiares,⁹ não mais predominando o modelo imposto verticalmente, o que possibilita maior liberdade das partes em compor os efeitos da sua entidade familiar. As normas de Direito de Família – no que diz respeito aos relacionamentos conjugais – retomam o seu aspecto privado,¹⁰ lançando aos particulares o desafio de construir os regramentos da relação mais íntima e privada.

6 Dados disponíveis nas tabelas 5.10, 5.11 e 5.16 das Estatísticas do Registro Civil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>

7 O assunto é discutido na Europa, como se pode depreender da obra de SÖRGJERD, C. *Reconstructing Marriage: the legal status of relationships in change society*. Cambridge: Intersentia, 2012.

8 CAMPOS, D. L. D. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 94.

9 Sobre este assunto remetemos à leitura do nosso artigo: NAHAS, L. F. A construção horizontal das relações familiares: um novo paradigma jurídico. *Revista IBDFAM - Família e Sucessões*, n. 14, Belo Horizonte, 2016.

10 “À medida que a família perde o seu sentido social tradicional, centra-se sobre a função da intimidade: sobre a colaboração e aperfeiçoamento mútuo dos cônjuges e educação dos filhos. No modelo tradicional, havia interesses sociais que institucionalizavam a família, impondo constrangimentos aos cônjuges. O modelo contemporâneo faz da possibilidade efectiva de uma vida em comum, dirigida à satisfação das necessidades de toda ordem dos cônjuges, o fundamento do casamento. O Direito da Família privatiza-se, integra-se no Direito Civil, o Direito dos iguais, dos cidadãos libertados do constrangimento do Estado. E, nesta medida, o campo do Direito Público da família restringe-se, para ser ocupado pelo Direito Privado da família que, por sua vez, desaparece à medida que os problemas normativos sentidos escasseiam. [...] O casamento – instituição tradicional, sustentado pela pressão social e pelo Direito – é substituído pelo casamento contrato, entregue às vontades dos cônjuges. Casamento considerado com a união entre duas pessoas independentes que prosseguem com liberdade a sua felicidade.” (CAMPOS, D. L. D. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 44).

Esta ampliação da autonomia impactou diretamente no instituto jurídico do casamento, passou por modificações estruturais. Não se trata mais de uma instituição indissolúvel, em que uma das partes é responsável por prover a família,¹¹ e a outra em auxiliá-lo. Tem-se hoje um casamento que pode ser dissolvido a qualquer tempo pela vontade de uma das partes, em que ambas são responsáveis pela manutenção das despesas conjugais.

Os objetivos jurídicos do casamento também se modificaram. Não se trata mais de instituição cujo objetivo é criar família legítima, tampouco garantir a geração de filhos legítimos. O casamento possui por objetivo a comunhão de vida, ou vida em comum do casal, e tem por eixo estruturante a relação afetiva dos indivíduos que compõem a família. A expectativa dos nubentes é formar um núcleo de proteção, afeto e apoio. E por estar envolto nestas estas questões afetivas e busca pela felicidade, as patrimoniais por vezes são colocadas em segundo plano, não sendo alvo de debates entre as partes, e tampouco de profunda reflexão jurídica.

A ampla liberdade de casar e permanecer casado deve trazer outros contornos à liberdade de pactuar os efeitos do casamento, acompanhando o movimento do instituto jurídico a que se vincula. Acentuada a natureza jurídica contratual do casamento, o pacto antenupcial – negócio jurídico acessório – assume central importância para que as partes possam manifestar o exercício pleno de sua vontade, amadurecendo os efeitos que pretendem à sua união.

O que pretende o casamento não é a negociação do afeto como formador da família. O que está em negociação são as consequências deste afeto, no aspecto jurídico pessoal e patrimonial, e a formalização deste afeto manifestado, a fim de dar publicidade ao relacionamento, e portanto, segurança jurídica aos envolvidos. Não se diga que o fato de regulamentar relações de afeto¹² afasta a natureza contratual do casamento. Nos dizeres de João Baptista Villela, referenciado por Rodrigo Pereira da Cunha em seu Dicionário de Direito de Família e Sucessões Ilustrado¹³, “O amor está para o Direito de Família, assim como a vontade está para o Direito das Obrigações.”

A liberdade de permanecer casado traz às partes maior responsabilidade em regular os efeitos de seus relacionamentos, e o alto índice de divórcios nos convoca a repensar o exercício da liberdade de pactuar os efeitos patrimoniais do relacionamento que estão formando, ampliando a segurança entre os envolvidos, a auxiliando no desenvolver de sua relação afetiva.¹⁴

11 Assim dispunha o Código Civil de 1.916, em seu art. 233: O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I, e 311). III. Direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 1919). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II, e 247, III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

12 O afeto não pode ser regulamentado juridicamente, mas se trata de elemento essencial nas relações humanas, especialmente nas relações familiares, na responsabilidade fixada pela solidariedade familiar, na imposição de regras de convívio e respeito. Em citação extraída do corpo do voto no REsp 148.897/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 10.02.1998, DJ 06.04.1998, p. 132, cita Hans Kelsen: “Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: ‘*Oui, monsieur, l’amour*’. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos”

13 PEREIRA, R. D. C. Dicionário de direito de família e sucessões : ilustrado, 1ª edição.. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 554

14 Será, por outro lado, uma questão cultural, só possível de ser alcançada quando as pessoas tiverem como rotina discutir, previamente, os efeitos patrimoniais de uma união, sem qualquer preconceito ou estigma de que falar no assunto seria um presságio de problemas a respeito da questão. Assim já é rotina entre os norte-americanos, sendo frequente nos Estados Unidos os noivos promoverem negociações, através dos respectivos advogados, sobre os efeitos patrimoniais do casamento. (CAHALI, F. J. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75).

O desafio é duplo: social e jurídico. Primeiro, o de fazer com que as partes se conscientizem de que possuem poder para construir regramentos específicos, e pouco o utilizam. O pacto antenupcial ainda possui pouco alcance social,¹⁵ e o estigma de que se trata de instrumento para grandes fortunas.

Há também o desafio jurídico. Este é o momento de reconstrução da cultura jurídica a respeito das relações familiares, deixando de lado a repetição de as normas familiares conjugais são *questões de ordem pública*,¹⁶ e ressaltado a importância da discussão prévia dos efeitos do casamento.

2 CLÁUSULAS PATRIMONIAIS DIFERENCIADAS

O pacto antenupcial é tido como o instrumento cujo conteúdo é a escolha de regimes de bens. Contudo, além desta escolha, outras questões patrimoniais podem constar neste instrumento. Ainda que parte da doutrina entenda que são materialmente negócio jurídico distinto, não há vedação para sua realização. Neste sentido, a doutrina de Pontes de Miranda,¹⁷ e Zeno Veloso¹⁸ que assim discorre:

Pode ocorrer, não obstante, de ter sido aproveitada a escritura pública que contém o pacto antenupcial para formalizar outros atos ou negócios jurídicos, mesmo estranhos ao direito de família. Tais atos ou negócios, em regra, não estão subordinados a que o casamento se realize. Então, ainda que o matrimônio não se efetue, a ineficácia do pacto, com relação às disposições ligadas ao regime de bens, não implica perda da eficácia no que diz respeito a esses outros atos e negócios eventualmente abrigados no instrumento.

Indicaremos a seguir algumas sugestões de cláusulas de conteúdo eminentemente patrimonial, de maneira resumida, exemplificativa e com o intuito de contribuição para reflexão. Todas estas cláusulas mencionadas já foram por nós utilizadas, a interesse das partes. Cumpre destacar, ainda, que não se trata de rol exaustivo, permitindo que as partes possam utilizar da sua liberdade e conveniência, e criar novas cláusulas, respeitando apenas o limite de não contrariar a ordem pública. Destaca-se, também, que apesar

15 Dos divórcios realizados no ano de 2.016, 81% referiam-se a casamentos celebrados sob o regime supletivo legal, o que indica a ausência da realização de pacto antenupcial.

16 À medida que as relações familiares vão se privatizando, visando “só” assegurar os interesses, a felicidade das partes, como estas quiserem, o Direito da Família (tradicional) reduz-se e conhece o aparecimento, ao seu lado, de outras normas de Direito. Os interesses patrimoniais dos cônjuges passam a estar largamente submetidos à sua autorregulamentação, em termos idênticos ao da constituição de uma sociedade entre duas pessoas independentes. O princípio da liberdade das convenções antenupciais reflete bem esse ponto de vista. Algumas normas imperativas desta matéria destinam-se, sobretudo, a assegurar a igualdade entre os cônjuges, o equilíbrio de seus interesses em alguns pontos fundamentais. (CAMPOS, D. L. D. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 127).

17 Portanto, qualquer disposição que esteja no mesmo instrumento, mas que não diga respeito aos regimes de bens, é tratada como negócio jurídico comum, separada do próprio pacto antenupcial. Todos os elementos estranhos ao pacto antenupcial se hão de trabalhar como separáveis dele, e ele mesmo é tido como divisível (princípio da divisibilidade do pacto antenupcial), o que permite viciações só parciais, consequências diferentes das nulidades e outros acidentes incontagiáveis ao todo do negócio jurídico. (MIRANDA, 2012, P. 316)

18 VELOSO, Z. Regime matrimonial de bens: direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 86

deste estudo fazer referência ao pacto antenupcial, as presentes cláusulas podem ser adaptadas ao contrato de convivência.

2.1 OPÇÃO POR MESCLAR REGIME DE BENS

Além da escolha de alguns dos regimes tipificados expressamente no Código Civil – comunhão parcial, comunhão universal, separação de bens e participação final nos aquestos, é lícito às partes contratarem um regime de bens misto, mesclando regras dos existentes. Poderiam optar por manter a separação de bens no que diz respeito a participações societárias, por exemplo, e a comunhão parcial em relação aos bens imóveis adquiridos na constância do matrimônio. Sugere-se, neste caso, que no registro conste como regra o regime de separação de bens, remetendo os interessados a buscar o pacto para compreender as especificidades do regime.

2.2 DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES

Uma cláusula ordinária que pode ser acrescentada no pacto é a doação, ou promessa de doação,¹⁹ relacionada ao casamento, ou sua dissolução.²⁰ Por meio desta cláusula, um dos cônjuges se compromete a transmitir parte do patrimônio ao outro, antes da celebração do casamento, ou após o término deste. Trata-se de ato de liberalidade, no qual deve se atentar para as normas de doação, e as limitações

19 RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO COMINATÓRIA. OUTORGA DE ESCRITURA DA NUA-PROPRIEDADE DE IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE DOAÇÃO CELEBRADA MEDIANTE PACTO ANTENUPCIAL. EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO. TRANSAÇÃO POSTERIOR. EFEITOS. SÚMULA 05/STJ. 1. Controvérsia em torno da validade e eficácia de negócio jurídico celebrado entre partes, mediante escritura pública de pacto antenupcial, na qual o réu assumiu o compromisso de doar imóvel à autora, posteriormente substituído por outro bem imóvel (apartamento). 2. As questões submetidas ao Tribunal de origem foram adequadamente apreciadas, não se evidenciado afronta ao art. 535 do CPC/1973. 3. Impossibilidade de revisão das conclusões da Corte local referentes à validade e eficácia da transação efetivada entre as partes por exigir análise de matéria fático-probatória e nova interpretação de cláusulas contratuais. Incidência dos enunciados das Súmulas n.º 05 e 07/STJ. 4. Hipótese dos autos em que a liberalidade não animou o pacto firmado pelas partes, mas sim as vantagens recíprocas e simultâneas que buscaram alcançar a aquiescência de ambos ao matrimônio e ao regime de separação total de bens, estabelecendo o compromisso de doação de um determinado bem à esposa para o acerto do patrimônio do casal. 5. Aplicação analógica da tese pacificada pela Segunda Seção no sentido da validade e eficácia do compromisso de transferência de bens assumidos pelos cônjuges na separação judicial, pois, nestes casos, não se trataria de mera promessa de liberalidade, mas de promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. (REsp n. 125859/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 24.03.2003). 6. Precedentes específicos desta Corte. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1355007/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27.06.2017, DJe 10.08.2017). No mesmo sentido, STJ - EREsp 125859-RJ, REsp 742048-RS, REsp 853133-SC, REsp 1537287-SP.

20 Onde se estipula sobre interesses, *anteriormente ao casamento*, a convenção é antenupcial, pois que precedeu ao casamento, porém não ato de direito de família com que se prefixa regime matrimonial de bens. Assim, se alguém diz que doa, ou vende a outrem, com quem vai casar, certo bem, não se tem aí pacto antenupcial, no sentido que aqui se lhe dá, mas contrato de doação ou de compra e venda com a condição suspensiva de casamento ou resolutive de não se realizar o casamento, contrato redigido pelo direito das obrigações, a despeito da ligação condicional com o casamento previsto. Precede o casamento, tem-no como condição; todavia, não é negócio jurídico de direito de família. (MIRANDA, 2012, p. 315)

legalmente impostas.

2.3 INDENIZAÇÃO AO FIM DO CASAMENTO

A cláusula de indenização ao fim do casamento, a despeito da resistência doutrinária, pode ser estabelecida.²¹ A respeito do assunto, discorre Maria Berenice Dias:

Gera controvérsia a possibilidade de ser pactuada indenização para ser paga por um dos cônjuges ao outro por ocasião do fim do casamento, seja em razão a vontade de ambos ou de culpa de um deles. Também se tem notícia do estabelecimento, ao menos em contratos de união estável, de indenizações progressivas pelo tempo de duração do vínculo. Divergem as opiniões sobre a validade de tais avenças. Por não haver qualquer restrição a tais estipulações, que não afrontam a lei, Mathias Coltro as admite, mas Claudio Santos as reconhece como inconciliáveis com a comunhão plena de vida.²²

A sua natureza não nos parece de cláusula penal,²³ visto que o rompimento do casamento é um direito potestativo, mas sim de uma liberalidade ajustada entre as partes. Poderia ser classificada como doação em pecúnia ao fim do casamento, de quantia previamente estipulada em dinheiro, condicionada ou não à durabilidade deste e, portanto, sujeita às mesmas limitações e regramentos relativos às doações, como no item anterior. Nos dizeres de Francisco Cahali,²⁴ seria “viável o estabelecimento de cláusula fixando previamente indenização em caso de eventual rompimento da relação. Essa indenização pode ter como

21 APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURADA. CASAMENTO POSTERIOR. PACTO ANTENUPCIAL QUE ADOTOU O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ALIMENTOS. ESCRITURA PÚBLICA COM DISPOSIÇÃO ACERCA DE ALIMENTOS TEMPORÁRIOS À MULHER. HIGIDEZ DA DISPOSIÇÃO. ALIMENTOS AO FILHO. VALOR SUFICIENTE AO SUSTENTO DA CRIANÇA. DIFERENCIADAS POSSIBILIDADES DO GENITOR. 1. UNIÃO ESTÁVEL PRÉVIA AO CASAMENTO. [...] 2. CORREÇÃO MONETÁRIA DE VALOR INDENIZATÓRIO PELO FIM DO CASAMENTO. Cabível a correção monetária do valor de R\$ 500.000,00, decorrente de cláusula de nítido caráter indenizatório pelo fim do casamento, posta no pacto antenupcial de separação de bens, sob pena de descaracterização de sua finalidade. Correção que deve incidir entre a data do pacto e a data do pagamento, apurando-se aí a diferença, que deverá ser atualizada até à data da quitação. [...] DERAM PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70054895271, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01.08.2013).

22 DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234-235.

23 Questão sempre controvertida é a possibilidade de estipular indenização a ser paga por um dos consortes ao outro, na hipótese de dissolução nupcial. Alguns mais afoitos já pretendem estabelecer indenizações progressivas por tempo de duração do vínculo. Vale, aqui, a lembrança de cláusulas comuns entre artistas de *Hollywood*, estipulando valores pelo tempo de relacionamento, como uma verdadeira competição. Como asseveramos alhures, o pacto antenupcial é negócio jurídico especial, não se lhes aplicando, como regra, a sistemática geral obrigacional. Pelo fio do exposto, o prévio ajuste de indenização entre os cônjuges teria, sem dúvida, natureza de cláusula penal – o que não nos parece admissível nos contratos antenupciais, cujo objeto é específico. Entendemos, portanto, nulas as cláusulas que estabelecem prévias indenizações, a que título for” (FARIAS, C. C. de.; ROSENVALD, N. *Curso de direito civil - Famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 6, 2013, p. 371-372).

24 E, como nos dá notícia a imprensa, cláusulas indenizatórias pelo rompimento imotivado ou culposos têm sido comuns, até mesmo previamente ao casamento, entre pessoas abastadas e famosas nos Estados Unidos, como na união de Sharon Stone e Michael Douglas. (CAHALI, F. J. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246).

causa o rompimento voluntário e imotivado, ou a dissolução culposa da relação, de acordo com o que restar contratualmente previsto pelas partes”.²⁵

2.4 RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO

Em algumas situações, as partes mantêm união estável anterior à celebração do casamento sem ter formalizado nenhum tipo de convenção a respeito, até porque legalmente dispensável. No entanto, ao solenizar o casamento, decidem aproveitar os debates de ordem patrimonial para regular os efeitos da união estável. Assim, inclui no pacto antenupcial cláusula reconhecendo a união estável, e pactuam os seus efeitos.

Tal disposição tem obtido reconhecimento e efetividade pelas cortes pátrias, inclusive retroagindo efeitos de separação de bens ao início da união estável, se assim disposto. Controvertido, no entanto, é a utilização do pacto antenupcial como contrato de convivência sem disposição expressa para tanto.²⁶ Como é sabido, o pacto antenupcial tem seus efeitos condicionados à celebração do casamento. Assim, deve-se atentar que se o instrumento que lavrou o pacto tem disposição expressa a respeito de efeitos de união estável, este conteúdo é materialmente distinto do pacto, podendo gerar efeitos independentemente da celebração do casamento. Contudo, utilizar um pacto de casamento não celebrado como se fosse um contrato de convivência, sem que as partes assim o tenham previsto, ultrapassa os limites de eficácia das disposições.²⁷

25 CAHALI, F. J. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 244.

26 DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CONVIVÊNCIA EM UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO ENTRE CASAMENTOS. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL, DURANTE A UNIÃO, PRÉVIO AO SEGUNDO CASAMENTO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. VIGÊNCIA IMEDIATA. ARTIGOS 1.725, DO CÓDIGO CIVIL, E 5º, DA LEI Nº 9.278/96. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. ALIMENTOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA Nº 7, DO STJ. 1. O regime de bens vigente na constância da união estável durante o período entre os dois casamentos dos litigantes é o da comunhão parcial, caso não haja contrato escrito estabelecendo de forma diversa (art. 1.725 do Código Civil e 5º da Lei nº 9.278/96). 2. O contrato pode ser celebrado a qualquer momento da união estável, tendo como único requisito a forma escrita. Assim, o pacto antenupcial prévio ao segundo casamento, adotando o regime da separação total de bens ainda durante a convivência em união estável, possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação patrimonial entre os conviventes, uma vez que não houve estipulação diversa. 3. Inviável a análise do recurso especial quando dependente de reexame de matéria fática da lide (Súmula 7 do STJ). 4. Recurso especial a que se nega provimento, na parte conhecida. (REsp 1483863/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10.05.2016, DJe 22.06.2016). Neste precedente, o voto divergente assim dispôs: “[...] Não é possível a utilização do *pacto antenupcial* para disciplinar o regime dos bens em uma união estável vigente. Isso porque a avença instrumentalizada por meio de um *pacto antenupcial* tem por finalidade disciplinar aspectos patrimoniais de casamento futuro, sob a condição legal de eficácia de que o matrimônio efetivamente se realize. Não é possível presumir que os outorgantes desejavam atribuir ao *pacto antenupcial* eficácia imediata para disciplinar o regime dos bens em uma união estável vigente. Isso porque a comunicabilidade de bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, que merecem interpretação restritiva.” Também AgInt no REsp 1318249 / GO.

27 Neste sentido, decisão STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM DIVÓRCIO DIRETO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. 1. Uma vez reconhecida a união estável, devem ser partilhados os bens adquiridos na sua constância por força de norma cogente, necessitando, para tanto, a comprovação do período e da forma de aquisição, assim a superveniência de pacto antenupcial celebrado pelo ex-casal por ocasião do casamento, por meio do qual elegeram o regime da separação de bens, deverá disciplinar a situação patrimonial das partes somente após o vínculo conjugal. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1427918/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17.11.2015, DJe 30.11.2015).

2.5 CLÁUSULA AFASTANDO A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 377 DO STF

A separação obrigatória de bens é um regime imposto pelo art. 1.641 do Código Civil a pessoas sujeitas a causas suspensivas,²⁸ como uma pessoa divorciada que ainda não fez a partilha dos bens do casamento anterior, aos maiores de 70 anos e àqueles que dependam de autorização judicial para casar, de forma que não é possível celebrar pacto escolhendo regime de bens.

Apesar de o regime de bens nominar-se separação obrigatória ou separação legal, há a incidência de Súmula do Supremo Tribunal Federal, a 377, que dispõe que no regime de separação legal, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento. A despeito de toda discussão da doutrina para a revogação da súmula, a jurisprudência continua aplicando-a.

A incidência da súmula aproxima os efeitos do regime de separação obrigatória de um regime de comunhão parcial. No entanto, muitas vezes, as partes não desejam nenhuma comunicabilidade. A fim de afastar esta comunicabilidade, podem por meio de pacto antenupcial afastar a incidência da comunicabilidade prevista na súmula. Como bem observa José Simão,²⁹ “algo deve ser frisado: o casal não se casa por separação convencional de bens após fazer o pacto. Casa-se por separação obrigatória com pacto antenupcial de separação de bens.” Não se trata da escolha do regime de bens, mas do afastamento da incidência da súmula, que pode ser total ou parcial, a depender o pacto.³⁰

3 CLÁUSULAS ENVOLVENDO QUESTÕES NÃO PATRIMONIAIS

A doutrina brasileira manifesta certa resistência no estabelecimento de cláusulas de conteúdo não patrimonial nos pactos antenupciais,³¹ em especial os se relacionadas à dispensa de deveres conjugais, o que não seria admitido, como discorre Rolf Madaleno.³²

Acerca da possibilidade de realização destas cláusulas citamos Fabiana Domingues Cardoso, que reconhece e destaca a importância da regulamentação de outros conteúdos, inclusive de caráter extrapatrimonial.³³

28 As causas suspensivas estão previstas no artigo 1.523 do Código Civil.

29 Sobre o assunto recomenda-se a leitura do artigo SIMÃO, J. F. *Separção obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1255/Separacao+obrigatoria+com+pacto+antenupcial%3F+Sim%2C+e+poss%C3%ADvel%3F>>.

30 O TJPE regulamentou o assunto no Provimento 8 de 2016 da Corregedoria Geral de Justiça.

31 Neste sentido, Débora Brandão: “Existe discussão na doutrina sobre o cabimento de cláusulas envolvendo aspectos pessoais. Se o legislador quisesse que o conteúdo do pacto antenupcial fosse, também, extrapatrimonial, não teria inserido capítulo dentro do título “do Direito Patrimonial. O pacto antenupcial deve ter conteúdo eminentemente patrimonial” (BRANDÃO, D. V. C. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189).

32 Assim, seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admitissem a infidelidade conjugal, que dispensasse os principais deveres conjugais como a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, o respeito e a mútua consideração, também previstos no art. 1.566 do Código Civil (MADALENO, R. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42).

33 Registra-se, desde logo, nossa opinião a respeito da divergência apontada, a qual adiante será detalhada: a legislação atual não veda, porém limita o conteúdo do pacto às questões relacionadas aos bens dos futuros cônjuges, o que de certa forma impede algumas disposições puramente extrapatrimoniais em seu conteúdo. Todavia, entende-se o pacto antenupcial como um relevante instrumento de prevenção de conflitos entre os cônjuges, seja na constância do casamento, ou no momento de eventual rompimento do relacionamento, por isso simpatia à ampliação do pacto antenupcial e a sugestão de modificação legislativa que viabiliza essa hipótese, ao final desse trabalho. (CARDOSO, F. D. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011, p. 161).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁴ e Maria Berenice Dias³⁵ também reconhecem a liberdade em estipular questões não apenas patrimoniais.

A nossa discussão, no entanto, não será a respeito da dispensa ou não dos deveres conjugais – fidelidade, assistência, respeito por si só, configurando questões existenciais. Uma destas questões, de extrema relevância, é a permanência do uso do nome, ajustado no início do casamento. Também nos interessa a regulamentação dos reflexos jurídicos do descumprimento de deveres personalíssimos impostos entre os cônjuges, como a quebra da fidelidade, violação de privacidade. Ainda que a consequência seja patrimonial – a fixação de uma indenização – o objeto da obrigação é eminentemente pessoal, razão pela qual se enquadrou neste item de questões não patrimoniais. Também classificamos como questão não patrimonial a fixação antecipada de alimentos, ou a renúncia destes em pacto antenupcial. Por fim, entram também neste capítulo as questões referentes à opção pela arbitragem para solucionar controvérsias ao fim do casamento.

Não iremos tratar da possibilidade de pactuar questões relativas à guarda dos eventuais filhos, por extrapolar os limites da relação conjugal. Da mesma forma não se entende por objeto do pacto estipulações sobre o afastamento do cônjuge da condição de herdeiro.³⁶ Ainda que o cônjuge

34 Nesta tocada, interessante discussão é descortinada, dizendo respeito à possibilidade, ou não, de inserção de cláusulas dispensando deveres conjugais. Efetivamente, toda e qualquer cláusula dizendo respeito às múltiplas e diferentes formas de vida conjugal, como a disposição eventualmente atinente à fidelidade e à coabitação, será válida, a depender da liberdade de manifestação de vontade e da seriedade dos propósitos, desde que não afronte a dignidade de qualquer dos noivos. Afinal, o preceito não é, a toda evidência, de interesse público, dizendo respeito, essencialmente, à vontade dos particulares – e a mais ninguém! Se o casal pretende dispensar, reciprocamente, a fidelidade ou coabitação é prerrogativa privada, até porque se quiserem assim proceder, não será a lei que obstará. Por igual, também se faculta aos noivos estabelecer questões outras, de ordem existencial, como deveres domésticos ou encargos recíprocos de ordem espiritual, dêis que sem violar preceitos intangíveis. É a autonomia privada operando os seus efeitos. (FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Curso de direito civil* - Famílias. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 6, 2013, p. 371).

35 De qualquer modo, nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas. Ainda que não haja possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles tem plena validade. Assim, pode ficar definido, por exemplo, quem irá ao supermercado, bem como ficar consignado que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão, etc. (DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234).

36 RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO *DE CUJUS* - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO.

1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido. (REsp 954.567/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10.05.2011, *DJe* 18.05.2011). No mesmo sentido: RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO DAS SUCESSÕES. ALEGAÇÃO DE OMISSÕES E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXEGESE DOS ARTS. 1.845 E 1.829, III, DO CÓDIGO CIVIL/2002. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL CONVENCIONAL DE BENS. REGRAMENTO VOLTADO PARA AS SITUAÇÕES DE PARTILHA EM VIDA. NÃO ULTRATIVIDADE. [...] 2. A definição da ordem de vocação hereditária é competência atribuída ao legislador, que, no novo Código Civil, erigiu o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, independentemente do regime de bens adotado no casamento. 3. O regime de bens entre os cônjuges, contratado por meio do pacto antenupcial, extingue-se com a morte de um dos contratantes, não podendo produzir efeitos depois de extinto. 4. Recursos especiais conhecidos e desprovidos. (REsp 1501332/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.08.2016, *DJe* 26.08.2016).

não fosse herdeiro necessário, entende-se que as disposições de cunho sucessório possuem instrumento próprio para sua regulação – o testamento.

3.1 CLÁUSULA DE NÃO MANUTENÇÃO DO PATRONÍMICO DO OUTRO

A possibilidade de inclusão do sobrenome do cônjuge é um dos efeitos pessoais previstos no Código Civil ao casamento. A opção pela inclusão do nome é informada ao Oficial do Registro antes da celebração do casamento, não sendo necessário constar na escritura do pacto antenupcial, bastando a declaração no processo de habilitação. Ao fim do casamento, será possível a retirada do nome acrescentado, com base no art. 1.578³⁷ do Código Civil.

Atualmente, a doutrina e jurisprudência convergem que a retirada do nome ao fim do casamento é opção daquele que o inseriu, pois, ao ser acrescentado passa a integrar os direitos da personalidade do outro. No entanto, entendemos que é possível um ajuste de vontade prévio ao acréscimo do nome com o compromisso de retirada ao fim do casamento.

3.2 CLÁUSULA INDENIZATÓRIA PELO DESRESPEITO AOS DEVERES

Os deveres conjugais previstos no art. 1.566 do Código Civil não são mais utilizados como fundamento para requerer a dissolução da sociedade conjugal (art. 1.573), sendo, portanto, a discussão da sua violação atualmente inócua para este fim. Não se pode ignorar que, por vezes, o descumprimento destes deveres é utilizado como fundamento para requerer a indenização por dano moral. Em assim sendo, considerando que há fixação de dever de indenizar em casos de quebra de deveres conjugais reconhecidos na jurisprudência, não vemos óbice legal ou ilicitude na prévia fixação desses valores por meio de cláusula no pacto antenupcial.

A cláusula penal, como destaca Flávio Tartuce, é “pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual também é denominada *multa contratual* ou *pena convencional*”. Destaca o autor que a cláusula penal tem duas funções: uma coercitiva, com finalidade de intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal; e a outra

37 O cônjuge culpado não perde o direito de usar o “sobrenome do outro”, porque, na realidade, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar o seu nome quando do casamento. Trata-se de nome próprio e não de terceiros. A perda do sobrenome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito de personalidade, e que chegará ao fim em boa hora. Assim, a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal. (SIMÃO, J. F. *A PEC do divórcio: A revolução do século em matéria de direito de família*. IBDFAM, 2010. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>).

seria a “função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação”.³⁸⁻³⁹

O dever de fidelidade, expresso como um dos deveres do casamento, pode ser interpretado de maneira diferenciada pelos casais. Se para alguns a infidelidade não tem tamanha relevância, não pactuarão nada a respeito no seu casamento. Contudo, por outro lado, se a manutenção da fidelidade – física ou até mesmo virtual – é relevante para uma das partes envolvidas, parece razoável que esclareça previamente ao seu cônjuge, já inclusive predeterminando o valor da indenização em caso da quebra deste dever. Se a primeira vista pode aparentar monetarização do comportamento conjugal, um olhar mais aprofundado faz compreender que tal cláusula evita discussões futuras em litígios acerca de indenizações por danos morais pela quebra do dever de fidelidade.

3.3 CLÁUSULA DE PRIVACIDADE ENTRE OS CÔNJUGES

Interessante questão precisa ser levantada em relação ao núcleo familiar, e diz respeito à prefixação de limites de exposição da vida conjugal em redes sociais,⁴⁰ por exemplo. Este novo ambiente virtual de relacionamento social traz novos desafios ao relacionamento afetivo. Desta forma, vislumbra-se a possibilidade não só de controlar relacionamentos afetivos virtuais, mas também a exposição da vida privada do casal e seus familiares.

Algumas sugestões de cláusulas neste sentido são feitas por Leonardo Serra Pacheco⁴¹ como o estabelecimento de proibir fotos do cônjuge, dos filhos enquanto crianças ou adolescentes ou de viagens

38 Destaca o autor, no entanto, que “De qualquer forma, apesar de ser essa a visão clássica, Gustavo Tepedino aponta a tendência europeia de afastar o caráter punitivo da cláusula penal compensatória [...] entende o Superior Tribunal de Justiça pelo caráter duplo da penalidade – para ambas as partes – nos contratos bilaterais e onerosos, aqueles com direitos e deveres recíprocos. Isso mesmo se a multa estiver expressamente prevista para apenas um dos negociantes. Conforme julgado publicado no *Informativo n. 484* do Tribunal: “cinge-se a questão em definir se a cláusula penal dirigida apenas ao promitente-comprador pode ser imposta ao promitente devedor, ante o seu inadimplemento contratual. Na hipótese, verificou-se cuidar de um contrato bilateral, em que cada um dos contraentes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, oneroso, pois traz vantagens para os contratantes, comutativo, ante a equivalência de prestações. Com esses e outros fundamentos, a Turma deu provimento ao recurso para declarar que a cláusula penal contida nos contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve aplicar-se para ambos os contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes.” (TARTUCE, F. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 2, p. 236).

39 TARTUCE, F. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 2, p. 235-236.

40 Conforme pesquisa realizada em 2005 pelo IBGE no Brasil, “no total da população de 10 anos ou mais de idade, verificou-se que 21,0% das pessoas acessaram a Internet em algum local (domicílio, local de trabalho, estabelecimento de ensino, centro público de acesso gratuito ou pago, domicílio de outras pessoas ou qualquer outro local), por meio de microcomputador, pelo menos uma vez, no período de referência dos últimos três meses, em 2005”. Diante dos referidos números, é lugar comum a afirmação de que a Internet revolucionou a vida das pessoas em todo mundo, nos mais diversos aspectos. Nesse âmbito, uma das áreas diretamente afetadas pela maior facilidade de comunicação entre as pessoas – por não haver mais barreiras entre os Estados, países ou mesmo continentes – é, inegavelmente, a família. (ORLEANS, H. C. L. D. L. Infidelidade e Internet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 943, maio 2014, p. 1).

41 Fatos cotidianos são publicados na rede todos os dias. São fotos, vídeos e textos que expõem a vida dos indivíduos de alguma maneira. Por isso, não são poucos os casais a terem problemas mostrados na internet ou causados por ela, o que incentivou a criar esses novos acordos – que têm chamado a atenção de noivos e especialistas da área. “Vejo este acordo como positivo, pois evita inúmeros problemas que frequentemente ocorrem na ocasião de uma separação”, diz o advogado Leonardo Serra de Almeida Pacheco, especialista em Direito relacionado à internet. (PACHECO, L. S. D. A. *Pacto antenupcial define conduta na internet*, 2014. Disponível em: <<http://www.advypacheco.com.br/pacto-antenupcial-define-conduta-na-internet/>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

nas redes sociais; proibir comentários públicos sobre a vida profissional; vedar o uso de servidores em nuvens para armazenamento de dados e documentos sigilosos.⁴² Sugere-se a estipulação de cláusula penal já prefixando o valor em caso de violação de alguma destas proibições.

3.4 CLÁUSULA DE FIXAÇÃO ANTECIPADA DOS ALIMENTOS

Ao tratar da fixação antecipada, cumpre distinguir se será fixada a obrigação alimentar, o seu *quantum* ou ambos. Isto porque a obrigação alimentar fundada nas relações familiares e prevista no art. 1.694 é norma de ordem pública, indisponível, podendo apenas haver negociação no que diz respeito ao aspecto patrimonial – o valor da prestação alimentar.⁴³

Assim, predeterminar se haverá ou não a obrigação alimentar decorrente da necessidade prevista no art. 1.694 é assunto difícil de constar no pacto, como destaca Fabiana Domingues Cardoso ao afirmar que: “A princípio [...] de plano não seria possível por serem desconhecidas aos futuros cônjuges suas necessidades e possibilidades, fatores indispensáveis à quantificação dos alimentos”.⁴⁴

No entanto, é possível a fixação do *quantum* alimentar⁴⁵ em caso de reconhecimento da obrigação. E neste sentido, a jurisprudência segue reconhecendo os parâmetros estipulados no ajuste entre

42 PACHECO, L. S. D. A. *Pacto antenupcial define conduta na internet*, 2014. Disponível em: <<http://www.advpacheco.com.br/pacto-antenupcial-define-conduta-na-internet/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

43 APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURADA. CASAMENTO POSTERIOR. PACTO ANTENUPCIAL QUE ADOTOU O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ALIMENTOS. ESCRITURA PÚBLICA COM DISPOSIÇÃO ACERCA DE ALIMENTOS TEMPORÁRIOS À MULHER. HIGIDEZ DA DISPOSIÇÃO. ALIMENTOS AO FILHO. VALOR SUFICIENTE AO SUSTENTO DA CRIANÇA. DIFERENCIADAS POSSIBILIDADES DO GENITOR. 1. UNIÃO ESTÁVEL PRÉVIA AO CASAMENTO. [...] 3. ALIMENTOS À MULHER. Pretende a autora que sejam estabelecidos alimentos em seu benefício tomando-se percentual de todas as rendas percebidas pelo varão, sem caráter de transitoriedade pedido, porquanto na referida escritura pública de pacto antenupcial os litigantes deliberaram que haveria o pagamento de pensão alimentícia para ela no valor de cinco salários mínimos por período não superior a cinco anos. Nada há nos autos para retirar da cláusula sua validade e eficácia, pois o documento foi firmado por pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de sua autonomia de vontade, tratando de direito disponível. Tampouco prospera a alegação de nulidade por afronta à disposição absoluta de lei, qual seja o art. 1.694 do CCB. 4. ALIMENTOS AO FILHO. Não obstante as necessidades da criança serem presumidas pela menoridade, dispensando provas, e a circunstância de ser o genitor pessoa de ótima condição financeira, circunstância que, por certo, reflete na estimativa de valores da pensão alimentícia, o valor dos alimentos em R\$ 8.000,00 satisfaz plenamente o justo equilíbrio dos binômio necessidade/possibilidade e preserva o padrão de vida a que a criança, que conta hoje cinco anos de idade, estava habituada. Não há causa para reforma da sentença tanto para majorar ou para reduzir o valor, a ser corrigido anualmente pelo IGP-M. DERAM PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70054895271, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01.08.2013).

44 CARDOSO, F. D. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011, p. 167.

45 Contudo, acreditando os nubentes ser indispensável a estipulação prévia de alimentos em caso de rompimento ou dissolução da sociedade, poderão ajustar os parâmetros básicos à futura pensão, como, por exemplo, a quantia mínima até que se obtenha uma fixação judicial [...] O ideal nesses casos é que o pacto possua parâmetros atemporais, ou seja, que permitam, mesmo com o passar dos anos, a aferição da quantia ou ao menos das regras mínimas para o pensionamento, sob pena de conturbar ainda mais a situação litigiosa das partes e criar tumultos processuais em eventual ação famélica, ou simplesmente com a consideração da convecção como não escrita” (CARDOSO, F. D. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011, p. 168).

as partes.⁴⁶ Por se tratar de obrigação alimentar entre os cônjuges, seria possível também predeterminar o tempo razoável de pagamento dos alimentos, que pode inclusive ser proporcional ao tempo de casamento.

Além da obrigação alimentar legal, é possível que o pacto estipule o pagamento de alimentos voluntários, de natureza indenizatória, caso em que esta fixação depende exclusivamente de liberalidade entre as partes, e independem da análise dos critérios da necessidade e possibilidade. Esta disposição admite a inclusão de termo inicial ou final, bem como de condições lícitas, suspensivas ou resolutivas, e de encargo para o recebimento. Esta cláusula ganha especial relevância quando uma das partes opta por abrir mão de sua vida profissional em decorrência do casamento.

Desta forma, não se verifica óbice na fixação prévia de alimentos, que podem ser feitos na forma de alimentos voluntários contratuais ou alimentos compensatórios, que tratam eminentemente de questões patrimoniais.

3.4.1 CLÁUSULA DE RENÚNCIA ANTECIPADA AO DIREITO DE ALIMENTOS

A renúncia antecipada ao direito de alimentos, por sua vez, não é possível, pois viola norma de ordem pública – a indisponibilidade do direito a receber alimentos, caso haja a necessidade. Ao discorrer sobre o assunto, Francisco Cahali dispõe que:

Fazemos coro ao lado daqueles que não admitem cláusula afastando a obrigação alimentar [...] pelo sistema normativo atual, decorre da Lei, não da vontade das partes; é um efeito imposto pelo Estado aos partícipes da relação, a ser verificado quando do seu rompimento, se preenchidos os pressupostos de sua fixação [...] Tratando-se de norma de ordem pública, impondo determinada obrigação em razão do rompimento do vínculo, sem ressalva na lei permitindo fosse afastada a sua incidência pela vontade das partes, a cláusula afastando a responsabilidade alimentar caracteriza-se como ilícita, deixando assim de produzir efeitos.⁴⁷

Assim, a aposição de cláusula de renúncia prévia de alimentos no pacto antenupcial não é admitida, até porque não há como se prever a situação fática do momento da ruptura.

46 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE ALIMENTOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDEU ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DA AUTORA. RECURSO DO RÉU. PLEITO DE MINORAÇÃO DA VERBA. QUANTIA DISPOSTA EM CONTRATO PARTICULAR DE UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DA ALIMENTADA EVIDENCIADAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0031788-33.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 17.10.2016).

47 CAHALI, F. J. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 258-259.

3.5 CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

Por fim, questiona-se a possibilidade de utilização da arbitragem nas questões de família, pois como afirma Francisco Cahali, não há “previsão legal expressa a respeito da arbitragem relativa às questões de família”,⁴⁸ ainda que entenda o autor se possível a sua utilização.

Por sua vez, restrito o litígio a efeitos meramente patrimoniais, ainda que decorrente de relações familiares, inexistente óbice legal, tanto no direito de família, como na legislação sobre arbitragem para a utilização deste expediente na solução dos conflitos (arbitrabilidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva). [...] Situação clara a se sustentar a viabilidade do juízo arbitral é aquela relativa à partilha de bens decorrentes da dissolução do casamento, da união estável ou mesmo da relação homossexual (homoafetiva). Podem então os cônjuges, companheiros ou parceiros,, no exercício da autonomia da vontade, de comum acordo, reservar à arbitragem a solução de conflitos relativo à partilha de bens.⁴⁹

Portanto, seria possível a utilização da arbitragem para definir a partilha dos bens do casal, e até mesmo a fixação do valor dos alimentos, pois, como destaca, “mesmo reconhecido o direito a alimentos como sendo indisponível, seu valor tem nítido caráter patrimonial”. Desta forma, ressalta o autor que “os efeitos patrimoniais derivados da obrigação alimentar, ou seja, o valor da pensão propriamente dito, e não o reconhecimento do direito de percebê-la ou a obrigação de honrá-la é matéria que pode ser objeto de arbitragem”.⁵⁰

Sendo admissível a arbitragem, o mesmo autor defende a aposição de cláusula compromissória⁵¹ no pacto antenupcial, prevendo que os conflitos decorrentes das questões patrimoniais do casamento, relacionadas no pacto, serão resolvidos pela arbitragem.⁵²

48 CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 370.

49 E continua Cahali: “A vantagem, em relação ao processo judicial é expressiva, ou melhor, extraordinária! A *práxis* de aproximadamente 20 anos no contencioso nos mostra que uma partilha litigiosa tem previsão, na cidade de São Paulo, para se prolongar por 10 anos, entre perícias, levantamentos, julgamentos e recursos”. (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 371).

50 Adverte Cahali, no entanto que: “Assim, acabamos por nos curvar à admissibilidade, em princípio, da fixação da pensão alimentícia no juízo arbitral, sempre no pressuposto de se verificar a capacidade civil das partes e a convergente disposição no sentido de existir a respectiva obrigação[...] Porém, temos dificuldade em vislumbrar proveito expressivo às partes nesta situação. E, na prática, preferimos deixar essa matéria ainda aos cuidados do Poder Judiciário.” (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235).

51 “A *cláusula compromissória* é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário”. (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119).

52 Todavia, sem dúvida, o que certamente será mais comum é a opção pela arbitragem através de compromisso arbitral, firmado pelas partes quando do rompimento do vínculo. (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 373).

4 PACTO ANTENUPCIAL: RESGATE DA AUTONOMIA DAS PARTES

A realização de pacto antenupcial é um resgate da autonomia das partes, que tem o poder de predeterminar e conversar a respeito dos efeitos dos seus relacionamentos conjugais, ampliando a transparência e a responsabilidade entre as partes. Planejar as relações patrimoniais é proteger o fruto do trabalho e dedicação, e amparar o outro. Os regimes de bens previstos no nosso atual Código Civil não atingem a complexidade dos relacionamentos, de forma que os pactos personalizados estão mais aptos a atingir os anseios dos cônjuges, em suas individualidades.

A autocomposição, tão estimulada ao término dos relacionamentos, pode ser aplicada à elaboração de cláusulas prévias ao relacionamento, respeitando os mesmos limites. As cláusulas aqui expostas são apenas exemplos, e conforme aumenta a complexidade dos relacionamentos familiares, novas ideias podem surgir.

5 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BESSONE, M. *Casi e questioni di diritto privato – III matrimonio e famiglia*. Milano: Giuffrè, 1997.

BIANCA, C. M. *Realtà Sociale ed effettività della norma*. Milano: Giuffrè, 2002.

BRANDÃO, D. V. C. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, F. J. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAHALI, Y. S. Separação e divórcio consensual mediante escritura pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 858, p. 20, abr. 2007.

CAMPOS, D. L. D. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOSO, F. D. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

D'AZEVEDO, A. R. Separação e divórcio consensual à luz da Lei 11.441/2007. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 32, p. 9, out. 2007.

DIAS, M. B. *Divórcio Já!* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, M. B. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, M. H. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, C. C. de.; ROSENVALD, N. *Curso de direito civil - Famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 6, 2013.

FREITAS, D. P. *Função sócio-jurídica do(a) amante*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GUIMARÃES, M. S. Adultério virtual/ infidelidade virtual. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2010.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas do Registro Civil*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>

MADALENO, R. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAIA JÚNIOR, M. G. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILAGRES, M. D. O. Normas cogentes e dispositivas no direito de família. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 35, p. 211, jul. 2008.

MIRANDA, P. D. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial*. Tradução de Rosa Maria Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 7, 2012.

MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil – Direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 2.

NAHAS, L. F. A construção horizontal das relações familiares: um novo paradigma jurídico. *Revista IBDFAM - Família e Sucessões*, n. 14, Belo Horizonte, 2016.

ORLEANS, H. C. L. D. L. Infidelidade e Internet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 943, maio 2014.

PACHECO, L. S. D. A. *Pacto antenupcial define conduta na internet, 2014*. Disponível em: <<http://www.advpacheco.com.br/pacto-antenupcial-define-conduta-na-internet/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

PEREIRA, R. D. C. *Dicionário de direito de família e sucessões : ilustrado, 1ª edição..* São Paulo: Saraiva, 2014.

PERCIN, L. D. *Concubinage, Pacs ou mariage, que choisir?* Paris: Librairie Vuibert, 2007.

ROSA, A. *Amante virtual: (in)consequências no direito de família e penal*. Florianópolis: Habitus, 2001.

SÖRGJERD, C. *Reconstructing Marriage: the legal status of relationships in change society*. Cambridge: Intersentia, 2012.

SANTOS, F. C. D. A. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, E. F. D. *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 183-210.

SIMÃO, J. F. *A PEC do divórcio: A revolução do século em matéria de direito de família*. IBDFAM, 2010. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>.

SIMÃO, J. F. *Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1255/Separação+obrigatória+com+pacto+antenupcial%3F+Sim%2C+é+poss%C3%ADvel%3F>>.

TARTUCE, F. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, v. 2.

VELOSO, Z. *Regime matrimonial de bens: direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI DAS ESTATAIS

Felipe Cesar Lapa Boselli

RESUMO

O artigo tem por objetivo discutir a inovação da Lei nº 13.303/16 – Lei das Estatais – ao trazer para o texto legal a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos processos punitivos em contratos administrativos. Para isso aborda o tema em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, traçando um paralelo do conceito construído pela doutrina, os precedentes dos tribunais e o novo texto legal. Em conclusão é feita análise da constitucionalidade do instituto, no formato que foi concebido pelo legislador.

Palavras-chaves: Contratos Administrativos; Desconsideração da Personalidade Jurídica; Estatais

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das sanções aplicadas a empresas em contratos administrativos.

Com a desconsideração, é possível coibir que uma empresa, impedida de licitar, fraude a sanção aplicada e crie outra pessoa jurídica para, com esse CNPJ distinto, continuar participando de processos licitatórios e firmando contratos com a Administração Pública, retirando a eficácia da punição.

O objetivo do artigo é debater a forma como foi incorporada a teoria na nova legislação, discutindo seus atributos e suas possíveis consequências.

Para isso, o tema foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo busca explicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com um breve histórico de sua criação, além de suas características essenciais, permitindo criar o substrato

teórico necessário, para que se possa travar a discussão em tela.

No segundo capítulo, apresenta-se a transposição do dispositivo civil para o âmbito dos contratos administrativos, trazendo as percepções doutrinárias e jurisprudenciais, além dos primeiros balões de ensaios legislativos sobre o tema na área administrativa.

O terceiro capítulo desenvolve a parte processual do instituto, discutindo a necessidade de formalização de um processo administrativo, com a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Finalmente, no último capítulo deste artigo, são debatidas as características pontuais do artigo 38 da Lei nº 13.303/16, a nova Lei das Estatais, questionando a formatação técnico-legislativa do instituto e lançando mão de problemas pontuais que poderão ocorrer com a utilização do diploma legal no cotidiano das estatais brasileiras.

1 O CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu na Inglaterra, em 1897, sob o nome de *disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*, em razão do caso SALOMON x SALOMON COMPANY¹.

A ideia fundamental da teoria parte de uma simples premissa: a distinção entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas, que compõem essa determinada empresa, não pode servir de instrumento para acobertar a prática de atos ilícitos.

São infinitas as possibilidades de fraude que um sócio, mal-intencionado, pode gerar com a proteção de seu patrimônio através da blindagem de uma pessoa jurídica.

Logo, seria facultado ao agente fraudador a constituição de uma pessoa jurídica que simularia negócios e, quando da responsabilização, o patrimônio da pessoa física que constituiu aquela determinada pessoa jurídica permaneceria intacto, deixando aqueles que foram fraudados sem a devida recompensação pelos danos sofridos.

A desconsideração da personalidade jurídica no Brasil ingressou de forma doutrinária e jurisprudencial até a sua recepção no ordenamento jurídico, dentro do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que assim dispõe em seu artigo 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

1 BRUSCHI, Gilberto Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.14.

A matéria também foi recepcionada pela Lei nº 8.884/94, que tratava das infrações à ordem econômica, hoje revogada pela Lei nº 12.529/11, que em seu artigo 34 prevê:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, em seu artigo 4º, também tratou da matéria:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Em 2002, o Código Civil sedimentou o tema no campo material, em seu artigo 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Finalmente, com o recente advento do Novo Código de Processo Civil, positivou-se aquilo que já vinha sendo desenhado doutrinaria e jurisprudencialmente, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Dos dispositivos legais colhidos, é possível destacar duas conclusões imediatas: a) a desconsideração da personalidade jurídica é um ato jurídico que corresponde à tomada de uma decisão; e b) a desconsideração será deferida quando a personalidade jurídica estiver sendo utilizada para burlar, fraudar, impedir ou dificultar a responsabilização daquele que causou dano.

1.1 A DESCONSIDERAÇÃO COMO ATO DECISÓRIO

A ideia sedimentada no ordenamento jurídico pátrio hoje é, sem dúvida, a de que a desconsideração da personalidade jurídica é uma decisão a ser tomada, quando presentes os pressupostos necessários, que serão posteriormente apresentados.

Não se trata, portanto, da simples confusão entre personalidade física e personalidade jurídica. A distinção tradicional entre os dois tipos de personalidade permanece vigente e plenamente eficaz.

O que se busca com a desconsideração da personalidade jurídica é impedir que a distinção entre física e jurídica possibilite a prática de condutas ilícitas.

Não obstante, frise-se novamente: não foi abolida a distinção entre personalidade física e jurídica.

Vejam, neste sentido, os termos utilizados pelas normas citadas:

- a) Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 28): “O juiz **PODERÁ desconsiderar**”;
- b) Lei de Infrações à Ordem Econômica (Lei nº 12.529/11, art. 34): “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica **PODERÁ SER DESCONSIDERADA**”;
- c) Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 4º): “**PODERÁ** ser desconsiderada”;
- d) Código Civil (Lei nº 10.406/2002, art. 50): “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, **PODE O JUIZ DECIDIR**”; e
- e) Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, arts. 133 a 137): foi criado um incidente de desconsideração de personalidade, que obviamente demanda o acolhimento do pedido de

desconsideração pelo magistrado.

É manifesto que todas as normas adotam a desconsideração da personalidade jurídica como uma possibilidade, uma decisão a ser tomada, da qual, evidentemente, caberia ampla defesa e contraditório, como já sedimentado pela jurisprudência e doutrina.

1.2 A DESCONSIDERAÇÃO COMO FORMA DE COIBIR A FRAUDE

Outra característica essencial da desconsideração da personalidade jurídica é a sua utilização como instrumento para impedir que a personalidade jurídica seja utilizada, de forma maliciosa, como mecanismo de ocultação de patrimônio ou mesmo para bloquear a devida indenização por ato ilícito.

Nota-se, novamente, que não se tem aqui a quebra da distinção entre personalidade física e jurídica, mas sim a adequação desta distinção de forma que não seja utilizada para benefícios indevidos.

Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. A personalidade jurídica não pode servir como máscara a tutelar a prática de atos ilícitos e criminosos por seus sócios para que, após as ilicitudes, essas pessoas físicas saiam impunes e com seus patrimônios intactos.

Dentro dessa característica, a doutrina trouxe duas correntes de responsabilização: a) Teoria Maior; e b) Teoria Menor. Nosso sistema adotou como regra a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica, tendo como exemplo máximo o Código Civil. Não obstante, existem exceções que adotam a Teoria Menor, como é o caso da definição utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Teoria Maior da desconsideração demanda a comprovação de fraude ou abuso de direito, sendo regra no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, a Teoria Menor não tem os mesmos requisitos, parte do simples conceito de inadimplência da pessoa jurídica, evitando que a parte hipossuficiente seja prejudicada em razão do não cumprimento das obrigações pela empresa. Este modelo excepcional foi albergado no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, já citado, que, mesmo reconhecendo a necessidade de abuso de direito, em sua parte final determina que: *“A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”*.

Note-se que o estado de insolvência também pode gerar a desconsideração da personalidade jurídica.

Não obstante, há que se ressaltar que a aplicabilidade da Teoria Menor no âmbito do direito consumerista possui claro viés de tutela à parte hipossuficiente da relação, que é o consumidor.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Nas licitações e contratos administrativos, as normas reguladoras preveem a possibilidade de sanções que implicam na proibição de que a empresa inadimplente seja contratada pela Administração Pública por um determinado período. São exemplos os incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Ou o artigo 7º da Lei nº 10.520/02, que regulamenta a modalidade Pregão:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Ocorre que, não obstante a previsão legal para a aplicação de penalidade, impedindo aquela que foi apenada de contratar e, conseqüentemente, de gerar danos ao erário, o empresário sancionado conseguiria burlar a sanção constituindo outra pessoa jurídica, que não estaria apenada e, portanto, o sujeito seguiria livre para firmar contratos administrativos.

Essa situação já foi motivo de largo debate na doutrina e na jurisprudência, o que acabou consolidando a importação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do direito civil para o direito administrativo em matéria contratual-sancionatória.

Assim, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica representaria a possibilidade de impedir a fraude à punição e evitar que o empresário, que tenha sido sancionado em uma pessoa jurídica,

constitua outra para realizar os mesmos atos.

A desconsideração busca, claramente, atingir as hipóteses de fraudes. Os casos em que a pessoa jurídica é sancionada e, após a sanção, o sócio da empresa punida cria outra pessoa jurídica, com CNPJ distinto, mas cujo objetivo social é o mesmo daquela primeira. Muitas vezes o quadro societário é idêntico, o endereço é o mesmo e por vezes até a razão social é extremamente similar à primeira empresa.

Trata-se de evidente fraude à sanção. O empresário busca esconder-se por detrás da máscara da personalidade jurídica. É importante lembrar que pessoa jurídica é um ente abstrato. Empresas não cometem fraudes, pessoas sim.

Nestes casos, a aplicabilidade da desconsideração mostra-se perfeitamente cabível e consistente. São hipóteses nas quais se está diante de evidente abuso da personalidade jurídica, o que viabiliza a aplicação do artigo 50 do Código Civil.

Em julgado paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça², já fixou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em matéria contratual sancionatória:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento.

O mesmo posicionamento é alicerçado também pelo Tribunal de Contas da União, assim resumido no enunciado³:

O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação.

2 STJ. RMS nº 15.166/BA - 2002/0094265-7. Relator: Min. Castro Meira. Julg. 07/08/2003.

3 TCU. Acórdão nº 1.831/2014 – Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Julg. 09/07/2014.

Ou ainda, em caso similar⁴:

A Administração Pública pode, respeitado o contraditório e a ampla defesa, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresariais alteradas ou constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender, em vista de suas peculiares relações com empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração, os efeitos dessa sanção.

Sobre o tema, merece destaque a Lei Estadual da Bahia nº 9.433/05, que positivou este tema em seu texto. De forma vanguardista, a legislação baiana, desde 2005, prevê a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. É o teor do seu artigo 200:

Art. 200 - Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida. (grifou-se)

Note-se que a legislação baiana prevê, de forma acertada, a nosso ver, dois requisitos essenciais para a desconsideração: a) a nova empresa deve ser criada após a punição do primeiro CNPJ; e b) a nova empresa deve ter objeto similar à primeira.

Com a definição destes dois critérios objetivos para análise da aplicabilidade do referido instituto, o artigo 200 da Lei - BA nº 9.433/05 torna mais serena a questão, permitindo mais efetividade das decisões e evitando o prolongamento de discussões judiciais que poderiam tutelar as empresas com decisões liminares que perdurariam por anos, enquanto a empresa criada de forma fraudulenta seguiria executando contratos.

Vejam a importância de evitar tais discussões. Caso uma empresa tenha sido criada com o objetivo de burlar a sanção, supondo que a primeira empresa tenha sido punida em dois anos (pena máxima do artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, por exemplo), se a nova empresa obtiver decisão liminar para atuar enquanto se discute o processo (o que não é difícil quando ausentes critérios precisos para a desconsideração), poderá atuar no mercado que estaria impedida por todo o prazo da punição.

Ocorre que, como a decisão é para suspender o impedimento de licitar da segunda empresa, a sanção sofrida pela primeira continuará transcorrendo naturalmente. O resultado é muito previsível: quando do julgamento do mérito dessa liminar que suspendeu a sanção da segunda, a primeira já não estará mais punida e, conseqüentemente, voltará a realizar contratos, tirando toda e qualquer eficácia da desconsideração no caso prático.

É fundamental que se tenha concretude na análise da desconsideração da personalidade jurídica. Os critérios devem estar bem definidos para que não se lance mão de casuísmos ou preferências em decisões absolutamente anti isonômicas.

4 TCU, Acórdão nº 2.593/2013 – Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 25/09/2013

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Outro aspecto fundamental da desconconsideração da personalidade jurídica, em matéria administrativo-sancionatória, é a necessidade de se constituir um processo administrativo, assegurando o direito ao contraditório e à ampla defesa àquele que está sendo punido por equiparação.

A questão é absolutamente tranquila. Para que se haja a desconconsideração deve ser demonstrado o abuso de direito ou a fraude.

Se é necessária a demonstração de algo subjetivo como abuso de direito é evidente que àquele que está sendo acusado deve ser concedido o direito de defesa, o devido processo legal, admitindo-se todas as provas legalmente concebidas. É o que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LIV e LV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ao realizar a desconconsideração da personalidade jurídica, o julgador (seja ele administrativo ou judicial) está aplicando uma pena a uma empresa que não participou do processo administrativo inicialmente estabelecido, demandando o direito de defesa a este novo acusado.

Explica-se melhor: a empresa “A” foi punida em um contrato administrativo. Os sócios da empresa “A” constituem a empresa “B” para realizar exatamente as mesmas atividades, no mesmo endereço e sob uma denominação social extremamente parecida. Por mais evidente que seja a similaridade e a necessidade de estender os efeitos da punição de “A” à empresa “B”, esta nova empresa não foi julgada, não teve direito de defesa, não se manifestou no processo inicial.

Não pode o gestor administrativo simplesmente impedir a empresa “B” de participar de licitações, sendo que o CNPJ dela não possui nenhuma restrição.

Deve ser aberto processo administrativo, garantido o contraditório e a ampla defesa, para que, somente então, seja considerada impedida de licitar e contratar a empresa “B”.

O dever de se constituir processo administrativo para apuração da possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica é tema pacífico na doutrina, como mostra o artigo do saudoso professor Diogenes Gasparini⁵:

5 GASPARINI, Diogenes. Disregard administrativa. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). Direito público: estudos em homenagem ao professor adilson abreu dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 209.

10.2.2. A desconsideração da pessoa jurídica no âmbito administrativo cabe à autoridade competente. Na falta de sua indicação legal, tal atribuição é da responsabilidade do agente público de maior hierarquia dentro da estrutura organizacional considerada, como seriam, por exemplo, o Prefeito no Executivo Municipal, o Superintendente na autarquia e o Presidente da Câmara dos Deputados nessa Casa do Congresso Nacional. Conhecidos os fatos que podem caracterizar fraude à lei ou à aplicação de sanção administrativa ou, ainda, abuso de direito, instaura-se o indispensável processo administrativo formal, regular e autônomo, onde, sob pena de responsabilidade e observado certo rito, serão exercidos o contraditório e o amplo direito de defesa. O ato administrativo de desconsideração da pessoa jurídica deve ser devidamente motivado.

A mesma linha de pensamento é travada por Marçal Justen Filho⁶:

Quando a pessoa jurídica for a via para a realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico, em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório.

É inegável que ao limitar as contratações do setor público a uma empresa está-se atingindo o patrimônio desta empresa, fazendo com que se demande a possibilidade de defesa, nos termos do já citado artigo 5º, inciso LV da Constituição.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 13.303/16

O artigo 38 da Lei nº 13.303/16 positivou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nas licitações e contratos firmados com as empresas estatais que estejam reguladas por esse diploma legal:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

[...]

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

6 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1085.

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

A nova Lei das Estatais modificou, por completo, o conceito da desconsideração da personalidade jurídica.

Note-se que não há nenhum critério para que seja transferida a punição da empresa aos seus sócios. A aplicabilidade é direta e imediata, sem realizar nenhum tipo de análise, processo administrativo ou o mínimo direito de defesa.

Essa transferência imediata da punição aos sócios, embora para alguns possa parecer interessante, no atual afã punitivo existente, não se coaduna com as liberdades constitucionais e um Estado minimamente democrático de direito.

Não é demais lembrar a função da desconsideração, conforme Luís Fernando Corrêa e Osiris Corrêa⁷:

7. Revela notar que a regra do Código Civil tem aplicação apenas se a sociedade, ou melhor, o seu patrimônio, não for suficiente à satisfação dos terceiros pelo abuso da personalidade jurídica. Demais disso, cumpre ressaltar que tal regra não objetiva a desconsideração da pessoa jurídica para todos os atos ou mesmo a sua liquidação; cuida-se na verdade de “levantar o manto societário” apenas em relação ao ato em que o abuso da personalidade jurídica foi verificado, em detrimento de terceiros.

8. Diga-se que tal orientação - a de desconsiderar a personalidade jurídica apenas em relação aos atos praticados com abuso da dita personalidade - vem desde o nascedouro da *disregard doctrine*, como dá conta o Professor Requião, reproduzindo o pensamento de Rolf Serick:

Com efeito, que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar terceiros ou violar a lei (fraude).

E nas palavras do próprio Professor Rubens Requião⁸:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

7 CORRÊA, Luís Fernando Nigro e CORRÊA, Osiris Leite. Código de Defesa do Consumidor: Aspectos Relevantes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 140-141.

8 REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais nº 410, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969. p. 22.

A desconsideração não significa esquecer a distinção entre personalidade física e jurídica, mas sim coibir a fraude. Não é um mero descumprimento de uma obrigação que acarreta a desconsideração da personalidade jurídica.

Não se pode confundir a fraude praticada por aqueles que constituem uma nova empresa para realizar as mesmas atividades que aquela que foi punida, com a possibilidade constitucional de liberdade econômica na qual é dado ao empresário deter mais de um CNPJ.

O artigo 38 da lei das estatais, Lei nº 13.303/16, com a sua atual redação, ignora, por completo, a realidade econômico-empresarial vigente. É absolutamente comum e natural a existência de grupos econômicos, com sócios em comum, personalidades jurídicas fundidas, empresas que detêm parte do capital social de outras, empresários que estão presentes no quadro societário de diversas companhias, investidores, acionistas em sociedades anônimas etc.

Há uma infinidade de situações nas quais o dispositivo legal mostra-se inadequado. Por óbvio, que não é toda e qualquer situação que pode levar à desconsideração da pessoa jurídica.

Trata-se da criminalização da atividade econômica. Do maniqueísmo que divide o Universo entre o bem e o mal e faz alguns acreditarem que se uma empresa descumpriu o contrato em um determinado momento, todos aqueles que estiverem relacionados com aquela companhia devem ser exterminados do mundo corporativo.

É evidente que este não pode ser o entendimento. É perfeitamente possível que uma empresa descumpra um determinado contrato e que seus sócios não tenham nenhuma relação com esse descumprimento. Mais ainda, o fato de um sócio de uma empresa ter recebido uma punição, não significa que ele não pode mais exercer atividade empresarial durante aquele período. É perfeitamente lícito que a pessoa física desenvolva outra atividade econômica.

Em artigo com breves comentários acerca da Lei das Estatais, Joel Niebuhr⁹ também defende a inconstitucionalidade do dispositivo, sob a ótica da pena estar ultrapassando a pessoa do apenado:

Os incisos do artigo 38 da Lei n. 13.303/2016 impedem de participar da licitação empresa que tenha sócio ou administrador que faça parte do quadro societário de uma outra empresa impedida de participar de licitação. Ou seja, o impedimento desborda da empresa penalizada, atinge outra empresa, apenas porque tem sócio comum com empresa penalizada. Veja-se que estender a penalidade aplicada a uma empresa para outra que participe da licitação em fraude, para encobrir a empresa penalizada, é uma coisa. Outra coisa, com implicações totalmente diferentes, é estender a penalidade, sem comprovação de fraude, à empresa apenas porque tem sócio comum com outra empresa anteriormente penalizada. O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, opõe-se ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, entabulado no inciso XLV do artigo 5.º da Constituição Federal.

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

Não há dúvida acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal, previsto no art. 38 da Lei das Estatais. É latente sua afronta a direitos fundamentais como a limitação da pena ao condenado, a liberdade econômica e o devido processo legal.

CONCLUSÕES

Da análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi possível concluir que este instituto surge como uma forma de coibir a utilização da pessoa jurídica como mecanismo de fraude, blindando a pessoa física dos atos ilícitos praticados.

A sua recepção em matéria administrativa vem ocorrendo por meio da doutrina e jurisprudência com casos de posituação, como é o artigo 38 da Lei nº 13.303/16.

O estudo do referido artigo mostra que a técnica redacional utilizada peca por ser abrangente demais e não definir critérios mínimos para a sua aplicabilidade prática.

Desta forma, é possível afirmar que o instituto, no formato que foi criado, está sujeito a ser objeto de diversas ações judiciais, que podem suspender a decisão enquanto se discute o processo. Nestes casos, é plausível que a suspensão liminar da decisão de desconsideração perdure por tempo maior do que a própria decisão originária de impedimento de licitar, retirando toda a eficácia do instituto.

A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO RELATIVA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/2021):

Principais mudanças e proposta de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta

Gabriela Pércio¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante os quase 30 anos de vigência da Lei nº 8.666/1993, a contratação direta, em especial a inexigibilidade de licitação, esteve envolta em aura de ilegalidade. Exceção ao dever de licitar, foi entendida, erroneamente, como solução última que levou gestores e órgãos de assessoramento jurídico a perseguirem até o fim uma contratação via licitação ou a buscarem o fundamento inexorável do menor preço para evitar riscos de responsabilização. A concepção corrente é a de que deve ser evitada, diante dos riscos oferecidos. Um equívoco claro, que leva à redução da eficácia da norma e, na prática, acarreta prejuízos ao interesse público.

Em todo esse tempo, não esteve claro aos gestores que a contratação direta por inexigibilidade de licitação é uma solução legítima, pensada para os diversos casos em que os modelos convencionais de escolha do contratado por meio de disputa em licitação não são aplicáveis. São situações diversas, em que não há outro caminho para chegar aos resultados pretendidos. Entre elas estão as relacionadas nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, havendo consenso de que o rol não é exaustivo. É fato, porém, que o espaço de liberdade concedido ao gestor para analisar cada caso concreto, concluindo pelo cabimento, ou não,

¹ Advogada e consultora em Licitações e Contratos. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Especialista em Direito Administrativo. Presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP). Membro associado do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Professora convidada do Centro Educacional Renato Saraiva (Recife, PE), do Instituto Goiano de Direito (IGD), do Instituto Mineiro de Direito (IMD) e das Faculdades Polis Civitas. Autora de livros e artigos.

@gabrielaavpercio

gabriela@parceriasgovernamentais.com.br

de se realizar licitação, não foi aproveitado pelo aplicador da lei - o que, reconhecemos, muito se deve ao receio de reprimenda pelo órgão de controle externo.

Das dificuldades de entendimento, a mais evidente, em nosso sentir, é a compreensão da inviabilidade de competição relativa, cujo cerne é reconhecer a inaptidão da licitação para a escolha do contratado, mesmo diante de uma pluralidade de possíveis interessados aptos a atender a demanda da Administração. A confusão com a inviabilidade de competição absoluta sempre esteve clara, havendo quem usasse, nas distintas hipóteses, os mesmos fundamentos para instruir processos e motivar decisões.¹

A nova Lei e o novo regime jurídico que ela instaura é a oportunidade para que tais equívocos sejam superados, produzindo-se interpretação que conduza à maximização da eficiência da inexigibilidade de licitação, em especial no que concerne às situações de inviabilidade de competição relativa. Trata-se de um importante desafio a ser superado, diante da semelhança textual entre ambas as leis, velha e nova. Porém, há espaço para avanços.

2 O TRATAMENTO DO TEMA NA NOVA LEI Nº 14.133/2021

A nova lei de licitações e contratações traz, basicamente, o mesmo cerne normativo da Lei nº 8.666/93, aumentando, contudo, o rol de hipóteses exemplificativas da caracterização da inviabilidade da competição.

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, *em especial* nos casos de:

I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: (...)

IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Pode-se observar, no *caput* do art. 74, a mesma inviabilidade de competição genérica presente no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 e, nos seus incisos, as mesmas hipóteses que levam às noções de inviabilidade de competição a que já estávamos habituados a conviver: a) absoluta, pela ausência material

¹ Inclusive, no âmbito do próprio TCU, era possível encontrar alguma confusão, tal como ocorreu no acórdão nº 2.289/19-1ª Câmara, que entendeu que a presença de pesquisa de preços em um processo de contratação de curso, fundada no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, descaracterizava a inexigibilidade.

de competidores (incisos I) e b) relativa, em razão da impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas, com consequente inaplicabilidade da licitação (incisos II e III).

Os incisos IV e V são novidade, na medida em que não havia, na Lei nº 8.666/1993, previsão normativa expressa da inexigibilidade como fundamento jurídico das contratações via credenciamento e que a aquisição ou locação de imóveis cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha vem retratada, na referida Lei, como hipótese de dispensa de licitação. Enquadram-se nas referidas categorias de inviabilidade de competição, respectivamente, relativa e absoluta.

2.1 A EXIGÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE PERMANENTE E CONTÍNUA DE REPRESENTAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ARTISTA

A nova lei trouxe alteração que deverá impactar significativamente na contratação de artistas, especialmente pelos municípios, pois incorporou jurisprudência do Tribunal do Contas da União no sentido de que a inexigibilidade de licitação apenas se caracteriza com a exclusividade permanente e contínua da representação do profissional do setor artístico.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Vale notar que, segundo os argumentos da Corte de Contas federal², apenas a existência de um único representante garantiria a necessária inviabilidade de competição passível de ensejar a contratação direta por inexigibilidade, num aparente misto entre a inviabilidade de competição relativa e a absoluta: não cabe licitar, pela impossibilidade de comparação objetiva relacionada ao objeto pretendido, mas é necessário que, uma vez escolhido o artista sob critérios discricionários, seja ele representado por apenas um empresário, em todo o território nacional, para todos os eventos dos quais participe, sob pena de inviabilizar a contratação direta.³

2 Vide Acórdão nº 1.435/2017-TCU/Plenário e Acórdão nº 1351/2017-TCU/Plenário.

3 A propósito, a doutrina classifica a hipótese do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 como de inviabilidade de competição relativa. Nesse sentido, Ronny Charles Lopes de Torres enfatiza que “o pressuposto para que profissional do setor artístico seja contratado, através da inexigibilidade licitatória, é a inviabilidade de se realizar uma escolha minimamente objetiva do serviço almejado, bem como o fato de ser pouco provável que um artista, consagrado pela opinião pública, submeta-se a um certame para sua contratação” (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 11 ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2021, p. 460). Na mesma linha, Marçal Justen Filho escreve ser “impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as performances artísticas”, sendo essa a razão para a inviabilidade de competição (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 635).

A despeito de se concordar, ou não, com essa percepção de reclassificação da hipótese, fica evidente que a licitação, qualquer que seja o motivo, não tem serventia como procedimento de contratação.

2.2 A CONTRATAÇÃO DE OBJETOS QUE DEVAM OU POSSAM SER CONTRATADOS POR MEIO DE CREDENCIAMENTO

O credenciamento de profissionais ou empresas para viabilizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação já era uma realidade na vigência da Lei nº 8.666/1993. O fundamento legal residia no *caput* do art. 25, já que não havia hipótese específica delineada em seus incisos. A nova Lei sacramentou essa prática e criou uma hipótese específica, atribuindo maior segurança ao agir do gestor.

O credenciamento, segundo o art. 79, poderá ser utilizado como procedimento auxiliar em três situações distintas, que estarão diretamente relacionadas ao objeto da contratação por inexigibilidade:

- a) Na hipótese de contratações paralelas e não excludentes, quando for viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
- b) Na hipótese de contratação com seleção a critério de terceiros, quando a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; e
- c) Na hipótese de objetos inseridos em mercados fluidos, assim considerado quando a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabilizar a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Não faz parte do escopo deste trabalho aprofundar o estudo do credenciamento, mas apenas evidenciar que situações bastante distintas das convencionalmente vistas como inviabilidade de competição podem caracterizá-la. No caso do credenciamento, o ordenamento jurídico só fez positivar hipóteses que, rigorosamente, já eram extraíveis do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

2.3 A DEMONSTRAÇÃO DA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO PARA CONTRATAR PROFISSIONAL OU EMPRESA NOTORIAMENTE ESPECIALIZADA

A nova Lei trouxe maior clareza no tocante à desnecessidade de, no caso da inexigibilidade fundada no inciso III (contratação de serviços técnicos profissionais especializados com profissional ou empresa de notória especialização), comprovar a exclusividade por meio de um documento – atestado, carta, contrato, declaração ou similar - emitido por terceiro.

§ 1º ***Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.***

...

§ 3º ***Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.***

Como se observa, ficou mais claro que tais documentos – a despeito da crítica quanto à sua efetividade – são exigíveis apenas na hipótese de fornecedor ou prestador de serviços exclusivo. Saneou-se, portanto, uma prejudicial distorção praticada na instrução desses processos, voltada para a comprovação da *ausência* de competidores, característica da inviabilidade de competição absoluta, não relativa.

2.4 A ESCOLHA BASEADA NA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO PROFISSIONAL OU EMPRESA

Uma sutil, mas importante mudança ocorreu em relação ao texto do §1º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

§1º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993

“...permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

§3º do art. 74 da Lei nº 14.133/2021

*“...permita inferir que o seu trabalho é essencial e **reconhecidamente adequado** à plena satisfação do objeto do contrato.”*

Conforme entendemos, a redação atual é mais consentânea com a noção de inviabilidade de competição relativa, uma vez que lhe é inerente a multiplicidade de particulares potencialmente contratáveis. Ademais, reconhece a importância de um elemento interno, atrelado ao requisito da notória especialização, que orientará o gestor em sua escolha final: a confiança de que a execução de um dado serviço técnico profissional especializado se dará de forma satisfatória se executada por um determinado profissional ou

empresa, dentre mais de um notoriamente especializados.⁴

Apesar de, na doutrina acerca da Lei nº 8.666/93, não haver uniformidade quanto à utilidade do uso da confiança para motivar tais contratações⁵, acreditamos ser impossível dissociar-lo da convicção que se forma para o gestor após demonstrada a notória especialização, figurando, portanto, como elemento implícito final de escolha. Por isso, parece-nos acertada a mudança trazida pela nova lei.

2.5 SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL

A nova lei traz um rol exaustivo de serviços técnicos especializados considerados de natureza predominantemente intelectual, passíveis de contratação com base no inciso III do art. 74:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;*
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;*
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;*

Alguma confusão pode decorrer do texto legal, na medida em que a expressão “seguintes” pode funcionar, equivocadamente, como limitadora da contratação por inexigibilidade de licitação de outros serviços que, na prática, puderem ser caracterizados como “técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”. Havendo tal situação caracterizada em concreto, certamente estarão presentes as mesmas condições autorizadoras da contratação direta de profissional ou empresa notoriamente especializado.

4 A confiança como elemento interno da contratação por inexigibilidade com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 está presente na jurisprudência do TCU, em especial na Súmula 39: “**A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação**, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.” O STF também já decidiu em favor da confiança na AP 348, julgada pelo Pleno em 15.12/2006.

5 A respeito, ver TORRES, Ronny Charles. Ob. cit., p. 462.

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, *em especial* nos casos de:

...

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: (...)

Sendo assim, parece-nos que a interpretação mais correta é aquela feita à luz do *caput* do art. 74, no sentido de que o inciso III apenas reconhece, de plano, que tais serviços são passíveis de contratação por inexigibilidade de licitação com profissionais ou empresas de notória especialização, sem excluir novos serviços com as mesmas características.

De toda forma, mais uma vez deve ficar claro que sempre haverá espaço para demonstrar a inviabilidade de competição em outras situações, diversas das arroladas nos incisos, considerando os termos do *caput* do art. 74.

2.6 A OMISSÃO, NO TEXTO LEGAL, DO REQUISITO DA SINGULARIDADE DO SERVIÇO

Seguindo a mesma linha já adotada pela Lei nº 13.303/16, chamada Lei das Estatais, a Lei nº 14.133/2021 não traz como requisito explícito a singularidade do serviço a ser contratado com fundamento no inciso III do art. 74. Contudo, conforme entendemos, ele permanece, de forma implícita.

Com efeito, parece óbvio que a contratação direta de um profissional ou empresa notoriamente especializada para execução de serviço ordinário ou que não exija, por suas peculiaridades, a expertise própria de um especialista, nos termos do §3º do art. 74, não se justifica.⁶ Aparentemente, não há razões para entendimento diverso no caso da Lei nº 14.133/2021.

Desse modo, o que a nova Lei fez foi eliminar as dificuldades relacionadas à caracterização da singularidade do serviço, conceito cuja delimitação se demonstrou difícil na vigência da Lei nº 8.666/1993, deixando ao encargo da Administração estabelecer, suficientemente, a relação entre suas peculiaridades e a necessidade da notória especialização para garantir uma execução satisfatória.⁷

3. A inexigibilidade de licitação decorrente da inadequação dos modelos licitatórios disponíveis: uma proposta de interpretação ampliativa

⁶ Em relação às contratações das estatais, parte da doutrina já vinha se manifestando nesse sentido (*ex vi* ZYMLER, Benjamin... (et al). Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 80 e NIEBUHR, Joel de Menezes e Pedro de Menezes. Licitações e Contratos das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 64).

⁷ Sobre o assunto, Tatiana Camarão e Maria Fernanda Pires discorreram de forma esclarecedora no artigo “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova Lei de Licitações”, divulgado em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>, acesso em 8/4/21.

Diante de tudo o que foi dito, reside precisamente aqui o tópico de maior interesse deste breve artigo. O ponto fundamental para que se busque, conforme de início se incitou, uma ampliação da utilidade e da eficácia da contratação direta por inexigibilidade de licitação, é compreender corretamente os contornos do instituto. A abordagem foi centrada na inviabilidade de competição relativa por ser a que apresenta maior dificuldade de compreensão, mas também pelo fato de que comporta uma maior diversidade de situações concretas, não divisadas por um raciocínio restrito.

A proposta de compreensão ampliada envolve, primeiramente, estabelecer uma premissa maior para a inviabilidade de competição, caracterizando-a como **qualquer situação em que os modelos de licitação disponíveis no ordenamento jurídico não se mostrarem adequados e suficientes para o alcance dos resultados pretendidos pela Administração**. É perfeitamente possível extrair tal compreensão do conjunto de regras dispostas no art. 74 da nova Lei, uma vez que todas as situações elencadas nos seus incisos trazem consigo o traço da inaplicabilidade da licitação como caminho para a contratação.

Num segundo momento, envolve tomar a noção de “natureza exemplificativa” dos incisos do art. 74 da nova Lei, **no sentido de terem por finalidade facilitar a compreensão da inviabilidade de competição para ampliar sua utilização, não para restringi-la**. Diante da generalidade de possíveis situações abrangidas pelo *caput*, todas as hipóteses que, de alguma forma, impossibilitarem a utilização da licitação como procedimento apto a selecionar um contratado, caracterizando a inviabilidade de competição absoluta ou relativa, estariam albergadas pela contratação direta.⁸ Dito de outro modo, envolve reconhecer que o conceito de inviabilidade de competição está aberto para permitir a contratação direta por inexigibilidade sempre que, concretamente, a licitação se mostrar inaplicável para alcançar os objetivos de contratação. Tal entendimento é perfeitamente compatível com a natureza constitucional da inexigibilidade de licitação, que não deve continuar carregando o signo da excepcionalidade como sinônimo de ilegalidade. Ao contrário, precisa ser considerada como opção legítima sempre que se mostrar como a melhor dentre todas as oferecidas pelo ordenamento jurídico.

Por fim, envolve compreender que **a inviabilidade de competição relativa não afasta a possibilidade de estímulo à competição entre os interessados por meio de procedimentos outros, obviamente diversos dos modelos de licitação**. Isso, aliás, seria especialmente útil à contratação de soluções inovadoras, pois permitiria um modelo de incentivo no qual os particulares interessados, por sua conta e risco, promoveriam os melhores esforços para apresentar a melhor solução. Não seria um procedimento licitatório, mas fomentaria, de modo orgânico e natural, a oferta de boas soluções pelos interessados, propiciando a melhor escolha pela Administração.⁹

8 Esse parece ser, aliás, o entendimento de Marçal Justen Filho quando escreve, a propósito do art. 25 da Lei nº 8.666/1993: “Tratando-se de instituto complexo como se passa com a inexigibilidade, o conceito de inviabilidade de competição pode ser muito mais facilmente reconhecido mediante a análise dos exemplos contidos no elenco legal. Se não existissem os três incisos do art. 25, muitos seriam tentados a restringir a inexigibilidade apenas aos casos de ausência de pluralidade de alternativas de contratação. Mas a existência do dispositivo do inc. III evidencia que o conceito de inviabilidade de competição tem de ser interpretado amplamente, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo. Em outras palavras, a análise dos incisos do art. 25 permite identificar o conceito de inviabilidade de competição consagrado no *caput* do dispositivo” (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p. 599).

9 O assunto foi por nós abordado no artigo “Contratação de soluções inovadoras para o atendimento de demandas administrativas: um caminho à luz do ordenamento jurídico vigente”, in PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (Coord.). Inteligência e inovação em contratação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 17-38.

4 CONCLUSÕES

A contratação direta por inexigibilidade de licitação é uma ferramenta importante no rol dos procedimentos de contratação disponibilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Se até agora, não havia sido compreendida em sua plenitude, o nascedouro de um novo marco regulatório é o momento oportuno para que encontremos nas novas regras uma eficácia qualificada pela eficiência, suficiente, então, para conduzir a uma Administração Pública cada vez mais efetiva.

É hora, pois, de deixar de lado o ambiente do Direito Administrativo do Medo para buscar interpretações que criem um espaço seguro de atuação ao gestor que porventura identificar, na contratação direta, uma solução para o problema enfrentado. Deve-se evitar transportar para o presente entendimentos construídos no século passado, em função de leis que serão revogadas, sendo imperioso buscar novas teorias, devidamente fundamentadas, que representem um avanço hermenêutico e considerem sua utilidade para a Administração Pública atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARÃO, Tatiana; PIRES, Maria Fernanda. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova Lei de Licitações”. Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL. Disponível em <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>.

PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana (Coord.). Inteligência e inovação em contratação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; Pedro de Menezes. Licitações e Contratos das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 11 ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

ZYMLER, Benjamin... (et al). Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS TRÊS ANOS DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LINDB

José Sérgio da Silva Cristóvam¹

Thanderson Pereira de Sousa²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente, a noção de Estado moderno³ está intimamente atrelada ao debate em torno da separação de poderes e, nessa lógica, ao sistema de freios e contrapesos que tende a um ambiente propício ao controle, com vistas a coibir qualquer forma exacerbada ou indevida de concentração de poder – que sempre é terreno fértil para condutas mais ou menos absolutistas. O desenvolvimento do Estado moderno não negligenciou a importância das instâncias controladoras – fundamentais ao próprio funcionamento das instituições –, que foram se modificando e aperfeiçoando, em acordo com as respectivas condições políticas, econômicas e jurídicas de cada tempo e lugar.

Atualmente, cumpre reconhecermos que a Administração Pública⁴ está submetida a um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios que compõe o regime jurídico-administrativo) assecuratório da

1 Professor Adjunto de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Subcoordenador do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduiche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). E-mail: jscristovam@gmail.com - <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>.

2 Doutorando em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) (2020). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC) (2019). Membro do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC), do Grupo de Pesquisa em Serviços Públicos e Condições de Efetividade (PPGD/UFC) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). E-mail: thandersonsousa@hotmail.com - <https://orcid.org/0000-0003-0725-3572>.

3 A doutrina política, em geral, atribui o “moderno” emprego do termo “Estado” (*status*), na intenção de configurar sociedades políticas organizadas e permanentes, à obra “*O Príncipe*” de Nicolau Maquiavel, que representa um importante marco para a ciência política e para o estudo da teoria do Estado. Sobre o tema, ver: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

4 Para evitar confusões semânticas, o uso da expressão escrita com letras minúsculas – administração pública – será reservado à atividade administrativa, restando à grafia com maiúsculas – Administração Pública – para aludir ao conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade administrativa. Nesse sentido, ver: RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 13.

defesa e persecução do interesse público,⁵ instituindo poderes-deveres para tal objetivo, o que a distingue de outros sujeitos de direito. Ocorre que a existência desse regime jurídico específico resulta, consequentemente, num sistema de controle.

Nesse contexto e a partir de tais questões, pretendemos analisar a relação de implicação entre o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, pós-Constituição de 1988, e as instâncias de controle da Administração Pública no Brasil, de forma a discutir o atual estágio da função controladora, especialmente no que toca aos limites e possibilidades da sua implicação na promoção da eficiência estatal. Para tanto, nosso estudo parte das seguintes questões centrais: quais os parâmetros de entrelaçamento e implicação entre o constitucionalismo pós-Constituição de 1988 e a questão do controle da Administração Pública? A partir da Lei nº 13.655/2018, agora com três anos de publicação, mais especialmente os seus arts. 20 a 23, quais os novos parâmetros para a atuação das instâncias controladoras e se isso pode impactar positivamente no sentido da promoção da eficiência no agir administrativo?

Do ponto de vista metodológico, empregamos abordagem dedutiva, avaliando o nosso constitucionalismo contemporâneo e as repercussões ocorridas no âmbito do controle administrativo, estabelecendo, ao final, um panorama da modelagem atual da ação controladora. O texto apresenta, de forma sequencial, duas seções abordando (i) a relação entre constitucionalismo brasileiro pós-Constituição de 1988 e o controle da Administração Pública; e, (ii) o redimensionamento da atividade de controle e seus elementos na qualidade de promotores do princípio da eficiência, com ênfase aos arts. 20 a 23 da Lei nº 13.655/2018.

Apenas para antecipar, cumpre ressaltarmos que a superação da chamada doutrina constitucional da efetividade, pautada num modelo demasiado plástico de neoconstitucionalismo, em especial se visto pelas lentes de uma frouxa, casuística e até iletrada “teoria da ponderação à brasileira”, tenderia mesmo a abrir caminho para o redimensionamento dos modos de controle da atuação administrativa no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, de forma a assegurar o retorno do pêndulo para padrões minimamente racionais de deferência às escolhas do gestor público e o contexto peculiar de suas decisões. Muito na esteira da Lei nº 13.655/2018, com o potencial de delinear novos parâmetros para o controle da Administração Pública, com condição para maximizar os efeitos da eficiência administrativa.

5 Ultrapassam os limites desse estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o “conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)”. Sobre a noção de interesse público, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 98-117.

2 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988: DO AGORA VAI AO SALVE-SE QUEM PUDE!

O paradigma do constitucionalismo dirigente influenciou, efetivamente, a teoria constitucional brasileira, sobretudo nos debates constituintes de 1987/1988 e pós-Constituição de 1988. Por esse modelo, nossa Constituição estabelece uma extensa pauta de programas, metas e fins a serem alcançados pelo Estado e na sua relação com a Sociedade. As disposições constitucionais instituem uma espécie de agenda a ser perseguida pelos poderes do Estado, máxime pelo Executivo. Para uma breve síntese, a lógica dirigente possui duas dimensões: (i) garantística, pois o Estado deve assegurar as garantias individuais; e, (ii) prestacional, havendo a necessidade de atuação direta na promoção de direitos sociais.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, uma Constituição dirigente⁶ possui diversas normas-tarefas e fins, definidoras de ações e rumos do Estado. Desse modo, as Constituições do tipo não se prestam apenas para a individualização de órgãos estatais e repartição de competências, mas sim buscam, inequivocamente, comandar a ação do Estado, com metas estabelecidas, materializando o papel transformador da ação pública.⁷ Importante destacar que, para o autor, a concretude das Constituições dirigentes depende, diretamente, da participação democrática, qualificando e estimulando o desenvolvimento dos programas firmados no texto constitucional.

A Constituição de 1988, síntese de um grande acordo sociopolítico, multicolorida pela vivificadora e extensa aquarela de direitos sociais, numa agenda de promessas emancipatórias, libertárias e de igualdade social, indicava que deixaríamos para trás o longo período de ditadura militar, em meio àquela ideia geral do “agora vai”!

Por outro lado, a década de 1990 e, sobretudo, o início dos anos 2000, acabou por revelar alguns efeitos colaterais desse nosso modelo de Constituição dirigente, dentre os quais a expressiva margem de atuação (não contingencial/excepcional) das instâncias de controle na conformação do que entendiam ser a vontade constitucional, em especial o Poder Judiciário. Numa visão positiva desse processo, Claudio de Souza Pereira Neto e Daniel Sarmiento sustentam que houve a associação da teoria dirigente com “institutos dogmáticos e processuais tendentes à efetivação judicial da Constituição”.⁸ Na mesma linha, outra explicação para atuação mais frequente do Judiciário seria o baixo índice de ordenação e participação da sociedade civil.⁹

6 Exemplo contundente de Constituição dirigente é a Constituição Portuguesa de 1976, que estrutura diversos objetivos no sentido de configurar uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o art. 1º, bem como busca estabelecer a democracia nas perspectivas social, econômica e cultural (art. 2º). Sobre o tema, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 217.

8 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

9 KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 46.

Com efeito, o constitucionalismo brasileiro passou a lidar com a chamada “doutrina da efetividade”, apontada por alguns como “influência decisiva para a compreensão e aplicação da Constituição Federal de 1988”,¹⁰ a ensejar explicitamente a atuação direta do Judiciário na consolidação de sua força normativa. Luís Roberto Barroso, um dos principais expoentes dessa concepção, concebe uma espécie de Constituição viva, significativa, associando remédios e normas constitucionais, de jeito a tutelar judicialmente direitos individuais e coletivos.¹¹

Uma posição que está longe de ser uníssona e, muito menos, infensa a críticas. Neste sentido, Gilberto Bercovici pondera que a Constituição de 1988 inaugurou um renovado projeto de nação e transformações por meio de políticas públicas, revigorando as bases do Estado, porém, não houve materialidade desse “ideal”, com graves problemas para o constitucionalismo brasileiro. Dessarte, a tal “auto-intitulada ‘doutrina brasileira da efetividade’ e a redução do debate constitucional às questões envolvendo a dicotomia entre regras e princípios ou à questões hermenêuticas e de interpretação”¹² findou por deslocar a discussão, sobretudo, para o Judiciário, esquecendo-se de que o cumprimento das disposições constitucionais e a alteração do *status quo* do Estado envolve também e primordialmente os Poderes Executivo e Legislativo.

As variáveis teórico-políticas do chamado pós-positivismo, com maior ou menor aproximação (não contingencial e sim constitutiva/estrutural) entre Direito e Moral, já havia lançado bases para a aplicação interpretativa/criativa do Direito a partir de princípios jurídicos abertos, de forma a averiguar a compatibilidade entre a ordem jurídica e normas morais. Inclusive, essa movimentação filosófica, em geral, oposta à teoria kelseniana, vinha geralmente justificada como impeditivo de que o Direito pudesse ser empregado para políticas repressivas e excludentes, a exemplo da Alemanha nazista.¹³ Uma ideia largamente difundida, mas de duvidosa densidade histórica, teórica e filosófica, até porque não há maiores evidências capazes de sustentar que as atrocidades do período nazista possam ser colocadas na conta do positivismo kelseniano.¹⁴

Com efeito, a lógica pós-positivista de ataque às alegadas incoerências do positivismo conduziu ao desenvolvimento de algumas teses mais ou menos agrupadas em torno da noção de neoconstitucionalismo,¹⁵ com o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, os métodos abertos de interpretação jurídica, a constitucionalização do Direito, a eficácia direta de direitos prestacionais e a judicialização. No palco do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passa a ser o ator principal, num protagonismo

10 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 197.

11 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

12 BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o barulho ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 734.

13 Nas sombras da Constituição de Weimar, o partido nazista ascendeu ao poder e instituiu um regime autoritário e “criminoso”. Sobre o tema, ver: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

14 Sobre o tema, ver: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

15 Para uma análise do chamado “neoconstitucionalismo” como equivalente ao “pós-positivismo”, ver: ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001, p. 672-673. Em sentido semelhante, ver: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25-44.

que completa em si expressiva atuação política para, então, passar a concretizar normas constitucionais e mesmo dizer o que é ou não a vontade constitucional, e até, em arroubos usurpadores mais extremados, dizer que o que a Constituição disse não era bem isso, porque não alinhado à vontade das ruas.

Neste cenário, a clássica noção de separação dos poderes é superada para admitir, então, a clara flexibilização de competências em favor de um protagonismo jurídico, ou melhor, judicial,¹⁶ a pretexto de salvaguarda à Constituição. Disso se retira que o “neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas”¹⁷ e, assim, procura a elaboração de parâmetros para orientar a atuação dos juízes.

Aqui, Lenio Luiz Streck elabora sólidas críticas ao neoconstitucionalismo, em especial ao que considera seu elemento central, no caso a ponderação, que necessariamente implicará em discricionariedade. Uma abertura que conduz ao ativismo judicial, vez que a ponderação tende a levar ao irracional sopesamento: o intérprete define os princípios a serem sopesados. Sobre o tema, o autor vaticina: “afastei-me do neoconstitucionalismo, porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial”¹⁸.

Nesse quadrante, Streck sustenta ser imperativo abandonar o neoconstitucionalismo na condição de paradigma constitucional, de forma a entendermos o constitucionalismo contemporâneo, que resultou nas Constituições do segundo pós-guerra, como a prática político-jurídica democrática, fundada na Constituição normativa e na integridade da jurisdição. Isso implicaria, portanto, na utilização dos princípios jurídicos como balizadores da discricionariedade, sobremodo a judicial, mas não como “carta branca” aos juízes, e sim como limites à interpretação e aplicação do Direito.¹⁹

Todas essas questões acabaram por desaguar diretamente numa expressiva ampliação dos espaços de controle da atividade administrativa em geral, inclusive aquelas de feição essencialmente política. A gestão pública brasileira passou a sofrer o crivo, cada vez mais abrangente e quase totalizante, das mais diversas instâncias e sistemas de controle externo (Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas etc.), muitas das vezes a partir de pautas político-morais vestidas com roupas jurídicas, porque informadas pelas bitolas abertas e irracionalmente aplicadas da ponderação de princípios à brasileira.²⁰ Situações que, em casos mais extremados, acabaram por conduzir mesmo ao estrangulamento da Administração Pública como instância de decisão e gestão política dos interesses da coletividade. Do festejado sentimento do “agora vai” pós-Constituição de 1988, o irrefletido alargamento do ambiente de insegurança jurídico-política acabou por nos conduzir a uma espécie de “salve-se quem puder”, a redundar num cenário de “apagão das canetas” e de

16 BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

17 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 99.

18 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR TJSC**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. p. 37. Disponível em: <https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/viewFile/64/49>. Acesso em: 16 mai. 2020.

19 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

20 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 03, p. 993-1023, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0993_1023.pdf. Acesso em: 16 mai. 2020.

“Administração Pública do medo”.²¹

Aqui se interligam os debates em torno do constitucionalismo brasileiro contemporâneo no contexto do controle da Administração Pública. Para os contornos do presente estudo, entendemos que o controle da Administração Pública abarca todas as funcionalidades fiscalizatórias e corretivas *lato sensu*, imputadas aos órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, bem como as demais instâncias controladoras estatais e a Sociedade em geral, com vistas à garantia do cumprimento das regras e princípios inerentes ao regime jurídico-administrativo.

Conforme amplamente difundido, o chamado controle administrativo pode tanto ser interno (realizados pelos sistemas de controle do próprio órgão ou ente público controlado) como externo, realizado por órgão controlador situado fora da estrutura controlada, a exemplo do Poder Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário, do Ministério Público etc.

Sobre o controle interno, trata-se de elemento endógeno da Administração, que mira o cumprimento das disposições normativas (controle de legalidade) e harmonização de juízos de conveniência e oportunidade das ações administrativas no apossamento do interesse público (controle de mérito). Mas, em que pese os diversos instrumentos conducentes ao controle interno,²² ainda há considerável aviltamento dessa função. No caso, já em 1990, Odete Medauar apontava essa situação de desvalorização e reforçava a capacidade que os mecanismos internos de controle têm para aperfeiçoar a atividade administrativa.²³

Inclusive, não parece difícil admitir que, na esteira do constitucionalismo de efetividade no Brasil, que evoluiu para as teses do neoconstitucionalismo e transferiu consideravelmente a concretização das promessas constitucionais para a instância judicial, o controle interno não despontou como grande indutor ao bom exercício da atividade administrativa.

Com efeito, a alargada associação do avanço na concretização de promessas constitucionais pela via judicial e de outras instâncias pode ter concorrido para que, de certo modo, a atuação da Administração Pública e mesmo do Parlamento fosse mesmo subestimada em suas potencialidades, inclusive de forma a aprofundar certo desapego às instâncias democráticas.²⁴

Situação ainda mais complexa e especialmente traumática para a gestão pública está exatamente na sensível restrição às instâncias e âmbitos de legítima e democrática iniciativa política dos gestores públicos, particularmente em casos de nítido controle positivo do mérito administrativo, de forma a suplantar a discricionariedade administrativa, direta ou indiretamente, pela discricionariedade das demais instâncias de controle externo, em especial pela via de uma ponderação de princípios que floresce frondosa no terreno

21 NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração Pública do Medo: ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente. **JOTA**, São Paulo, nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 16 mai. 2020.

22 Sobre o tema, ver: MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

23 MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, v. 84, n. 84-85, p. 39-55, jan. 1990. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67131/69741>. Acesso em: 16 mai. 2020.

24 A crise da democracia na contemporaneidade não é “luxo” tupiniquim e nem é fenômeno que permita análises superficiais ou simplistas; é tema complexo, multifacetado e que parece indicar certa tendência em diferentes países, e que ultrapassa os contornos do presente estudo. Sobre o tema, ver: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

fértil do “vale-tudo hermenêutico ao gosto do freguês” e no “reino do tudo depende”.²⁵

A busca pela efetividade constitucional, com o reconhecimento da normatividade dos princípios e a ampla constitucionalização do Direito, inclusive com a adequada superação dos direitos sociais como meras pautas programáticas, tudo isso também contribuiu para a expansão do controle externo da Administração Pública e redução das tradicionais esferas de discricionariedade administrativa. Inclusive, sobre a questão da discricionariedade administrativa, interessante recuperar as considerações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando assinala que “consequência dessa redução da discricionariedade administrativa foi a ampliação do controle externo sobre os atos da Administração Pública. Especialmente o Poder Judiciário passou a examinar aspectos que antes eram vistos como integrantes do mérito”.²⁶

Isso não equivale a negar que haja, sim, efeitos positivos no constitucionalismo brasileiro pós-Constituição de 1988. O que queremos é chamar a atenção para o fato de que a doutrina da efetividade e o neoconstitucionalismo, especialmente na questão da ponderação à brasileira, também contribuíram para sensíveis externalidades negativas, com a hipertrofia das instâncias de controle externo e seu avanço sobre a faixa política da discricionariedade administrativa, de forma a substituir escolhas políticas do gestor pelas do controlador, pela via de voluntaristas condutas interpretativas, fiscalizatórias e corretivas.

Apenas para exemplificar, cumpre recuperarmos a questão do controle judicial de políticas públicas, em matéria de direitos sociais, como na área da saúde. Uma espécie de voluntarismo de concretização da Constituição até inicialmente festejado, mas que veio a se ampliar em tal magnitude que passou a prejudicar as políticas universalistas de acesso à saúde e manutenção do Sistema Único de Saúde (SUS).²⁷ Fornecimento de medicamentos, muitos ainda não padronizados; tratamentos específicos, alguns até experimentais, etc., inclusive num certo paternalismo que não encontra amparo na Constituição de 1988.²⁸

Na mesma linha, serve de exemplo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, numa aparente importação equivocada do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), quando o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela modificação na dinâmica da política penitenciária brasileira, até mesmo na questão orçamentária, o que “contribuiu, em verdade, para o fortalecimento do ativismo judicial hermético e dissociado da realidade, interferindo, inclusive, na

25 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 03, p. 993-1023, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0993_1023.pdf. Acesso em: 16 mai. 2020.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 1-12, jul./set. 2013. p. 9-10. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/08/Limites-do-controle-externo.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

27 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, set./dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1403>. Acesso em: 16 mai. 2020.

28 SOUSA, Thanderson Pereira de; TRAVASSOS, Mayara Andrade Santos. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 89, n. 2, p. 184-208, jan. 2018. p. 199. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/110264/27782>. Acesso em: 16 mai. 2020.

discrecionariade do gestor público”.²⁹

Mas essa espécie de controle de jaez voluntarista não fica restrito apenas à esfera judicial, espalhando seus efeitos também a outras instâncias, a exemplo dos Tribunais de Contas. Inicialmente, cumpre destacar positivamente os avanços institucionais, a independência e as funções próprias do Tribunal de Contas da União (TCU), para o desempenho da função controladora, na esteira dos arts. 71, 72 e 73 da Constituição de 1988, com indelével impactos à gestão pública como um todo. Os Tribunais de Contas têm autonomia estrutural e funcional, a ponto de Marçal Justen Filho apontar que “tudo o que caracteriza a existência de um ‘poder’ está presente na disciplina constitucional [...] do Tribunal de Contas. Só não tem a denominação formal de Poder”.³⁰

Por outro lado, toda essa atmosfera de avanços a partir da ideia de força normativa da Constituição e, mais especialmente, a atuação principiológica turbinaram sobremaneira as já robustas funções dos Tribunais de Contas no Brasil, expandindo as possibilidades de fiscalização e correção, infelizmente numa cultura ainda muito mais de punição *a posteriori* do que de orientação preventiva. Na mesma direção, inclusive há quem sustente que a fixação expressa do princípio da eficiência na Constituição, com a Emenda nº 19/1998, e na Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) favoreceram essa expansão “[...] no controle administrativo externo, como o realizado pelo Tribunal de Contas”.³¹

Uma conjuntura que favorece ao voluntarismo como externalidade negativa. Sobre o tema, Francisco Maia Alves, analisando um conjunto de decisões do TCU (Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário; Acórdão nº 1.755/2004-TCU-Plenário; Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário; Acórdão nº 1.977/2013-TCU-Plenário; Acórdão nº 1.823/2013-TCU-Plenário; Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário; Acórdão nº 255/2015-TCU-Plenário) sustenta a prática de verdadeiro ativismo controlador, com a amplificação das funções institucionais e a elaboração de regras e exceções para os casos julgados.³²

Estes são alguns dos contornos nos quais se insere a Lei nº 13.655/2018, que veio a incluir os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a designar condições para a atividade hermenêutica no Direito Público, com vistas a incentivar a segurança jurídica a partir de limites à atividade controladora em geral. Uma legislação que busca a reconfiguração dos sistemas de controle da Administração Pública, de maneira a coibir e mesmo afastar eventuais excessos e externalidades prejudiciais à gestão pública – numa espécie de “novo agora vai”!

29 MAIA, Isabelly; SOUSA, Thanderson Pereira de. A inadequabilidade do estado de coisas inconstitucional para efetivação de direitos sociais no Brasil: por uma implementação dialógica, democrática e não ativista. In: SOUSA, Thanderson Pereira de (Org.). **Direitos fundamentais em debate**. Curitiba: Editora CRV, 2019. p. 21.

30 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120.

31 CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 151-174, mai. 2018. p. 193. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/74805>. Acesso em: 16 mai. 2020.

32 ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, a. 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016. p. 323-324. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 16 mai. 2020.

3 SOBRE A LEI Nº 13.655/2018 E OS NOVOS PARÂMETROS PARA O CONTROLE ESTATAL: SERÁ QUE PODEMOS RENOVAR A PAUTA DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA?

A Lei nº 13.655/2018, ao estabelecer critérios de interpretação e limites à atuação das instâncias controladoras no contexto do Direito Público almeja, decerto, fixar parâmetros mínimos à decisão em sede de controle da Administração Pública. Ademais, todos os Poderes e órgãos estatais submetem-se às definições da LINDB, conforme se extrai do seu art. 20, interpretação que é fortalecida pelo Enunciado nº 1 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA): “as expressões ‘esfera administrativa, controladora e judicial’ contidas na LINDB abrangem o exercício de todas as funções estatais que envolvam aplicação do ordenamento jurídico”.³³

Mas, sem embargos, há repercussão específica no exercício da função controladora, tendo em vista certa recuperação do *locus* ordinário e mesmo uma espécie de proteção da discricionariedade. Assim, por mais que se considere a redução da discricionariedade administrativa, especialmente a partir de uma espécie de controle pautado na lógica da juridicidade, a mesma ainda remanesce e está alicerçada na própria dimensão da legalidade administrativa, que lhe serve de instância de legitimação e também marco limitativo.

Com efeito, as modificações trazidas pela LINDB tendem a dificultar que o controlador, no exercício de suas funções fiscalizatórias e corretivas, constitucionalmente previstas, utilize conceitos indeterminados para substituir a discricionariedade administrativa por seus juízos próprios. Até porque, se presente certa margem de segurança quanto à conjugação da discricionariedade administrativa dentro dos contornos do ordenamento jurídico, não faz sentido que qualquer instância controladora imponha suas próprias escolhas a partir de interpretações não responsivas. Há que se recuperar sim certa dimensão ampliada de deferência controladora às escolhas administrativas, salvo se contrárias à ordem jurídica.³⁴

A permanecer ampliada porosidade a interpretações voluntaristas das instâncias controladoras, haveria equivocada transgressão à separação de poderes, de forma a submeter a gestão pública aos contingenciais humores, sabores e dissabores das instâncias controladoras que, por mais bem intencionadas que sejam, não estariam legitimadas para tal atuação usurpadora. Mas, com isso, não estamos a dizer que, em regra, há atuação controladora de forma ilegítima e voluntarista. Pelo contrário, estamos a dizer que os eventuais excessos, que estavam sim cada vez mais recorrentes, agora tende a um maior desencorajamento, porquanto expressa e normativamente contraindicados. Em poucas palavras, imperioso que se tome em conta a posição do gestor público e suas dificuldades.

Com a LINDB, o controle da Administração Pública passa a contar com alguns elementos

33 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo (2019)**. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 16 mai. 2020.

34 Comum e mesmo recorrente, no que toca à questão da deferência judicial, é recuperarmos o conhecido Caso Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1984 e discutido até os dias atuais, quando afirmou, basicamente, que nas hipóteses nas quais o legislador não tenha disposto especificamente sobre determinado tema, ou ao menos em cláusulas legais para verificação de ambiguidades, a postura judicial a ser adotada deve seguir a perspectiva de deferência para com a escolha pública. Sobre o tema, ver: SUNSTEIN, Cass. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 92, n. 2, 2006; SUNSTEIN, Cass. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 90, 1990.

redimensionadores, a saber: (i) consequencialismo; (ii) realismo; e, (iii) temporalidade.³⁵ Dimensões que, sem margens para dúvida, indicam a institucionalização de um novo arquétipo para a função controladora, na esteira de um constitucionalismo também preocupado com a integridade das normas constitucionais, no sentido da ação administrativa e dos gestores públicos.

Ao discutir sobre o consequencialismo, Neil MacCormick afasta percepções extremas para compreender que razões e consequências são indispensáveis para a justificativa da decisão jurídica, não se tratando de opções morais ou políticas, mas de resultados e possibilidades que estão diretamente ligados à coerência do ordenamento jurídico,³⁶ em sua essência capaz de impor para o controlador o dever de “melhor deliberação”, promovendo o amadurecimento democrático das escolhas administrativas e função controladora.

Nesta esteira, o consequencialismo contempla, em seu conteúdo, três variáveis, aplicáveis a depender do caso de controle: prática, jurídica e administrativa. No consequencialismo prático (1) (art. 20), as decisões de controle que se fundarem em valores jurídicos abstratos deverão determinar o resultado prático da decisão, sua reverberação no mundo dos fatos, visando evitar deliberações que, se no aspecto legal podem estar corretas, na práxis não produz efeitos ou estes são negativos. Ainda, há o dever de motivação (art. 20, parágrafo único), abarcando necessidade e adequação, cumulada com a previsão de alternativas previsíveis, para, de pronto, indicar que a decisão controladora é a mais satisfatória, mais eficiente para o interesse público, superando suas possíveis fragilidades.

As perspectivas jurídica (2) e administrativa (3) do consequencialismo (art. 21) estão intrinsecamente ligadas, mas é possível reparar sutil distinção entre ambas. Quando da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma, o órgão controlador denotará o regime normativo aplicável aos possíveis efeitos já produzidos, mas que são desamparados pelo resultado retroativo (*ex tunc*) daquela decisão, tendo em consideração a situação concreta e a “segurança e certeza das relações jurídicas, boa-fé de terceiros, ausência de dolo do interessado”³⁷ (consequência jurídica). Igualmente, cumpre indicar expressamente como a decisão invalidadora impacta na atuação de promoção do interesse público (consequência administrativa).

Os prismas jurídico e administrativo, apesar de diferentes, caminham juntos para que, nos casos de invalidação, sejam equilibrados e avaliados os efeitos reais e, desse modo, a decisão seja a mais acertada possível, de forma a proteger/promover o interesse público. Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas asseveram que os arts. 20 e 21 criam viés realista para o processo deliberativo, pois “a decisão alheia à realidade não produz mais um ato jurídico lícito, nem, muito menos, justo”³⁸ e, também, efetivo.

No que toca ao realismo (art. 22), o mesmo impele os órgãos de controle, sobretudo externo,

35 Cumpre ressaltar que os elementos estão para todo processo de interpretação e aplicação das normas de Direito Público. Entretanto, para fins de recorte do presente estudo, enfocamos os seus efeitos sobre o controle da Administração Pública, apontando – seguidamente – as potencialidades no âmbito da proteção das escolhas administrativas e do interesse público, a evitar o “apagão das canetas” e a perpetuação de uma Administração Pública do medo, ocasionada pelo excesso de controle. Sobre o tema, ver: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

36 MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 101-102.

37 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 154.

38 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 51.

a firmemente considerar toda a sistemática que envolve as normas da gestão pública, os obstáculos e dificuldades do gestor, bem como as características de cada política pública. Portanto, não cabem julgamentos que ocorram num plano abstrato, considerando questões isoladas, pontuais. Nesse sentido, a ideia de realismo institui a necessidade de decisões com estruturação a partir da macro institucionalidade da Administração Pública, demandando conhecimento do planejamento administrativo e de questões restritivas (limites) referentes às políticas públicas. Em síntese, o realismo pode aperfeiçoar a atuação administrativa pelo exercício responsivo da função de controle, até porque, como adverte Vanice Regina Lírio do Valle, “o resultado desejável, sempre e sempre, da ação de controle é reconduzir aquele que é destinatário inicial do cometimento constitucional ao desenvolvimento regular de suas atribuições”.³⁹

Por último, a temporalidade constitui gênero relativo à observância dos parâmetros interpretativos (orientações administrativas) vigentes no momento do fazimento do ato administrativo objeto do controle, englobando duas espécies: progressiva e regressiva. A temporalidade progressiva (art. 23) expõe que, na função de controle, existindo orientações gerais inéditas em referência a conteúdo indeterminado, faz-se imperiosa a fixação de regime de transição para sua implementação. Noutra ponta, a temporalidade regressiva (art. 24) impede que ato, contrato, ajuste, processo ou norma que já tenha produzido efeitos seja declarado inválido à sombra de novas orientações interpretativas, obrigando órgão controlador a retroagir temporalmente para exercer sua função na luz das orientações da época de corporificação do objeto de análise.

Com efeito, ao implementar novo e mais adequado paradigma de controle, a LINDB busca reforçar o respeito e deferência à instância administrativa, apoiando-se no consequencialismo, realismo e temporalidade na condição de institutos voltados à calibragem da atividade hermenêutica no Direito Público brasileiro. O que, por conseguinte, acaba por tender potencialmente à promoção da eficiência administrativa.

Em verdade, a manipulação de conceitos indeterminados associada ao (i) aumento das instâncias de controle e (ii) à paradoxal burocracia no exercício do papel corretivo conduziu à restrição e mesmo erosão da atuação do gestor público, que se tornou (e também se colocou como!) refém da “última palavra” das instâncias controladoras. Entre decidir e correr o sério risco de ser depois punido ou não decidir e aguardar que a decisão venha das instâncias de controle, o gestor passou a assumir uma postura recorrentemente omissiva. Sobre o tema, Fernando Vernalha Guimarães acertadamente diagnosticou que “acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger”.⁴⁰ Na mesma linha, Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos identificam que “a cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada”.⁴¹

Uma realidade totalmente prejudicial à gestão pública e ao atingimento da eficiência administrativa, mormente quando se observa no Brasil limitações de todas as ordens (orçamentária,

39 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 71.

40 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 71, 2016. p. 01. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 16 mai. 2020.

41 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. p. 38.

estrutural, estratégica etc.) que obstaculizam o papel do gestor público. Até porque, falar em eficiência administrativa deveria significar, muitas vezes, reconhecer certa margem à atitude criativa e espontânea, com caráter experimental, a testar, confirmar ou reformular o uso de técnicas planejadas na dinâmica, complexa e instável promoção do interesse público. O agir administrativo não deve ficar amarrado à idealização da “melhor opção” vinda de quaisquer das instâncias de controle.

O princípio da eficiência, incluído expressamente no texto constitucional pela Emenda nº 19/1998, essencialmente orienta que a ação administrativa tem de ser revestida de celeridade e acerto, de sorte que os resultados sejam adequados para a plena satisfação das necessidades coletivas e proteção da dignidade dos cidadãos, numa pauta de eficiência enquanto busca de otimização dos resultados da ação administrativa para a ampliação e qualificação da prestação de serviços públicos e desempenho das atividades estatais, voltados ao cumprimento daqueles objetivos traçados pelo art. 3º da Constituição de 1988. Com acerto, Emerson Gabardo sustenta que a “eficiência imputa a exigência, portanto, de ser alcançada a solução que seja ótima ao atendimento da finalidade pública, seja no espaço de decisão vinculada expressamente à lei, seja no espaço de decisão discricionária”.⁴²

Ora, se o próprio princípio da eficiência, em sua normatividade, demanda do gestor público soluções de excelência para a concretização do interesse coletivo e, considerando as limitações de formatação da norma jurídica, não se pode prever todas as soluções para um Estado que é um total devir, muito mais difícil e mesmo quase inviável o atingimento dessa dimensão de eficiência sob as amarras de um modelo de controle sancionatório do qual decorre uma atmosfera de medo e insegurança.

Nesse quadrante, as normas trazidas pela LINDB e de obrigatória aplicação na condução do controle da Administração fazem avançar na garantia de padrões mínimos de segurança jurídica e necessária estabilidade das regras do jogo.⁴³ Com isso, o gestor público pode mesmo acabar incentivado a abandonar sua indevida omissão defensiva e inovar em condutas que, essencialmente, conformem a eficiência administrativa e tendam à concretização do interesse público. Nada obstante, o desimpedimento para práticas inovadoras e o estímulo ao protagonismo da Administração não podem conduzir à desobediência da legalidade, aqui entendida em sentido amplo. O retorno do pêndulo deve ocorrer para equilibrar as relações entre as instâncias de execução e controle da atividade administrativa, mas nunca para desarticular o controle e viabilizar excessos da Administração Pública e condutas indevidas dos seus gestores.

Fixadas as “regras do jogo” na relação entre a atividade administrativa e as instâncias controladoras, desponta viável a construção de um novo cenário de expectativas: do controlador se espera alteridade para com as escolhas administrativas – se válidas e regulares; e do gestor se espera muito mais do que omissões defensivas, espera-se sim a efetiva e eficiente promoção do interesse público, com destacado nível de excelência.

Um cenário que, verdadeiramente, permite a construção de decisões democráticas amadurecidas

42 GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano *et al.* (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC – Tomo II**. São Paulo: PUC, 2017. p. 13. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-eficiencia,-o_58edc663b888b.pdf. Acesso em: 16 mai. 2020.

43 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018: lei da segurança para a inovação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 165.

em termos de gestão,⁴⁴ de forma que as pautas políticas da Constituição de 1988 não sejam relegadas ao infértil terreno de gestores temerosos ou descrentes do seu papel de transformação social e desenvolvimento nacional. Igualmente, que as instâncias de controle, fiscalização e correção da atividade administrativa possam avançar na superação de uma cultura de controle repressivo, corretivo, posterior e, no mais das vezes, ineficiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o desenvolvimento constitucional tem momentos peculiares que, decerto, refletem na atuação da Administração Pública e, da mesma forma, repercutem na respectiva atividade controladora. Sem dúvida, conforme avança, o Constitucionalismo jurídico-político molda as instituições do Estado.

Sobre nosso constitucionalismo pós-Constituição de 1988, a teoria da Constituição dirigente influencia marcadamente a forma de compreender as normas constitucionais. Posteriormente, a chamada doutrina da efetividade ganha terreno, buscando dar concretude aos dispositivos constitucionais e fazer vivos seus valores, com ou sem interpolação legislativa.

Nas pegadas do pós-positivismo, o neoconstitucionalismo emerge e vai a campo, reconhecendo a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais, instrumentalizado por uma hermenêutica ponderacionista criativa que quase tudo submete ao sopesamento de princípios e, infelizmente, faz turbinar toda sorte de ativismos voluntaristas.

Por certo, avançamos sim na concretização de várias das promessas constitucionais. Mas também, como séria externalidade negativa, a doutrina da efetividade e o ponderacionismo à brasileira acabaram por contribuir firmemente no deslocamento do cumprimento da Constituição para fora dos seus ordinários âmbitos de ortodoxia da democracia constitucional. Instâncias como o Poder Judiciário (mas não só ele!) passaram a decidir sobre tudo, inclusive questões eminentemente políticas e até sobre as quais já existia expressa escolha constitucional. Tudo isso, mal pesado e mal medido, acabou por redundar no acanhamento dos instrumentos internos de controle da Administração Pública e, por outro lado, a hipertrofia das instâncias do controle externo, a colocar o próprio gestor público numa incômoda e temerosa posição, em diversas situações refém da percepção dos órgãos de controle sobre o modo ideal de cumprir a Constituição e as políticas públicas dela decorrentes.

A maleabilidade da interpretação de conceitos abertos e indeterminados, associada à cultura do medo e a burocracia dos procedimentos de controle, jogou o gestor para uma zona (até certo ponto confortável!) de omissão defensiva, que inibe o processo decisório inovador e eficiente, numa clara disfuncionalidade institucional no contexto do Estado democrático de direito: (i) nem os sistemas de controle foram pensados para, a todo tempo, discutir e decidir sobre políticas públicas em geral; e, (ii)

44 Nada obstante as potencialidades da LINDB para essa tarefa, há sim posicionamentos que não veem nas reconfigurações inseridas pela Lei nº 13.655/2018 a qualidade de ferramental para tanto, mas tão somente meio de alargamento da discricionariedade administrativa. Sobre o tema, ver: PINTO, Élica Graziane *et al.* **Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar** em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 139.

nem os gestores são eleitos para, sobre questões de política, aguardar o norte decisório das instâncias de controle. É imperativo que, o mais rápido possível, cada um volte para o seu quadrado!

Nesse contexto, a LINDB passa a conformar um novo paradigma para o controle da Administração Pública, especialmente pela definição das “regras do jogo” para interpretação e aplicação do Direito Público pelas instâncias controladoras. Há função controladora são normativamente previstos os seguintes parâmetros de conformação: (i) consequencialismo (prático, jurídico e administrativo); (ii) realismo; e, (iii) temporalidade (progressiva e regressiva); na qualidade de balizas ao exercício da fiscalização e correção da ação pública. Uma clara proposta normativa de redefinição da cultura de controle no Brasil, com a superação da difundida ideia de medo que levou a certa paralisia na gestão pública.

Uma proposição que tem, ao menos em potência, condições de fazer avançarmos para um paradigma de controle da Administração Pública adequado ao marco constitucional e, inclusive, capaz de tonificar as estruturas administrativas para a promoção do princípio da eficiência, com o incentivo ao experimentalismo e à busca de soluções de excelência na persecução do interesse público e guarda dos cidadãos. Por outro lado, isso jamais poderá significar o amesquinamento do papel das instâncias de controle, essenciais em um Estado democrático de direito, e muito menos odiosos excessos da parte dos gestores públicos. Ajudar na constante busca por esse fino equilíbrio é também papel da doutrina administrativista!

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, a. 53, n. 209, p. 303-328 jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 16 mai. 2020.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o barulho ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 151-174, mai. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/74805>. Acesso em: 16 mai. 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 03, p. 993-1023, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0993_1023.pdf. Acesso em: 16 mai. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, set./dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1403>. Acesso em: 16 mai. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 1-12, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/08/Limites-do-controle-externo.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano *et al.* (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC – Tomo II**. São Paulo: PUC, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-eficiencia,-o_58edc663b888b.pdf. Acesso em: 16 mai. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 71, 2016, p. 01. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 16 mai. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo (2019)**. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 16 mai. 2020.

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

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MAIA, Isabelly; SOUSA, Thanderson Pereira de. A inadequabilidade do estado de coisas inconstitucional para efetivação de direitos sociais no Brasil: por uma implementação dialógica, democrática e não ativista. *In: SOUSA, Thanderson Pereira de (Org.). Direitos fundamentais em debate*. Curitiba: Editora CRV, 2019. p. 21-40.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018: lei da segurança para a inovação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, v. 84, n. 84-85, p. 39-55, jan. 1990. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67131/69741>. Acesso em: 16 mai. 2020.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração Pública do Medo: ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente. **JOTA**, São Paulo, nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 16 mai. 2020.

PINTO, Élidea Graziane et al. **Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SOUSA, Thanderson Pereira de; TRAVASSOS, Mayara Andrade Santos. Saúde, judicialização e paternalismo no estado social em crise. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife,

v. 89, n. 2, p. 184-208, jan. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/110264/27782>. Acesso em: 16 mai. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR TJSC**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/viewFile/64/49>. Acesso em: 16 mai. 2020.

SUNSTEIN, Cass. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, v. 90, 1990.

SUNSTEIN, Cass. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 92, n. 2, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

O SEGURO-GARANTIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E OS PROBLEMAS DE SELEÇÃO ADVERSA E MORAL HAZARD

Marcos Nóbrega¹

Pedro Dias de Oliveira Netto²

RESUMO

O artigo tem como objetivo debater o instituto do seguro-garantia aplicável aos contratos administrativos de obras e serviços de grande vulto, considerando as peculiaridades que envolvem este modelo de seguro diante da relação trilateral entre a Administração Pública, o contratado e a seguradora. Pretende-se examinar como o seguro-garantia pode contribuir na mitigação da assimetria de informações e fornecer os incentivos necessários para a execução do objeto contratual. Essa análise tem como ponto de referência legal os novos dispositivos sobre o tema estabelecidos pela Lei nº 14.133/21, a nova lei de licitações e contratos.

Palavras-chave: Licitações. Seguro-garantia. Assimetria de informação. Seleção adversa.

ABSTRACT

The paper aims to discuss the performance bond institute applicable to administrative contracts of constructions and services, considering the peculiarities involving this insurance model in view of the trilateral relationship between the Public Administration, the bidder and the insurer. We intend to examine how the performance bond can contribute to the mitigation of information asymmetry and provide the necessary incentives for the execution of the contractual object. This analysis has as a legal reference the parameters established by Law nº. 14.133/21, the new law on bidding and contracts.

Keywords: Bids. Performance bond. Information asymmetry. Adverse selection.

1 Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

2 Advogado. Doutorando em Direito (UFPE).

1 O SEGURO-GARANTIA E A SUA PREVISÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um grande desafio da Administração Pública nos remete à extensa quantidade de contratos de obras inacabadas que existem no país. Por vezes, os contratos administrativos para a realização de obras públicas são celebrados e, em curto ou médio prazo, têm a sua execução interrompida, acarretando paralisações e litígios judiciais infundáveis.

A auditoria especial realizada pelo Tribunal de Contas da União³, em 2018, após analisar mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos públicos federais, constatou que cerca de 37% destas obras estão paralisadas ou inacabadas. As principais causas identificadas pela auditoria especial foram a contratação com base em projeto básico deficiente; a insuficiência de recursos financeiros por parte do estado ou município corresponsável pela obra; e a dificuldade dos entes subnacionais em gerir os recursos federais recebidos⁴.

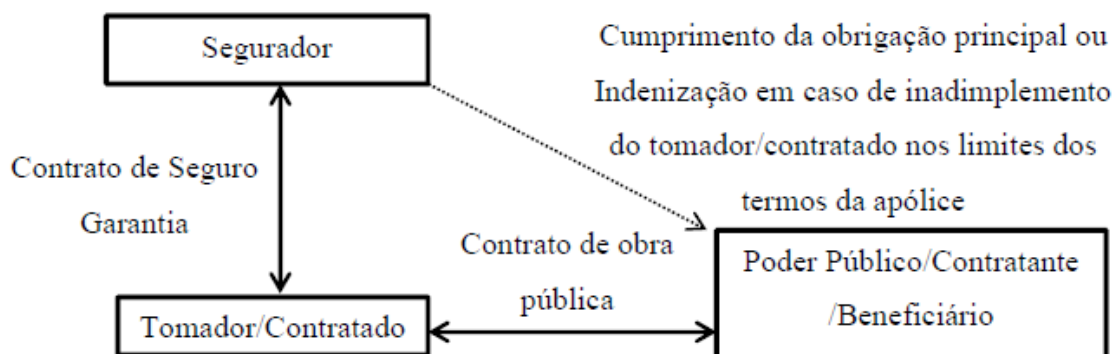
Estas obras representam um investimento previsto de R\$ 144 bilhões, dos quais R\$ 10 bilhões já foram aplicados em obras paralisadas que não estão agregando qualquer benefício à sociedade, atrasando o fornecimento de serviços públicos e o crescimento econômico.

Diante das consequências adversas de obras inacabadas e a necessidade de garantir o cumprimento das obras públicas, o presente artigo tem como objetivo analisar, em especial, uma das hipóteses legais de modalidades de garantia, qual seja, o seguro-garantia, aplicável aos contratos administrativos pactuados pelo Poder Público para a realização de obras, serviços e fornecimento de bens.

O seguro-garantia é um importante instrumento para garantir a execução das obrigações contratuais de fazer, fornecer e prestar, que são celebradas pelo tomador em relação ao segurado. O segurador, terceiro em relação ao contrato celebrado entre o tomador e o beneficiário, se coloca na condição de garante para o cumprimento da obrigação contratual. Observa-se, por conseguinte, que o contrato de seguro-garantia detém certa peculiaridade em relação a um contrato típico de seguro, haja vista a presença de três partes envolvidas.

3 Acórdão 1079/2019 - Plenário - TCU

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional TC 011.196/2018-1*. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.



Fonte: Pedro Henrique Christofaro Lopes (2019)

A regulamentação técnica do seguro-garantia está contida, basicamente, na Circular nº 477/2013 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Entre os dispositivos normativos contidos na Circular, se destacam os arts. 4º e 5º que estabelecem:

Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:

- I – processos administrativos;
- II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;
- III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;
- IV – regulamentos administrativos.

Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso.

Art. 5º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado, o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º.

No âmbito legal aplicável à Administração Pública, ao considerarmos como ponto de partida a Lei nº 8.666/93, não podemos olvidar que a modalidade de seguro-garantia não estava inserida no rol de instrumentos aptos para garantia dos contratos públicos, conforme previsão original do art. 56. Foi através da Lei nº 8.883/94 que a modalidade seguro-garantia se tornou passível de escolha ao lado das modalidades de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública e da fiança bancária.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 56, §2º, determinava que as modalidades de garantias deveriam ter, como regra, uma limitação para que não excedesse a 5% do valor do contrato. Excepcionalmente, quando estivéssemos diante de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto e que envolvessem alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, o §3º prescrevia que o limite de garantia poderia ser elevado para até 10% do valor do contrato.

Não obstante, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, atribuiu novos parâmetros aos percentuais máximos dos valores contratuais abrangidos pelas modalidades de garantias.

Com o propósito de fortalecer a utilização do seguro-garantia, o art. 97 da nova lei prevê a definição legal do instituto, como também estabelece regras que devem ser observadas nas contratações que envolvam esta modalidade de garantia:

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Como preceito geral, o art. 98 estabelece que a garantia poderá ser de até 5% do valor inicial do contrato, podendo ser autorizada a majoração desse percentual para até 10%, desde que esteja devidamente justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Destaca-se que a Lei nº 14.133/2021, diferentemente do que a antiga lei dispunha, não condicionou, nesse momento, a aplicação da majoração de até 10% ao requisito de se tratar de uma obra de grande vulto.

O legislador ordinário dedicou um artigo específico para as obras e serviços de engenharia de grande vulto⁵. O art. 99 abarca, especialmente, entre as modalidades de seguro previstas na lei, apenas o seguro-garantia, com cláusula de retomada, ampliando o percentual exigível para até 30% do valor inicial do contrato.

Com contornos de novidade, a nova lei de licitações dedicou o art. 102 para regulamentar

⁵ O art. 6º, inciso XXII, da Lei nº 14.133/2021, conceitua obras, serviços e fornecimentos de grande vulto como aqueles cujo valor estimado superar o valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

a modalidade seguro-garantia para as contratações de obras e serviços de engenharia. O dispositivo estabelece que o edital do certame licitatório poderá exigir que a garantia seja na modalidade seguro-garantia, bem como prever a obrigação da seguradora para assumir a execução e concluir o objeto pactuado se for verificado o inadimplemento do licitante contratado⁶.

O inciso I do art. 102 prescreve que a seguradora deverá participar do contrato, bem como nos aditivos contratuais, na condição de interveniente anuente, ou seja, expressando sua aquiescência aos dispositivos do contrato. Daí a importância da seguradora em conhecer, minuciosamente, as cláusulas contratuais, de modo que as obrigações e direitos de cada parte estejam claros para exigir do tomador que a obra seja executada de acordo com os parâmetros qualitativos e quantitativos previstos⁷.

No que tange às prerrogativas da empresa seguradora, ela poderá acompanhar a execução do contrato e terá livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal e aos documentos de auditoria técnica e contábil, podendo requerer esclarecimentos ao responsável técnico da obra.

O art. 102 da Lei nº 14.133/2021 também faculta à seguradora a possibilidade de subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente, inclusive, podendo emitir empenho em nome próprio, ou a quem ela indicar para a concluir as obrigações contratuais, desde que seja demonstrada a regularidade fiscal.

Há de se ressaltar que, como consequência do inadimplemento do licitante contratado, podem ocorrer duas situações distintas. Se a seguradora executar e concluir o objeto do contrato, ela estará isenta da obrigação de pagar o montante segurado indicado na apólice. Por outro lado, caso a seguradora não assuma a execução do contrato, deverá pagar a integralidade do montante indicado na apólice.

Interessante observar que a empresa seguradora não participou do procedimento licitatório. No entanto, se tornará responsável por concluir o objeto, ou por subcontratação, acarretando numa sub-rogação indireta do contrato administrativo nas condições pactuadas pelo Poder Público e o contratado ou, então, arcar integralmente com o valor previsto na apólice do seguro-garantia.

Certamente, haverá por parte da seguradora uma análise custo-benefício entre a possibilidade de assumir o contrato ou de pagar o limite de 30% do valor inicial do contrato. Diversos incentivos e custos estão envolvidos, mas, no âmbito das obras públicas, o pagamento da apólice seria suficiente para que

6 Lei 14.133/2021 – Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

- a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
- b) acompanhar a execução do contrato principal;
- c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
- d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

7 O §3º do art. 96 da Lei nº 14.133/2021 prescreve que o edital de licitação fixará prazo mínimo de 1 mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação pelo contratado quando optar pela modalidade de seguro-garantia.

outros meios sejam adotados para a conclusão da obra de grande vulto?

Ainda, podemos questionar a possibilidade real da seguradora exercer, por conta própria, a atividade relacionada à construção, engenharia etc., diante das limitações contidas no contrato social e nas normas regulatórias do mercado de seguros que determinam um objeto social único vinculado à atividade de seguros.⁸

Não se pode negar que as seguradas buscarão o menor custo para se desonerar das suas obrigações contratuais, preferencialmente, pagando a indenização da apólice, que em muitos casos não é suficiente para garantir a conclusão da obra por completo. Após o pagamento da indenização, ou se decidir pela continuidade das obrigações contratuais, a seguradora irá se sub-rogar nos direitos do segurado contra o tomador.

Em complemento, se destaca outra questão importante sobre a Lei nº 14.133/2021 que, em seu art. 97, II, estabelece regras que devem ser observadas para os contratos de seguro-garantia no âmbito da Administração Pública. O dispositivo desperta o debate acerca da manutenção da vigência do seguro-garantia quando o contratado não realizar o pagamento do prêmio nas datas convencionadas.⁹

É notório que o tomador se torna responsável pelo pagamento do prêmio para a seguradora nos prazos estabelecidos no contrato. Não obstante, a lei de licitações determina que o seguro continuará em vigor ainda que o tomador não realize o pagamento do prêmio nos prazos previstos, diferentemente do que ocorre em grande parte dos contratos tradicionais de seguro.

Cuidando-se da finalidade do prêmio nos contratos de seguro-garantia, se faz importante ressaltar que o prêmio se distingue da prática comercial adotada nos seguros tradicionais. Enquanto que no seguro tradicional o prêmio pago contribui na formação de fundo de recursos financeiros para permitir o pagamento de eventuais indenizações esperadas pelos riscos contidos na apólice, no modelo contratual de seguro-garantia o prêmio dispõe de natureza diversa, pois não está baseado na probabilidade média da ocorrência do sinistro.¹⁰

Conforme ressaltado por David Raick, os prejuízos decorrentes do sinistro em contratos de seguro-garantia devem ser compensados à seguradora por meio de um acordo de contragarantias. Daí que, no que se refere aos riscos cobertos pelo contrato de seguro-garantia, não se espera que ocorram prejuízo

8 SOGAYAR, Alberto; MATOS, Tácito Ribeiro de; ALCANTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de; GUIMARÃES, Fernando. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 4 de jun. de 2021.

9 Lei 14.133/2021 - Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

10 RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018, p. 35.

pela ocorrência do sinistro, pois este é contragarantido pelo tomador.¹¹

Nessa linha argumentativa, o autor aponta que caso seja materializado o sinistro no contrato de seguro-garantia, este não é pago pelo fundo criado com os prêmios pago pelo tomador, mas pelo patrimônio da empresa seguradora que será ressarcida posteriormente pelos contrato de contragarantias assinado.¹²

Por certo, tais indagações não são de fáceis elucidações, pois a relação trilateral entre a Administração Pública, o contratado e a seguradora, está inserida em um amplo contexto de assimetria de informações que é intrinsecamente relacionada à celebração de contratos dessa natureza.

2 BREVE PANORAMA ACERCA DO INSTITUTO *PERFORMANCE BOND* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Para uma melhor compreensão dos desafios do seguro-garantia no ordenamento jurídico brasileiro se faz oportuno analisarmos, ainda que com certa concisão, as características do modelo norte-americano de *performance bond*, haja vista ser possível identificar algumas semelhanças e diferenças com as práticas adotadas no Brasil, contribuindo para reflexões sobre as contratações públicas e a cobertura por seguro-garantia.

A promulgação do *Heard Act*, em 1894, estabeleceu a obrigatoriedade das cauções de garantias em todos os contratos celebrados pela Administração dos EUA, transferindo para o setor privado os riscos advindos da inadimplência da execução das obras.

Como é bem destacado por Pedro Henrique Christofaro Lopes, a utilização do seguro-garantia teve como propósito inicial a proteção de empregados e fornecedores dos contratantes com a Administração mais do que garantir os interesses do Estado. O autor enfatiza que no momento que antecedeu a elaboração desta lei, o mercado norte-americano de construção civil encontrava-se em um cenário instável, sem exigências específicas para a qualificação técnica, o quadro de inadimplência era elevado, bem como era frequente que as empresas contratadas dispusessem de grandes débitos antes mesmo das obras serem iniciadas. Daí que, nesse quadro de incertezas, foi editado o *Heard Act* nos EUA¹³.

Alguns anos depois, especificamente, em 1935, entrou em vigor o *Federal Miller Act*, estabelecendo uma maior proteção, com cobertura de 100% do contrato em âmbito federal, tal como a utilização de garantias para fornecedores e mão de obra contratada. Esta medida pretendeu evitar que a Administração Pública viesse a ser executada judicialmente nas hipóteses em que os contratados se tornassem inadimplentes junto a terceiros.

É por meio do *Federal Miller Act* que diversas garantias nas contratações públicas foram

11 RAICK, op. cit. p. 36.

12 RAICK, op. cit. p. 45.

13 LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise Econômica do Direito e Contratações Públicas: o Performance Bond em Contratos de Obras Públicas como Instrumento para Mitigar a Assimetria de Informações*. Dissertação de mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 98.

previstas, tais como as garantias de concorrência (*bid bond*), de cumprimento da obra (*performance bond*) e de pagamento de obrigações com a mão de obra, com os fornecedores e com os subempreiteiros (*labor and material bond*)¹⁴.

Comumente, nós podemos encontrar três tipos principais de contratos de seguro-garantia no direito norte-americano. O *bid bond* trata-se de um seguro-garantia que fornece à Administração um meio para recuperar parte do custo de ter que repetir o procedimento licitatório se o vencedor da licitação não celebrar o contrato ou não fornecer as garantias de execução e pagamento exigidos. Por seu turno, o *performance bond* fornece uma garantia de execução do objeto do contrato, em caso de inadimplemento do contratado. Já o *labor and material bond*, também chamado por *payment bond*, assegura que determinados contratantes e fornecedores de materiais serão indenizados nos casos em que o executor da obra não realizar os pagamentos¹⁵.

Destaca-se o fato de que, nos EUA, quase todos os 50 Estados, assim como o Distrito de Columbia e grande parte das jurisdições legais, promulgaram leis semelhantes ao *Federal Miller Act* para exigir o seguro-garantia em obras públicas acima de determinados valores.

A pesquisa normativa realizada por Francisco Galiza¹⁶, no ano de 2015, nos permite verificar alguns dados interessantes sobre as obrigações de seguro-garantia nos estados norte-americanos. A tabela seguinte, com dados catalogados pelo autor através do *NACM'S Manual of Credit and Commercial Laws*, demonstra as hipóteses e os valores contratuais em que o seguro-garantia passa a ser exigido em cada estado e o percentual de cobertura do seguro em relação ao valor do contrato.

Tabela 1 – Seguro-garantia por Estado (EUA)

1	Alabama	No mínimo, 50% do valor da obra, a partir de US\$ 50 mil.
2	Alaska	Para obras até US\$ 1 milhão, 40% do valor.
3	Arizona	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 100 mil.
4	Arkansas	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 20 mil.
5	California	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 25 mil.
6	Colorado	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 50 mil.
7	Connecticut	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 100 mil.
8	Delaware	100% do valor da obra.
9	District of Columbia	No mínimo, 50% do valor da obra.
10	Florida	100% do valor da obra.
11	Georgia	100% do valor da obra.
12	Hawaii	100% do valor da obra.
13	Idaho	No mínimo, 85% do valor da obra.
14	Illinois	Até determinado valor, não precisa.
15	Indiana	100% do valor da obra.

14 GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 15.

15 GALIZA, op. cit. p. 28.

16 GALIZA, op. cit. p. 31-33.

16	Iowa	Acima de 75% do valor da obra.
17	Kansas	100% do valor da obra, se > US\$ 100 mil.
18	Kentuck	100% do valor da obra.
19	Lousiana	% varia em função do tamanho da obra.
20	Maine	100% do valor da obra.
21	Maryland	50% do valor da obra.
22	Massachusets	No mínimo, 25% da obra.
23	Michigan	100%, mas acima de US\$ 50 mil.
24	Minnesota	100% do valor.
25	Mississippi	100% do valor.
26	Missouri	100%, mas acima de US\$ 25 mil.
27	Montana	100% em contratos estaduais. No mínimo, 25% em contratos municipais.
28	Nebraska	100% do valor.
29	Nevada	Acima de 50% da obra.
30	New Hampshire	100% do valor, mas acima de US\$ 35 mil.
31	New Jersey	100% do valor.
32	New Mexico	100% do valor, mas o Estado tem condições de baixar até 50%.
33	New York	Abaixo de US\$ 50 mil, não precisa. Não especifica o percentual.
34	North Carolina	100% do contrato. Abaixo de US\$ 300 mil, não precisa.
35	North Dakota	Mão de obra e material cobertos.
36	Ohio	Mão de obra e material cobertos.
37	Oklahoma	100% do valor da obra.
38	Oregon	Abaixo de US\$ 100 mil, não precisa.
39	Pennsylvania	100% do valor da obra.
40	Puerto Rico	No mínimo, 25% da obra.
41	Rhode Island	Entre 50% e 100% da obra.
42	South Carolina	100% para estradas. Nos outros, no mínimo, US\$ 50 mil.
43	South Dakota	Abaixo de US\$ 25 mil, não precisa.
44	Tennessee	No mínimo, 25% da obra.
45	Texas	100% do valor do contrato.
46	Utah	100% do valor do contrato.
47	Vermont	Só usado para estradas.
48	Virginia	Obrigatório a partir de US\$ 350 mil.
49	Washington	100% do valor do contrato. Para valores menores, esse percentual pode diminuir.
50	West Virginia	Depende do tipo de obra executada, mas tem que ser compatível.
51	Wisconsin	Igual ao valor do contrato.
52	Wyoming	> 25% do contrato. Se o contrato > US\$ 100 mil, valor pode aumentar. Se o contrato < US\$ 7,5 mil, não precisa.

Fonte: Francisco Galiza (2015)

Os estados norte-americanos demonstram uma ampla aceitação ao instituto de *performance bond*, ainda que subsista uma diferença de percentuais em relação à cobertura do seguro e o valor do contrato da obra.

Há uma variação entre 25% e 100% da abrangência da apólice do seguro, alguns valores mínimos também foram estabelecidos para que seja possível exigir o seguro-garantia para a obra executada. O estado de Arkansas, por exemplo, determina 100% de cobertura do valor da obra, mas desde que o contrato seja acima de US\$ 20 mil. Já o estado de Arizona também estabelece uma cobertura de 100% para a apólice, porém, aplicando-se apenas para os contratos que são acima de US\$ 100 mil.

Nesse diapasão, nas apólices de seguro-garantia nos EUA, ao ser declarado o sinistro, cabe à seguradora adotar uma das seguintes condutas: 1) financiar o tomador do seguro, com o consentimento do beneficiário, para que este possa concluir o contrato; 2) renunciar ao seu direito de concluir a execução do contrato, desde que seja selecionado no mercado interessado em executar o objeto contratual; 3) executar o contrato por conta própria após a investigação do sinistro, determinando qual o montante que se responsabilizará diante do segurado; 4) negar responsabilidade, em todo ou em parte, comunicando ao segurado as razões da negativa¹⁷.

Ainda, como é evidenciado por Vitor Boaventura Xavier, as seguradoras norte-americanas podem optar por operações de resseguro, com a finalidade de repassar percentual do seu risco ao ressegurador para emissão de novas apólices. O autor aponta que a legislação norte-americana não apenas permite a realização de operações de resseguro, assim como permite que as seguradoras constituam *co-suretyship agreements*, isto é, acordos para a emissão de apólices para joint-ventures quando os tomadores têm seguradoras distintas ou quando o tomador não dispõe de capacidade para ter a apólice subscrita. Daí que os *co-suretyship agreements* são responsáveis para definir as obrigações entre as seguradoras coligadas e por distribuir os riscos assumidos por cada uma na relação contratual¹⁸.

Comparativamente, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 14.133/2021, demonstrou avanço em relação ao percentual de cobertura dos contratos de seguro-garantia até então regulados pela Lei nº 8.666/93, ampliando dos 10% para os 30% nas hipóteses de obras de engenharia de grande vulto.

Por outro lado, verificamos que apenas poucos estados dos EUA estabeleceram um parâmetro de cobertura tão diminuto, nos moldes do patamar do Brasil, pois uma grande parte dos estados americanos exige coberturas mínimas de 50% ou, até mesmo, 100% para garantir que a execução da obra seja efetivamente cumprida.

17 XAVIER, Vitor Boaventura. *O Seguro Garantia de Execução do Contrato – Performance Bond: Uma Análise dos Aspectos Regulatórios e Concorrenciais da sua Exigência pela Administração Pública no Brasil*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017, p. 31.

18 XAVIER, op. cit. p. 32.

3 A SELEÇÃO ADVERSA E O RISCO MORAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL DO SEGURO-GARANTIA

A celebração de contratos é revestida de grande preocupação decorrente da assimetria informacional existente entre as partes envolvidas. Não obstante, a concepção clássica dos contratos adota como pressuposto a ideia de uma racionalidade ilimitada, onde todas as vontades das partes são previsíveis e seriam parâmetros para tomada de decisão entre os envolvidos.

Contudo, este cenário de amplo conhecimento e informação plena na celebração dos contratos não ocorre no mundo dos fatos. A racionalidade limitada dos agentes econômicos, a complexidade e incertezas, bem como o oportunismo das partes, são fatores que repercutem na formação de contratos imperfeitos, incompletos, ainda mais quando estamos diante de obras de grande vulto no âmbito de contratações realizadas pela Administração Pública.

A Administração Pública não detém condições de analisar todos os requisitos necessários para conhecer as intenções do licitante vencedor. A nova lei de licitações, assim como as normas que antecederam, apenas tentam indicar uma sinalização para direcionar uma melhor escolha, adotando critérios que busquem revelar informações dos participantes do certame licitatório.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 80, estabelece a pré-qualificação como procedimento técnico-administrativo para selecionar interessados para futuras licitações, oportunidade em que serão apresentados documentos acerca da capacidade técnica e econômica. Ocorre que, por vezes, esses critérios são insuficientes para sinalizar a real capacidade do licitante para executar o objeto pretendido.

É de conhecimento geral que as contratações públicas são assoladas pelo prejudicial “jogo de planilha”, que consiste na atribuição de preços unitários abaixo dos preços de mercado para serviços que, supostamente, não terão condições de serem executados e, após um período de início das obras, a empresa alega caso fortuito e força maior, requerendo a revisão do contrato com base no equilíbrio econômico-financeiro.

A prática oportunista da empresa contratada também pode ocorrer quando são fixados preços mais altos para os serviços que naturalmente ocorrem mais cedo. Ainda, acentua-se o fato de que a empresa contratada detém uma maior expertise de mercado em relação ao Poder Público, de tal sorte que esta informação privilegiada permite saber que certos serviços podem ter os quantitativos alterados ao decorrer da execução da obra por motivo de ordem técnica.

O comportamento dos agentes econômicos que atuam de forma oportunista pode ocorrer antes ou depois da assinatura do contrato. Se ocorrer em momento anterior, estaremos diante de uma situação de seleção adversa, pois a informação privilegiada é obtida previamente e aquele que a detém vai buscar auferir alguma vantagem.

Nas licitações públicas a seleção adversa ocorre principalmente quando objeto for de alta complexidade, pois os critérios de qualificação técnica e econômica são insuficientes para avaliar a assimetria de informação e expor as reais possibilidades do contratante em executar a obra. No procedimento licitatório não há mecanismos reveladores de informações eficazes, pois, como sabemos, os contratos administrativos têm uma natureza de contrato de adesão, a minuta é pré-estabelecida no edital e não há possibilidade de

barganha entre as partes em determinadas cláusulas¹⁹.

Não podemos olvidar que a assimetria informacional pode ocorrer em diversos setores da economia. Por exemplo, os trabalhadores conhecem mais sobre suas habilidades do que a empresa contratante; uma pessoa que adquire um seguro de saúde conhece mais sobre o seu quadro clínico; o dono de um automóvel conhece mais sobre as características do seu carro do que potenciais compradores; e o CEO da empresa detém mais informações do que os seus investidores etc.²⁰

De mais a mais, a seleção adversa é objeto de pesquisa sobretudo na área de seguros. Também conhecida como antisseleção, a seleção adversa se refere a um procedimento no qual a informação assimétrica possuída por uma das partes irá garantir uma vantagem nas negociações. É dizer, uma das partes dispõe de conhecimento insuficiente sobre fundamentos essenciais da outra contratante, dificultando a tomada de decisão.

Atento ao tema da seleção adversa, Paulo Pereira Ferreira²¹ ressalta que o segurado também tem dificuldade em quantificar o risco ao qual ele está exposto. Para atenuar as consequências da seleção adversa, a seguradora dispõe de técnicas atuariais para quantificar os riscos, que são precificados com certa margem de segurança.

O contrato de seguro, portanto, torna-se aceitável pelo segurado diante das diversas opções de cobertura apresentadas pela seguradora para que seja escolhida a opção que melhor se adeque aos interesses do segurado. O autor evidencia a importância da “Teoria da Utilidade Econômica” como hipótese justificante para que o segurado aceite pagar um prêmio para a seguradora que seja superior ao valor médio da sua perda devido à grande redução na sua função utilidade se ocorrer um sinistro.²²

Nos contratos de seguro, a seleção adversa irá ocorrer com maior frequência, pois o segurado possuirá informações acuradas dos principais riscos que está submetido, não revelando facilmente para a seguradora. Cabe à seguradora gerenciar de forma eficaz os mecanismos reveladores de informações e procurar janelas de oportunidades resultantes das propostas apresentadas ao segurado.²³

Não obstante, quando a assimetria de informação surgir após a assinatura do contrato estaremos diante de uma hipótese de risco moral. Situações em que a empresa, após um período de início da execução do contrato, começa a reduzir a qualidade dos materiais utilizados e passa a executar o serviço com produtos inferiores é uma situação corriqueira na realização de obras.

O risco moral é remetido pela doutrina aos chamados problemas de agência, em que uma parte, denominada por agente, deve representar os interesses de outra, denominada por principal. Em determinadas situações o agente receberá incentivos para agir de forma oportunista, isto é, diversamente à vontade do principal, sem que este tenha condições de monitorar a conduta lesiva.

19 TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 409.

20 STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics, *The American Economic Review*, vol. 92, no. 3, junho, 2002, p. 469-470.

21 FERREIRA, Paulo Pereira. *Seleção adversa*, 2020, p. 29. Disponível em: <<https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cad-seg197v2selecaoaversa.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

22 FERREIRA, op. cit. p. 30.

23 FERREIRA, op. cit. p. 33.

O problema do risco moral pode ocorrer em contratos entre empresas (risco moral externo), ou na mesma empresa (risco moral interno). Per-Erik Eriksson e Hans Lind aduzem que o risco moral externo acontece nos casos em que uma empresa se comporta de forma oportunista diante de outra. Por exemplo, o contratado atua sem cuidado e esforço, passa a substituir materiais mais caros por outros mais baratos e de menor qualidade, informa que realizou mais trabalho do que realmente foi feito etc. De igual forma, o contratante também pode adotar um comportamento oportunista quando não realiza o pagamento nas condições pactuadas, passa a exigir trabalho que não estava previsto contratualmente, ou se recusa a aprovar o serviço que atende todos os parâmetros do acordo²⁴.

Por conseguinte, o risco moral interno se verifica dentro de uma empresa e pode ocorrer em diferentes níveis hierárquicos. Podemos identificar comportamento oportunista interno quando o funcionário celebra um contrato sem a aprovação necessária, quando não segue as ordens relativas à qualidade de trabalho e de segurança, principalmente quando a atuação decorre de pouco esforço, falta de conhecimento ou de atos de corrupção.²⁵

Exemplo clássico do risco moral ocorre na situação em que uma pessoa celebra um contrato de seguro para o seu veículo e, após os primeiros meses, começa a perder os incentivos de cautela com o automóvel, tal como estacionar em local seguro, deixar de utilizar rastreadores etc. Daí que, para evitar esta conduta oportunista, as seguradoras utilizam mecanismos para manter os incentivos por meio da aplicação da franquia ou, até mesmo, aumentam os preços futuros diante da impossibilidade de fiscalizar o segurado para que mantenha a matriz de riscos de acordo o parâmetro inicial do contrato.

São imensas as dificuldades e os riscos envolvidos na seleção dos licitantes para realização de obras públicas. Porém, não se pode deixar de considerar que os contratos de seguro-garantia não são típicos contratos de seguro, eles detêm uma natureza híbrida com certa peculiaridade, pois envolvem direitos e obrigações de natureza trilateral. Nestes contratos são envolvidas três partes: o tomador do seguro, que é responsável por entregar a obra; a seguradora, que nos casos de inadimplência irá garantir a execução da obra e se responsabilizar até o montante garantido contratualmente; e a presença do ente público.

Conforme evidenciado por Francisco Galiza²⁶, no contrato de seguro tradicional a seguradora espera que ocorra o sinistro e precifica esse risco. **Já nos contratos de seguro-garantia, a taxa de sinistro tem que ser zero.** Existindo alguma probabilidade de haver algum risco na execução do contrato, o seguro-garantia não é firmado. Daí que nesses contratos, o prêmio cobrado pela seguradora tem como propósito cobrir o custo necessário para mitigar as assimetrias de informações entre as partes, analisando a capacidade técnica, financeira e operacional daquele que, por exemplo, irá executar uma obra pública.

James Vieira, Renata Macedo e Hermann Hrdlicka²⁷ também ressaltam algumas diferenças entre o seguro comum e o seguro-garantia. Os autores argumentam que em relação às perdas esperadas em decorrência do sinistro podem ser verificadas duas perspectivas. Nos contratos de seguro tradicional, a seguradora realiza cálculos atuariais para estabelecer uma margem de perdas de acordo com um conjunto

24 ERIKSSON, Per-Erik; LIND, Hans. *Moral hazard and construction procurement: A conceptual framework*, 2015, p. 5. Disponível em: < https://ideas.repec.org/p/hhs/kthrec/2015_002.html>. Acesso em: 3 de jun. de 2021.

25 ERIKSSON; LIND, op. cit. p.6.

26 GALIZA, op. cit. p. 17.

27 VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 04, n. 02, nov./2019, p. 227.

de fatores e de taxas que se ajustam conforme flutuações de mercado. Já em relação às perdas nos contratos de seguro-garantia, a seguradora não tem essa expectativa, pois, assim como apontado anteriormente, a sinistralidade deve ser zero. Só haverá pactuação do contrato de seguro-garantia quando houver ampla margem de segurança, diante da constatação de eventual risco na operação o seguro não será emitido.

Ainda, os autores destacam outra importante distinção no que diz respeito ao cálculo do prêmio. Nos contratos comuns de seguro, o prêmio é estimado de acordo com avaliações atuariais que irão analisar de acordo com o tipo de bem objeto do seguro, essa análise não é relacionada com algum projeto ou com a capacidade financeira do segurado. Por outro lado, os contratos de seguro-garantia calculam o prêmio conforme as características do tomador, analisando a capacidade de executar a obra.²⁸ O prêmio, portanto, serve para pagar os custos que a seguradora terá ao avaliar a condição do tomador, assim como remunerar a seguradora pelo seu “selo de qualidade” ao projeto.

Por sua vez, David Raick expõe certa semelhança do seguro-garantia com o instituto da fiança. O autor aponta que, assim como na fiança, o seguro-garantia é constituído numa relação tripartite: interna (contrato principal que estabelece as obrigações afiançadas), externa (credor-fiador numa relação fidejussória) e uma eventual (fiador-devedor). Também são apontadas outras características que se assemelham à fiança: a obrigação garantida é uma obrigação de adimplemento; tem caráter subsidiário e acessório da obrigação principal prevista contratualmente; e o fiador e a seguradora irão se sub-rogar nos direitos do credor ao pagarem a indenização ou assumir a execução da obra.²⁹

Em verdade, a modalidade de seguro-garantia, considerando a complexidade na sua estruturação, trata-se de uma espécie de seguro com características próprias, devendo ser celebrado por meio de seguradora especializada nesse mercado. A necessidade de uma constante fiscalização da obra, principalmente quando estivermos diante de obras públicas, se torna essencial para evitar falhas na execução e garantir que as obrigações sejam cumpridas.

Quanto mais especializada for a seguradora no mercado de seguro-garantia, melhor será a escolha das empresas que terão condições de emitir uma apólice. Daí a importância do seguro-garantia para reduzir a assimetria de informações nas licitações e evitar que a realização de uma obra pública de grande vulto seja realizada por empresa inidônea.

No seguro garantia, o que está sendo contratado é a chancela da seguradora ao tomador, considerando sua capacidade de executar o contrato. A seguradora funciona com o uma espécie de agência de rating ou certificadora, atestando que fez a devida *due diligence* no tomador e tem razões suficientes para acreditar que ele executará o contrato. De tal sorte que o seguro garantia funciona como um instrumento de revelação de informação, considerando que outros já foram utilizados como a pré-qualificação e os tradicionais critérios de habilitação.

28 Ibidem.

29 RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018, p. 91-92.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve certo avanço advindo da Lei nº 14.133/2021 para garantir a execução das contratações públicas. Entre as modalidades de garantias previstas na lei, ganhou destaque o seguro-garantia. A ampliação do percentual exigível para cobertura do seguro no patamar de até 30% representa uma relativa melhoria, pois, ao utilizarmos como paradigma o modelo norte-americano, é possível observar que o valor do seguro deverá corresponder a patamares entre 50% e 100% do valor inicial do contrato da obra.

Com efeito, o contexto dos dois países no mercado de seguros é distinto, haja vista sua utilização ser mais consolidada nos EUA desde a promulgação do *Heard Act* no ano de 1894. Não obstante, o instituto de *performance bond*, se bem aplicado, pode gerar incentivos para permitir que, por meio desta relação trilateral entre o tomador, seguradora e segurado, as obras e serviços possam ser executados nos termos que inicialmente foram pactuados, reduzindo os atrasos na execução contratual e as infundáveis obras inacabadas.

O art. 102, da Lei nº 14.133/2021, poderia ter adotado uma postura mais incisiva para estabelecer um dever e não uma mera faculdade da Administração Pública para a utilização do seguro-garantia nas contratações de obras de grande vulto. Ao utilizar a expressão “o edital poderá exigir”, a lei acaba concedendo margem de interpretação para que os diversos gestores públicos possam optar entre utilizar ou não a modalidade de seguro-garantia nos casos de obras de grande vulto.

Se o mercado interno de seguros estiver composto por empresas capacitadas para modelagem e fiscalização de contratos na modalidade de seguro-garantia, os incentivos gerados podem contribuir para reduzir a assimetria de informações e, de igual forma, evitar a ocorrência do sinistro nas contratações públicas.

À derradeira, há de se destacar que as seguradoras aceitarão pactuar contratos de seguro-garantia apenas com as empresas que apresentem uma alta taxa de confiabilidade técnica para executar a obra, isto é, quando houver ampla margem de segurança e um risco zero de ocorrência do sinistro, de sorte que afastará dos certames licitatórios aqueles que não consigam atender aos parâmetros de análise da seguradora. Se bem estruturados, os contratos de seguro-garantia podem contribuir no supervisionamento da execução da obra e no combate de condutas oportunistas, inclusive, nas tentativas de reajustes contratuais para elevar excessivamente o valor final da obra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional TC 011.196/2018-1*. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

ERIKSSON, Per-Erik; LIND, Hans. *Moral hazard and construction procurement: A conceptual framework*, 2015. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/hhs/kthrec/2015_002.html>. Acesso em: 3 de jun. de 2021.

FERREIRA, Paulo Pereira. *Seleção adversa*, 2020, p. 29. Disponível em: <<https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cadseg197v2selecaoadversa.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise Econômica do Direito e Contratações Públicas: o Performance Bond em Contratos de Obras Públicas como Instrumento para Mitigar a Assimetria de Informações*. Dissertação de mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018.

SOGAYAR, Alberto; MATOS, Tácito Ribeiro de; ALCANTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de; GUIMARÃES, Fernando. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 4 de jun. de 2021.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics, *The American Economic Review*, vol. 92, no. 3, junho, 2002, p. 469-470.

TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 04, n. 02, nov./2019.

XAVIER, Vitor Boaventura. *O Seguro Garantia de Execução do Contrato – Performance Bond: Uma Análise dos Aspectos Regulatórios e Concorrenciais da sua Exigência pela Administração Pública no Brasil*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017.

Resenha:

A Lei n.º 14.193/2021 (Lei Das Sociedades Anônimas Do Futebol) foi recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e aguarda a sanção presidencial. A nova lei criará no direito brasileiro uma nova figura societária, a Sociedade Anônima do Futebol, bem como promoverá alterações legislativas capazes de autorizar os clubes de futebol, independente de sua modalidade de constituição, de se socorrerem dos institutos previstos na Lei n.º 11.101/2005 (recuperação judicial e extrajudicial de empresas).

Foi recentemente aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 5.516/2019, que é considerado o marco legal do “Clube Empresa” no Brasil, que após a sanção presidencial em 6/10/2021 recebeu o status de lei ordinária n.º 14.193. A nova lei institui a Sociedade Anônima do Futebol (S.A.F.), novo modelo societário do direito brasileiro, e visa a quebra do paradigma centenário do modelo associativo que hoje impera no futebol nacional. O assunto há anos vem sendo debatido na academia e na mídia esportiva como o remédio que trará a profissionalização do esporte nacional.

Preliminarmente, para que se tenha uma boa compreensão acerca do tema, faz-se mister distinguir simplificadaamente as sociedades empresárias das associações civis.

Ambas as figuras são pessoas jurídicas de direito privado que, na doutrina civil, são denominadas corporações. Todavia, cada uma tem elementos distintivos e bem delimitados.

As sociedades são pessoas jurídicas que visam o lucro com o objetivo de reparti-lo entre seus sócios ou acionistas, e assumem a feição de sociedade empresarial quando tendem ao exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, na forma do código civil, em seus artigos 966 e 982.

As associações, ao seu turno, são corporações que não tem finalidade lucrativa, com fundamento no art. 53 do Código Civil, que prevê que se constituem pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, e que não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos. Apesar de sua finalidade não seja lucrativa, que determinados serviços que preste sejam remunerados e que busque auferir renda para preenchimento de suas finalidades, conquanto não haja a distribuição de lucros.¹ No cenário do futebol brasileiro, predomina que os clubes sejam associações civis.

A recém aprovada Lei n.º 14.193/2021 (Lei Das Sociedades Anônimas Do Futebol), além de criar nova figura societária, previu os mecanismos necessários para que os times de futebol que migrem do modelo associativo para o “Clube Empresa”.

O modelo “Clube Empresa” já é amplamente difundido no futebol europeu, onde 92% dos times que disputam as cinco principais ligas adotam o modelo empresarial. O contraste é grande com o cenário

1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB – 11. Ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 434-435

brasileiro, no qual três dos quarenta times que disputam a primeira e segunda divisões são constituídos como sociedades empresárias (*Red Bull* Bragantino, Botafogo SP e Cuiabá), enquanto os outros trinta e sete são associações civis.

A inserção dos Clubes Empresa no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a Lei n.º 8.672/1993 (Lei Zico)¹, que facultava aos clubes e às confederações se transformarem em sociedades comerciais com finalidade desportiva. Adveio, então, a Lei n.º 9.615/1998 (Lei Pelé), que revogou a antiga lei e a facultatividade passou a ser obrigatoriedade. Posteriormente, a Lei n.º 9.981/2000 alterou a Lei Pelé para novamente tornar a transformação facultativa. Todavia, pela falta de instrumentos legais essa faculdade raramente foi exercida pelos clubes.

Também tramitou na Câmara dos Deputados o PL 5082/2016, que dispunha sobre a criação das SAF, num enfoque societário até mais aprofundado do que a lei recentemente aprovada. Porém, pouco acrescia sobre reestruturação do passivo dos clubes, o que é uma característica marcante da Lei n.º 14.193/2021.

Sendo assim, até então, a única maneira que os clubes de futebol tinham disponível para serem considerados entidades empresárias era a criação de uma sociedade subsidiária à associação civil, com a posterior transferência contratual dos ativos ligados à atividade desportiva. Como o futebol é um ambiente regulado, esta manobra empresarial dependia da anuência da Confederação Brasileira de Futebol para que a nova pessoa jurídica pudesse participar das competições de atletas profissionais.

Para simplificar a questão, a Lei n.º 14.193/2021 traz no art. 2º, I e II, a possibilidade de que os clubes que são associações civis constituam Sociedades Anônimas do Futebol por meio das operações já conhecidas do direito societário da transformação² e da cisão³ e prevê como se dará a transferência de ativos, obrigações e direitos à S.A.F, para que esta possa continuar disputando profissionalmente as competições que o clube originalmente disputava.

Na forma do art. 2º, §1º, a nova sociedade obrigatoriamente sucederá o clube nas relações com as entidades de administração (CBF, federações e ligas desportivas), bem como nas relações contratuais, de qualquer natureza, com atletas profissionais do futebol. O mesmo dispositivo garante o direito da sociedade de participar de campeonatos, copas ou torneios em substituição ao clube, nas mesmas condições em que se encontravam no momento da sucessão, competindo, às entidades de administração, a devida substituição sem quaisquer prejuízos de ordem desportiva.

No caso específico da cisão, como o clube ou pessoa jurídica originária permanecerá existindo, a lei obriga que os direitos e deveres, decorrentes de quaisquer relações estabelecidas com o clube, vinculados à atividade do futebol, sejam transferidos à nova sociedade através de contrato firmado na data da constituição. Esta transferência independe da participação, autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas para ter validade.

1 Lei n.º 8.672/1993, Art. 11. É facultado às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas: [...]

2 Lei n.º 6.404/1976, Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

3 Lei n.º 6.404/1976, Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

O artigo 9º da lei determina que a S.A.F. não responde pelas obrigações do clube ou pessoa jurídica original que a constituiu, anteriores ou posteriores à data de sua constituição, exceto quanto às atividades específicas do seu objeto social, respondendo pelas obrigações que lhe forem transferidas conforme disposto no § 2º do art. 2º da citada lei, cujo pagamento aos credores se limitará à forma estabelecida no art. 10.

A partir deste dispositivo a lei avança do direito societário e passa a prever mecanismos voltados especificamente à quitação das obrigações dos clubes. Não é segredo que a “indústria do futebol” no Brasil passa por uma grave crise financeira, que há anos vem se agravando e foi sobremaneira acelerada pela pandemia da Covid-19. Em estudo divulgado pela EY Sports⁴, o endividamento líquido dos 23 principais clubes do Brasil somado subiu 30% de 2016 a 2020, passando de 6.5 bilhões para 10.3 bilhões de reais. Alguns clubes demonstraram em 2020 uma capacidade de gerar receitas muito inferior que endividamento do clube, como é o caso do Cruzeiro, com um endividamento 7,8 vezes maior do que o faturamento em 2020, e o Botafogo, que apresentou um endividamento 5,8 vezes maior.

Nesse cenário de endividamento, o acesso dos clubes a mecanismos eficientes de reestruturação de passivo era árduo. Predominava no judiciário o entendimento que os institutos previstos na Lei n.º 11.101/2005 (LREF) – Recuperação Judicial ou Extrajudicial – aplicam-se às sociedades empresárias e não às associações civis⁵. Há, contudo, exceções na jurisprudência, nas quais associações tiveram reconhecida a legitimidade ativa para pleitear recuperação judicial ou extrajudicial em razão de apesar de formalmente adotarem o modelo associativo, exercem atividade empresarial organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, na forma do artigo 966 do Código Civil⁶.

Este é o caso do Figueirense Futebol Clube, primeiro e único caso até então no qual foi aplicada a LREF a um time de futebol. Mesmo tendo uma sociedade limitada como subsidiária, o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente formulado pelo clube para antecipar efeitos do *stay period* foi negado no primeiro grau, pois prevaleceu o entendimento que as associações civis sem fins lucrativos não poderiam se utilizar da Lei n.º 11.101/2005 por não constituírem sociedade empresarial. Apenas em grau de recurso, em decisão proferida pelo desembargador Torres Marques, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi reconhecida a legitimidade ativa para o pedido, sob o fundamento de que “*o fato de o primeiro apelante enquadrar-se como associação civil não o torna ilegítimo para pleitear a aplicação dos institutos previstos na Lei n. 11.101/2005, porquanto não excluído expressamente do âmbito de incidência da norma (art. 2º), equiparado às sociedades empresárias textualmente pela Lei Pelé e, notadamente, diante da sua reconhecida atividade desenvolvida em âmbito estadual e nacional desde 12/6/1921, passível de consubstanciar típico elemento de empresa (atividade econômica organizada)*”⁷.

Além deste importante precedente, nota-se na jurisprudência a tendência de aceitar pedidos de recuperação de associações civis quando se reconhece que a atividade exercida é tipicamente empresarial. Este é o caso, por exemplo, da Universidade Cândido Mendes⁸, no qual a 6ª Câmara Cível do Rio de

5 https://www.ey.com/pt_br/media-entertainment/levantamento-financeiro-dos-clubes-brasileiros-2020

5 SCALZILLI, João; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**: teoria e prática na lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. P. 152

6 Código Civil, Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

8 <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/tj-reconhece-legitimidade-do-figueirense-futebol-clube-para-pedir-recuperacao-judicial>

8 Recuperação Judicial número 0093754-90.2020.8.19.0001, em trâmite perante a 5ª Vara Empresarial da Comarca da Capital

Janeiro, reconheceu que referida entidade civil exerce atividade econômica, organizada para a produção e circulação de bens e serviços. Também se cita o exemplo da Recuperação Judicial da ULBRA⁹, na qual foi proferida decisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰ que reconheceu que a devedora exerceu atividade empresária por mais de quarenta anos, independentemente de ser formalmente constituída como associação civil.

Há diversos outros precedentes que robustecem esta linha como a Universidade de Cruz Alta (2005), a Associação Luterana do Brasil (2019) ambas do Rio Grande do Sul, e no Rio de Janeiro, o Hospital Casa de Portugal (2006). Esse contexto jurisprudencial permite a compreensão de que certas associações civis, apesar de não possuírem a finalidade de lucro, exercem atividade econômica, sendo possível sua equiparação à pessoa (natural ou jurídica) empresária, e por conseguinte a aplicação das normas da lei n.º 11.101/2005, numa prevalência da realidade sobre a forma, entendimento que se aproveita aos times de futebol que adotam o modelo associativo.

Ao dispor sobre o modo de quitação das obrigações, o artigo 13 da lei dispõe que clube ou pessoa jurídica original poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos seus credores, por meio de recuperação judicial ou extrajudicial. Especialmente quanto a legitimidade ativa dessas pessoas jurídicas, o artigo 25 da lei evita a discussão sobre a aplicação da Lei n.º 11.101/2005 aos clubes de futebol, pois é categórico ao positivar: *“O clube, ao optar pela alternativa do inciso II do art. 13 desta Lei, e por exercer atividade econômica, é admitido como parte legítima para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, submetendo-se à Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.”*.

O disposto no artigo 25 inova o direito concursal, pois é a primeira vez que há previsão legal expressa autorizando que uma associação civil se socorra da Lei n.º 11.101/2005. Veja-se que o dispositivo utiliza a expressão “o clube”, que na forma do artigo, 1º, §1º, inciso I da lei deve ser interpretado como *“associação civil, regida pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dedicada ao fomento e à prática do futebol”*.

Em continuidade, para que não restem dúvidas acerca da qualidade empresarial da atividade futebolística, e por consequência da legitimidade ativa para requerer recuperação judicial ou extrajudicial, a lei em seu artigo 35 promove a inclusão do parágrafo único ao art. 971 do Código Civil¹¹ com a seguinte redação: *“Aplica-se o disposto no caput deste artigo à associação que desenvolva atividade futebolística em caráter habitual e profissional, caso em que, com a inscrição, será considerada empresária, para todos os efeitos.”*.

Assim, a alteração legislativa abre o caminho para novos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial dos times de futebol, seja qual for a modalidade de sua constituição, pois há quatro cenários possíveis:

1.º O clube (associação civil) opta por permanecer no modelo associativo: O clube é parte do Rio de Janeiro

9 Recuperação judicial em trâmite perante o 1º Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Canoas-RS, processo distribuído sob o nº 5000461-37.2019.8.21.0008

10 Apelação Cível nº 5000461-37.2019.8.21.0008/TJRS, 6ª Câmara Cível

12 Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

legítima para pedir Recuperação Judicial ou Extrajudicial, por força do artigo 25 da nova lei e parágrafo único do artigo 971 do Código Civil, que reconhece a natureza empresária a atividade futebolística;

2.º O clube (associação civil) opta pela transformação em Sociedade Anônima do Futebol – art. 2º, I da lei: A nova sociedade (S.A.F) é legítima para requerer Recuperação Judicial ou Extrajudicial, pois é sociedade empresária, regida subsidiariamente pela Lei das S.A., e satisfaz o requisito do art. 1º da Lei n.º 11.101/2005¹²;

3.º O clube (associação civil) opta cisão com a constituição de Sociedade Anônima do Futebol – art. 2º, II da lei: tanto o cindido (associação) quanto à sociedade nova (S.A.F) são partes legítimas para requerer Recuperação Judicial ou Extrajudicial em litisconsórcio ativo, pelos motivos dos dois cenários anteriores, e o pedido poderá ser processado em consolidação processual (art. 69-G da LREF) ou substancial (art. 69-J da LREF), a depender da interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores e satisfação das hipóteses legais para tanto;

4.º A constituição de Sociedade Anônima do Futebol pela iniciativa de pessoa natural, jurídica ou de fundo de investimento – art. 2º, III da lei: aplica-se à constituição originária a mesma sorte da transformação em S.A.F (art. 2º, I da lei).

Ao tempo que os times de futebol, se tornaram partes legítimas para requerer recuperação judicial ou pedir homologação de plano de recuperação extrajudicial, também se tornaram, pela mesma lógica, sujeitos aos ônus da falência. A partir do momento em que a LREF se aplica aos clubes, eles podem também ter suas falências decretadas, seja ela fruto de uma convalidação de recuperação judicial em falência, do requerimento de um credor ou, até mesmo, de um pedido de autofalência.

Vale destacar que o texto da Lei 14.193/2021 foi objeto de sanção parcial, com vetos especialmente voltados aos dispositivos que tratavam de renúncias de receita, pois não teriam o cancelamento equivalente de outra despesa obrigatória e por não terem estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro nas receitas da União. O veto presidencial atingiu, inclusive, os artigos 31 e 32 do projeto de lei, que instituíam o Regime de Tributação Específica do Futebol (TEF). Todavia, em 27 de setembro de 2021, o Congresso Nacional derrubou os vetos presidenciais, permitindo que as sociedades anônimas do futebol façam suas adesões ao TEF.

O regime institui alíquota única de 5%, englobando as contribuições ao IRPJ, ao PIS/Pasep, à CSLL e à Cofins. Nos primeiros cinco anos a partir da constituição da SAF, incidirá essa alíquota de 5%, em regime de caixa mensal, exceto sobre a cessão de direitos de atletas. A partir do sexto ano da constituição da SAF, incidirá a alíquota de 4%, em “regime de caixa mensal”, sobre todas as receitas, inclusive sobre cessão de direitos de atletas. Trata-se de um dos principais atrativos para que os clubes optem pela transformação em SAF.

A perspectiva é que o novo modelo societário seja adotado pelos clubes como estratégia para captação de novos recursos e reestruturação financeira. É o exemplo do Cruzeiro Esporte Clube, que já divulgou amplamente à mídia que pretende disputar os campeonatos da temporada de 2022 já sob a formatação de SAF.

Frente a essas questões apresentadas, certamente a nova lei ensejará um caloroso debate acadêmico sobre suas diversas inovações e a respeito de como se dará sua aplicação. Entretanto, parece evidente que as Recuperações Judicial ou Extrajudicial se tornaram uma alternativa viável para a reestruturação das dívidas

¹² Lei n.º 11.101/2005, Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

de clubes de futebol.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.. Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Lei no 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005..

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Lei no 6.404, de 15 de Dezembro de 1976.. Brasília.

BRASIL. Lei nº 8.672, de 06 de julho de 1993. Lei Nº 8.672, de 6 de Julho de 1993.: Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências.

BRASIL. Tjsc. Despacho/Decisão nº 5024222-97.2021.8.24.0023/SC. Figueirense Futebol Clube. -. -, 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/5F55C61A6B51B9_REC-FUT.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e lindb. Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MEDEIROS, Ângelo. TJ reconhece legitimidade do Figueirense Futebol Clube para pedir recuperação judicial. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/tj-reconhece-legitimidade-do-figueirense-futebol-clube-para-p>. Acesso em: 29 out. 2021.

PEDRO DANIEL. Levantamento Financeiro dos Clubes Brasileiros 2020. 2021. Disponível em: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt_br/topics/media-and-entertainment/ey-sports-levantamento-financas-clubes-2020.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tj Rj. Deferimento Rj nº Processo: 0093754-90.2020.8.19.0001. Autor(es): ASSOCIAÇÃO SOCIEDADE BRASILEIRA DE INSTRUÇÃO e INSTITUTO CANDIDO MENDES. Relator: MMa. Dra. Juíza Maria da Penha Nobre Mauro. Rio de Janeiro, RJ, 19 de maio de 2020. Doj.

Disponível em: <https://www.grantthornton.com.br/globalassets/1.-member-firms/brazil/processos-de-recuperacao-judicial/universidade-candido-mendes/defere-rj-nomeia-ricardo.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 5000461-37.2019.8.21.0008, 6ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Niwton Carpes da Silva. Porto Alegre, RS, 03 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.ulbra.br/upload/fd0bd5890c87640531e530820beb03b2.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

SCALZILLI, João; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO: avanço ou retrocesso?

Deivisson Assis Perera

RESUMO

O presente artigo pretende fomentar a discussão sobre o instituto do juro sobre o capital próprio instituído pela Lei nº 9.249/95 diante do modelo jurídico vigente. Com o objetivo de demonstrar que o instituto tem natureza jurídica de dividendo, o autor percorrerá as correntes doutrinárias que versam sobre o tema, apoiando-se na teoria jurídica clássica e no modelo jurídico em vigor no Brasil. Supletivamente à análise clássica do direito para demonstrar relevância prática do assunto, o autor promoverá uma análise econômica do instituto que revela sob o enfoque da teoria econômica do direito, a relevância no ordenamento jurídico vigente independentemente da natureza jurídica que o concebe. Por fim, o leitor perceberá sob quais aspectos o instituto do juro sobre o capital próprio representa um avanço e sob quais críticas representa um retrocesso.

Palavras-chave: Direito e economia. Juros sobre o capital. Dividendos.

ABSTRACT

This article intends to promote a discussion about the institute of the interest on own capital by the law nr 9.249/95 towards the valid legal model. With the objective of show that the institute has the legal essence of a dividend, the author will go throw the legal model in vigor at Brazil. Supplementary of the classic analysis of the law to demonstrate the practical relevancy of the subject, the author will promote an economic analyze of the institute that revels beneath of approach of the economic theory of law, the importance in the effective legal system despite the legal nature that conceives it. Eventually, the reader will notice under what aspects the institute of the interest on own capital represents an advance and beneath which critics represents a backlash.

Keywords: Law and economics. Interest on own capital. Dividend.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo promover uma análise do instituto do juro sobre o capital próprio à luz da teoria clássica do direito, em especial, sob modelos do direito desenvolvidas por Miguel Reale (1999). A abordagem pretende revelar se o instituto do juro sobre o capital próprio (JCP) sob o ponto de vista jurídico representa um avanço ou um retrocesso. O autor pretende conferir caráter eminentemente prático ao trabalho sem, contudo, esquecer em nenhum momento da melhor doutrina que baliza a matéria. Para tanto, além da abordagem jurídico-dogmática desenvolvida nos tópicos que seguem, o autor estabelece um quadro comparativo do impacto fiscal entre a partilha dos lucros sob forma de dividendos e juros sobre capital próprio para complementar as conclusões extraídas, através de uma análise econômica do direito. Para fins didáticos, irá restringir a análise aos impactos tributários na política de remuneração do acionista pessoa física residente no território nacional sem eventuais ajustes – adições e exclusões.

Quanto ao método de abordagem, irá discorrer sobre os conceitos de dividendos e de juros traçando um paralelo entre estes institutos e o JCP. É fundamental discorrer sobre os modelos de direito abordados por Miguel Reale e suas espécies: *modelo jurídico* e *modelo dogmático*, tidas por fundamentais para o desenvolvimento do tema e repercussões que delas decorrem. Através de estudo de caso, o autor irá comparar a carga tributária para a companhia pagadora e para o sócio recebedor, seja a título de dividendos ou juros sobre capital próprio, que servirá para - juntamente com uma análise econômica do direito - verificar os impactos que o JCP produz na companhia e em seus acionistas. Esta abordagem pretende revelar de forma prática, a economia tributária que pode ser obtida e as diferenças de saldo de lucros disponível para deliberação assemblear ao distribuir resultados da companhia valendo-se do pagamento de JCP aos seus acionistas.

Este artigo tem por premissa básica que o instituto do JCP traz efetivamente vantagens sob a perspectiva da análise econômica do direito, entretanto, sob a ótica da teoria do direito, verdadeiramente representa um retrocesso.

A intenção do trabalho não é apresentar uma solução ao caso, mas sim, desenvolver raciocínio lógico-jurídico que demonstre as vantagens econômicas que o instituto trouxe, e também, os equívocos teóricos existentes sobre o JCP.

Por fim, cabe ressaltar ainda que não se pretende ao explorar o assunto, defender ou atacar a voracidade arrecadatória do fisco. Este trabalho não possui enfoque puramente tributário, contudo, almeja oferecer, sob o enfoque análise econômica do direito, demonstrar o retrocesso que representa o instituto do juro sobre o capital próprio no direito societário brasileiro.

2 MODELOS DE DIREITO: MODELO JURÍDICO E MODELO DOGMÁTICO

Inicialmente, compete contextualizar e estabelecer os parâmetros conceituais que este trabalho necessita para lograr êxito ao leitor na condução às conclusões finais.

Fábio Konder Comparato e Salomão Filho (2005, p.18) ao reportar-se ao estudo do direito contextualiza: “É possível fazer um profundo corte vertical e iniciar a análise a partir da Era Moderna, em especial da grande ruptura interna da ciência jurídica”.

Segundo o autor, a partir da Era Moderna, o fundamento do direito não está mais ligado a elementos inerentes a natureza do homem, como algo religioso ou ético, mas sim, transferido para a lógica, na crença de que o direito deve ser um sistema racional e “auto-integrado de disciplina das relações sociais” (COMPARATO, 2005, p. 19).

A partir de então, a racionalidade e a auto-integração passam a fazer parte do ordenamento jurídico (codificado). De acordo com Wieacker (1967 *apud* COMPARATO, 2005, p. 19) “a partir de então o método de criação e interpretação do direito deixa de ser um método exegetico-histórico, passando a visar primordialmente a demonstração lógica.”

E a partir disso, ocorreu o que Comparato e Salomão Filho (2005, p. 19) considera “a submissão do direito aos desígnios técnicos de outras ciências.” E justamente no positivismo aliado ao racionalismo exacerbado que permite perceber o direito como um instrumento para objetivos econômicos.

Estas lições sugerem que, atualmente, o direito pode estar à disposição da economia, entretanto, cabe acrescentar que deve haver coerência nestes aspectos econômicos do direito.

Uma vez estabelecida esta premissa, fica evidente a importância da análise moderna do direito sob o enfoque da “estrutura técnica e função econômica do instituto que se pretende estudar” conforme sustentava Cesare Vivante (1934, *apud* NAJJARIAN; DE LUCCA, 2008, p. 27), pois “são imanentes à idéia de modelo (I) representação de um objeto, (II) abstração da essência de determinada estrutura, (III) aspectos típicos de uma categoria, ou ainda (IV) padrão a ser seguido” (MUNHOZ, 2002, p.11).

Entretanto, o modelo teórico que nasce da conjugação destes quatro fatores descreve condutas associando a determinadas conseqüências, mas não se encerra nisto, uma vez que também exerce a função recíproca de influenciar o comportamento humano.

Portanto, sob aspectos sociológicos do direito, “verifica-se nas relações sociais estabilidade e regularidade, o que permite a representação antecipada do que vai ocorrer” (MUNHOZ, 2002, p. 11).

“Se os modelos jurídicos nascem da observação da realidade, não é menos verdade que exercem influência sobre ela, acelerando ou mesmo determinando transformações das estruturas sociais, numa espécie de relação simbiótica.” (GRAU, 1978, *apud* MUNHOZ, 2002, p.12)

A doutrina (REALE, n 1999, p. 109) observa duas espécies de modelos do direito: *modelos jurídicos* e *modelos dogmáticos*.

Segundo a teoria de Miguel Reale, os *modelos jurídicos* são as fontes formais do direito, o direito posto – a lei e os costumes. Os *modelos dogmáticos* são distintos e poderiam denominar-se

modelos doutrinários, ou seja, são modelos teóricos sobre o que os modelos jurídicos representam ou querem representar.

Dentro desta perspectiva, aliada às lições de Cesare Vivante (1934, *apud* NAJJARIAN; DE LUCCA, 2008), o JCP será analisado sob a ótica jurídico-funcional, apoiando-se, ora sob a espécie *modelo jurídico* - direito positivo – e, ora sob a espécie *modelo dogmático* (teórico) o qual inspirou essa positivação. Feitas estas observações sobre a ótica jurídico-funcional, há que se analisar também a perspectiva econômica que evidenciará adiante as razões do retrocesso que representa o JCP sob o ponto de vista de um *modelo jurídico*.

Adiante o leitor perceberá a relevância destas ilações preliminares.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito recentemente ganhou expressão no meio acadêmico, em especial nos países da *common law* e atualmente adquire relevo nos países da *civil law*.

A análise do direito sob o enfoque da economia propõe que a melhor interpretação das normas jurídicas é oferecida pelos princípios da ciência econômica. Nesta doutrina, o critério econômico é transformado em premissa para a orientação dos modelos jurídicos. Em que pesem as severas críticas que esta teoria recebe, ela representa um importante instrumento de análise da eficácia da norma na regulação de condutas e atribuição de conseqüências. Também se revela importante para uma análise dos efeitos simbióticos da influência que a própria existência da norma exerce sobre o comportamento dos indivíduos. Especificamente no campo do direito societário, Eduardo Secchi Munhoz (2002) explora o assunto com muita propriedade, quando esclarece:

Segundo esse princípio, as normas jurídicas são eficientes quando maximizam a riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico. Trata-se da aplicação do teorema de Kaldor Hicks, segundo o qual uma solução é eficiente se as vantagens obtidas pelos vencedores forem superiores aos prejuízos pelos perdedores. Muitas vezes tem-se confundido o princípio da maximização da riqueza com a eficiência econômica de Pareto. Segundo o ótimo de Pareto, uma distribuição de recursos é eficiente quando não é possível fazer nenhuma modificação que proporcione vantagens a pelo menos uma pessoa e não deixe ninguém em pior situação. (MUNHOZ, 2002, p.16)

A dificuldade de aplicação prática do Teorema de Pareto fez com que o Teorema de Kaldor Hicks adquirisse respaldo, pois considera a possibilidade de uma perda a uma parte em detrimento de um maior ganho da outra, desde que esse ganho se revele superior a perda suportada visando compensá-lo.

Munhoz citando R. Dworkin na versão em vernáculo de Luís Carlos Borges (2006) esclarece:

A expressão ‘maximização de riqueza, na teoria, não pretende descrever a mesma coisa que ‘eficiência de Pareto’. [...] A maximização da riqueza, tal como é definida, é alcançada quando bens e outros recursos estão em mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente em dinheiro) para possuí-lo. Um indivíduo aumenta sua riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui [...] Uma sociedade maximiza sua riqueza quando todos os recursos dessa sociedade são distribuídos de tal maneira que a soma de todas as valorizações individuais é tão elevada quanto possível. [...] O conhecido conceito econômico de eficiência de Pareto (ou ótimo de Pareto) é uma questão muito diferente. Uma distribuição de recursos é eficiente segundo Pareto se não puder fazer nenhuma mudança nessa distribuição que não deixe ninguém em pior situação e, pelo menos, uma pessoa em melhor situação. [...] Assim, a teoria da maximização não só é diferente da teoria da eficiência de Pareto como também mais prática. A análise econômica do Direito, que torna central o conceito de maximização da riqueza, deve, portanto, ser distinguida da análise do Direito dos economistas, que é a eficiência de Pareto. Quando o economista pergunta se uma norma de Direito é eficiente, geralmente quer saber se a situação produzida pela norma é eficiente segundo Pareto, não se ela promove a maximização da riqueza. (BORGES, 2006, p.18)

Sob o foco das lições de Vivante (1934, *apud* NAJJARIAN; DE LUCCA, 2008) anteriormente mencionadas - estrutura técnica e função econômica do instituto - as considerações acima denotam a importância de considerar os efeitos econômicos da norma, antes mesmo de analisar sua estrutura técnica, contudo, o direito não deve ficar à mercê dos caprichos da ciência econômica a ponto de sustentar as variáveis econômicas – em especial a maximização de riqueza - como objetivo preponderante das normas jurídicas. A análise econômica do direito deve servir de instrumento de análise para auxiliar no delineamento, nos contornos da norma, servindo de instrumento de análise, porém, jamais o fim da norma em si mesmo.

A esse respeito Calixto Salomão Filho (1998, p. 31) afirma que “é, portanto, necessário restringir a análise econômica do Direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário [...]”

A racionalidade científica e auto-integração trazida pelo racionalismo jurídico citado por Comparato e Salomão Filho (2005, p.19) fazem com que o direito passe a exigir uma demonstração lógica. Entretanto, essa demonstração lógica deve ser integrada a essa visão interdisciplinar entre a ciência jurídica e econômica. É com esta finalidade que o presente trabalho valerá da análise econômica do direito para apoiar a análise do instituto dentro da ciência jurídica e revelar os aspectos relevantes para a definição de sua natureza jurídica.

4 DIVIDENDOS

Concluídas as noções introdutórias sobre o modelo de direito e suas duas espécies - modelo jurídico e modelo dogmático - bem como a relevância da análise econômica do direito para este trabalho, passaremos às noções conceituais que irão conduzir às considerações finais do trabalho.

Todo titular de ações – títulos representativos do capital social das sociedades anônimas – possui contra a companhia emitente, basicamente dois direitos de natureza patrimonial: *i)* o direito ao dividendo

e; ii) o direito à participação no acervo social em caso de liquidação. Para fins deste artigo científico a abordagem restringir-se-á ao dividendo.

Para tanto é conceituado o termo dividendo de acordo com diversos autores. Ribeiro (2005, p.38) conceitua o dividendo como a “[...] consequência da estrutura da sociedade anônima. Sendo esta uma pessoa jurídica, com patrimônio próprio diverso do patrimônio dos sócios, certamente os bens lhe pertencem, não sendo assim os acionistas co-proprietários dos mesmos.” E ainda que o “[...] acionista, ao se desapropriar de parte do seu patrimônio, concorrendo para a constituição da sociedade anônima, o faz com o objetivo de participar dos lucros sociais por meio de dividendo.”

A própria legislação brasileira no §1º do art. 2º da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LSA), de acordo com Brasil (1976) estabelece que “qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.” Ou seja, é inconteste que o titular de ação de qualquer sociedade anônima ou companhia visa, ainda que forçosamente, a finalidade lucrativa.

Segundo Martins (1996, p.41) “a perseguição de lucro é princípio legal imposto às sociedades anônimas e sua destinação periódica aos sócios, sob a forma de dividendos, é uma decorrência natural desse preceito.” Em contrapartida a finalidade das companhias de produzir resultados positivos (lucros) nasce o direito subjetivo do acionista de perceber a correspondente parcela que lhe compete em razão da sua participação societária.

À luz das considerações acima, J. X. Carvalho de Mendonça (2001, p. 88) conceitua: “Dividendo é a parte dos lucros líquidos que se partilha, que se divide (daí a origem da palavra) periodicamente pelos acionistas sobre cada uma das ações de conformidade com o estabelecido nos estatutos [...]”

Para Hernani Estrela (1973, p.441), dividendo é “a designativa da parte que se atribui a cada acionista, proporcionalmente ao número de ações”.

Fran Martins (1984, p.720) define “dividendo, na terminologia do Direito Comercial, significa o rendimento que cabe aos acionistas de uma sociedade anônima, em proporção ao capital social que possuem na mesma sociedade”.

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estabelece ao arrolar os direitos essenciais dos acionistas no art. 109 que “nem o estatuto social, nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; [...]”

Ainda para o autor Silva (2000, p.68), “o dividendo é o valor pago ou devido ao sócio/acionista em representação matricial da parcela que lhe cabe dos lucros sociais.”

O direito aos dividendos constitui preceito de ordem pública, inderrogável, alçado à categoria de direitos essenciais. “Cabe ao acionista um direito individual aos lucros que não pode ser derogado nem sequer no estatuto originário.” (ASCARELLI, 1945, p. 442).

As sociedades anônimas, embora constituam uma pequena minoria dentre os demais tipos societários utilizados no Brasil, representam a mola propulsora da economia, coluna de sustentação do crescimento econômico. A sociedade anônima através de sua estrutura de capital pulverizado é capaz de mobilizar um número expressivo de investidores que canalizam recursos próprios e participam da atividade empresarial a ser explorada na expectativa de receber em contrapartida os lucros auferidos.

Essa simbiose entre a empresa e seus acionistas tem uma função das mais importantes que é ser o veículo de financiamento dos médios e grandes empreendimentos (MARTINS, 1996, p.41). Essa garantia inderrogável na participação dos dividendos ganha maior relevância nas companhias fechadas onde os papéis não oferecem a adequada liquidez.

De acordo com a perspectiva econômica, a sociedade anônima é uma ferramenta essencial à moderna economia capitalista, mas constitui ainda, sob o ponto de vista macroeconômico, um instrumento de distribuição de renda.

Na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/40 as sociedades por ações não tinham o dever de distribuir resultados na forma de dividendos aos seus acionistas. “Naquela época, algum acionista – que geralmente estava acertado com os administradores da companhia – propunha a assembléia geral ordinária a distribuição do montante que entendesse conveniente, proposta esta que era aprovada pelos acionistas presentes.” (CANTIDIANO, 2002, p. 216).

Visando eliminar esta arbitrariedade é que foi estruturada a reforma da Lei das S.A, surgindo então o dever de pagamento de dividendo mínimo obrigatório. Dessa forma, o pagamento de dividendos é regra geral – sua retenção é exceção e somente ocorre se não houver oposição de nenhum acionista. A constituição de reservas que foi notória e amplamente utilizada como subterfúgio para retenção indevida de lucros, passou a ocorrer mediante rigorosas condições e critérios.

É evidente que a partilha dos resultados é incentivo à grande massa de potenciais investidores, fortalecendo o mercado de capitais, a cadeia produtiva, fomentando a atividade empresarial com conseqüências positivas em todos os aspectos. Isso revela de forma nítida a importância de reduzir o poder discricionário da administração e da maioria e, por outro lado, proteger a minoria reforçando o direito essencial do acionista.

Os deveres legais de distribuição de dividendo mínimo ou obrigatório confirmam, nos dizeres de Fábio Konder Comparato e Salomão Filho (2005), o poder-função deliberante da assembléia e o *poder-função administrativa* da direção da companhia.

Rubens Requião (1985, p.14) sustenta que foi (esta) a filosofia institucionalista que inspirou o governo brasileiro quando da elaboração da Lei das Sociedades Anônimas.

Vera de Paula Noel Ribeiro (2005, p. 11) citando a Exposição de Motivos da Lei das Sociedades Anônimas menciona que “há muito a S.A., deixou de ser um contrato de efeitos limitados para seus poucos participantes: é uma instituição que concerne a toda a economia do País, ao crédito público, cujo funcionamento tem que estar sob o controle fiscalizador e o comando econômico das autoridades governamentais”.

Dada relevância, o dividendo que tem por fundamento a própria existência da companhia, é “prerrogativa individual do acionista, modificável quanto ao seu conteúdo, apenas pela lei e não pelo contrato societário, trata-se de um direito certo”. (CARVALHOSA, 2002, p. 343).

O dividendo é a estrada pela qual escoam os resultados positivos apurados pela companhia aos acionistas que ali depositaram suas economias.

Com o advento da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, surgiu no Brasil uma nova forma

de partilha dos resultados da companhia, que distinta da figura jurídica do dividendo – trata-se do juro sobre o capital próprio (JCP).

5 JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

A partir de 1995, estabeleceu-se grande controvérsia na doutrina acerca de sua natureza jurídica, dando ampla margem de discussão sobre o enquadramento do JCP dentro do modelo jurídico vigente.

Esta polêmica doutrinária teve início no próprio *nomen juris* do instituto, pois usualmente, nos termos do art. 591 do Código Civil, paga-se juros para remunerar o capital de terceiros, pois o juro pressupõe empréstimo oneroso de coisa fungível, ou seja, paga juro quem empresta bens ou dinheiro de outrem. Assim, na nomenclatura *juro sobre capital próprio* evidencia-se à luz do modelo jurídico vigente – uma nítida contradição, pois não haveria, em tese, a possibilidade de pagar juros sobre algo que lhe pertence - o capital próprio.

Reforçando o entendimento, Pontes de Miranda assim definiu *juros*:

Entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que lhe devia prestar. Numa e noutra espécie foi privado de valor, que deu, ou de valor, que teria de receber e não recebeu. (MIRANDA, 1984)

O juro é a compensação em razão do uso de uma coisa fungível ou pode ser ainda o preço pago ao seu titular por privar-se de seu uso em detrimento do devedor.

Ao bem da verdade, é importante esclarecer que o *modelo jurídico* vigente não traz expressamente o conceito de juros. O direito positivado não conceitua juros em nenhum preceito legal. Coube à doutrina jurídica defini-lo das mais diversas formas desenvolvendo, portanto, *modelos dogmáticos*, no qual é comum a todos eles a menção às figuras de *credor* e *devedor*. Percebe-se, portanto, a questão nuclear da controvérsia sobre a natureza jurídica do juro sobre o capital próprio.

Inobstante a Lei nº 9.249/95 ter introduzido textualmente, o JCP no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina, de acordo com Coelho (2002, p. 39) sustenta que essa possibilidade já existia por força do Decreto-Lei nº 2.627/40 que estabelecia na alínea “e”, §1º do art. 129 o pagamento dos “juros de construção” que poderiam ser creditados aos acionistas antes da empresa iniciar as suas operações. Estes pagamentos deveriam ser incluídos nas despesas de instalação.

Sobre o assunto, Fran Martins (1984, p.721) assegurava que embora denominados de ‘juros’, constituíam tais rendimentos verdadeiros dividendos pagos antecipadamente e amortizáveis em prazo a ser fixado nos estatutos.

Waldemar Ferreira (1965) também questionava a natureza de juros:

Não faz o acionista empréstimo à sociedade. Entrega-lhe, realizando ações, que subscreveu o que se obrigou a transferir do seu para o patrimônio social. Subscrevendo-as, obrigou-se a pagar o valor delas ou a prestar o fato ou transferir à sociedade os bens ou direitos prometidos. Assim, obrigando-se e até que realize o prometido é devedor da sociedade. Não é seu credor. Não sendo credor, lugar não há para obter pagamento de juros, que mais não são, em verdade, do que o preço do aluguel do capital mutuado ou cedido temporariamente. Tanto mais, e é de salientar, que sua contribuição se destina à prática das operações sociais, de que devem resultar os lucros esperados pelo empreendimento. O juro, aludido no texto, não passa de dividendo antecipadamente pago e amortizável em prazo a ser fixado nos estatutos. Dividendo fictício, portanto. Se, realmente, as operações se frustrarem e o juro legal (há de ter certamente, este qualificado) for pago, isso poderá ter importado no desfalque do capital social e, não poucas vezes, contribuído para o insucesso da empresa. (FERREIRA, 1965, p.181)

Inobstante a polêmica sobre sua natureza jurídica, fato incontestável é que a partir da vigência da Lei supracitada – na prática - permitiu-se deduzir a título de despesa financeira da base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), os valores pagos aos acionistas a título de juros sobre capital próprio.

O juro sobre capital próprio surgiu no ordenamento jurídico brasileiro no art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que dispôs:

Art. 9º. A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP. (BRASIL, 1995)

Sobre o juro sobre capital próprio cabe inicialmente registrar que “surgiram como forma de compensar os acionistas pela extinção da correção monetária das demonstrações financeiras, prevista no art. 4º da referida Lei nº 9.249/95” (BRASIL, 2006, p. 258)

Nelson Eizirik esclarece que:

A extinta correção monetária constitui medida que poderia resultar, em longo prazo, numa disparidade entre lucros apurados e patrimônio líquido, persistindo uma taxa de inflação de cerca de 10% ao ano como ocorre atualmente. A própria Lei 9.249/95, em seu art. 9º, estabeleceu mecanismos de “compensação”, visando a mitigar a distorção entre lucro e patrimônio líquido. (EIZIRIK, 1998, p.56)

O efeito prático da referida lei foi possibilitar que as companhias contabilizassem os valores pagos a este título como despesa financeira e, portanto, deduzirem da base de cálculo para fins de apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social Sobre Lucro Líquido.

Sobre a Lei nº 9.249/95, Fabio Canazaro sustenta:

Tomando por base as regras expostas, podemos verificar que a norma instituidora da remuneração do capital próprio possui caráter eminentemente fiscal, vez que serve para beneficiar uma parcela dos lucros ou dividendos das empresas, através da dedução (ou da exclusão) destas das bases de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL). E isso, repete-se, foi a forma encontrada pelo legislador ordinário para substituir, e via de regra recompensar, o contribuinte ante a revogação da correção monetária das demonstrações financeiras. (CANAZARO, 2005, p. 33).

Sobre a revogação da correção monetária do balanço prevista no art. 4º da Lei nº 9.249/95, Modesto Carvalhosa afirmou:

Essa drástica medida resultaria, a longo prazo, em uma disparidade perversa entre lucros apurados e patrimônio líquido, como se pode verificar numa projeção, v.g. de aplicação por dez anos da Taxa de Juros de Longo Prazo em uma companhia próspera. Em consequência, a própria lei nº 9.249/95, em seu art. 9º, tenta estabelecer mecanismos de compensação que possam evitar aquela distorção de longo prazo, entre lucro e patrimônio líquido, diante da perspectiva de uma inflação persistente, de aproximadamente 10% ao ano. (CARVALHOSA, 2003, p.214, v.1)

“O ‘juro sobre capital próprio’ outra coisa não é que um *resultado distribuível* da companhia *sujeito a regime fiscal especial* [...]”. (Xavier, 1997, p. 7).

É o que consta do parágrafo primeiro do art. 30 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 11 de 21 de fevereiro de 1996 que dispõe que, “para efeito de dedutibilidade na determinação do lucro real, os juros pagos ou creditados, ainda que imputados aos dividendos ou quando exercida a opção de que trata o § 1º do artigo anterior (remuneração do capital próprio), deverão ser registrados em contrapartida de **despesas financeiras**” (grifo nosso).

No mesmo sentido, o art. 29 da IN SRF nº 93 de 26 de dezembro de 1997 e posteriormente, IN SRF nº 41, de 22 de abril de 1998 que adaptou as normas administrativas ao regime legal vigente.

Sendo assim, a Secretaria da Receita Federal expressamente reconhece e permite que o juro como capital próprio seja contabilizado como uma despesa financeira dedutível para fins de Imposto de renda da pessoa jurídica e contribuição social sobre lucro líquido para a companhia pagadora.

Em contrapartida, se o juro sobre capital próprio é uma *despesa* para quem paga (companhia), seguramente é uma *receita* para quem recebe (acionista). Portanto, a legislação fiscal (§2º do art. 9º da Lei nº 9.249/95) estabeleceu que os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

Sendo assim, em que pese à companhia poder deduzir a título de despesa financeira da base de cálculo do IRPJ e CSLL, para o acionista representa um ganho de capital tributado a uma alíquota de quinze por cento.

Nos termos do art. 10, da Lei nº 9.249/95, os lucros ou dividendos calculados com base nos

resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, “não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.”

O objetivo do referido dispositivo foi evitar a tributação em duplicidade já que a pessoa jurídica pagou o imposto sobre a renda pela obtenção daquele lucro e, portanto, não há porque se tributar a distribuição dos mesmos para seus sócios (BRASIL, 2006, p. 256).

Esta é a regra matriz de imposto de renda – pessoa física no que concerne a distribuição de dividendos de sociedades para seus sócios, que não se aplica, conforme acima detalhado, aos rendimentos pagos aos acionistas a título de JCP.

6 DIVIDENDOS *VERSUS* JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

Na doutrina não existe consenso sobre a natureza jurídica do JCP, basicamente por dois aspectos fundamentais. O primeiro é que não há definição legal de *juros* o que permite a doutrina elastecer ou encolher o conceito. O segundo aspecto é que embora a Lei nº 9.249/95 utilize o termo *juros*, ela exige para o seu pagamento a existência de lucros no exercício ou em contas de lucros acumulados (BRASIL, 2006, p. 260).

Esta indefinição doutrinária fez surgir basicamente três correntes doutrinárias. A primeira delas diz que juro sobre capital próprio é apenas uma modalidade de dividendos e seu principal defensor é doutrinador Modesto Carvalhosa. Segundo o autor:

Os juros sobre o capital próprio pagos ou creditados ao acionista constituem inequivocamente, distribuição de resultados, integrando o valor total pago como dividendos. Com efeito, o §1º do art. 9º da Lei nº 9.249/95 dispõe expressamente que o efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros acumulados de exercícios anteriores. (CARVALHOSA, 2003, p.217, v.1)

A segunda corrente doutrinária tem como defensor Alberto Xavier (1997, p.8) e sustentam de em linha argumentativa semelhante, que juros sobre capital próprio não são dividendos, mas também, não tem natureza jurídica de juros, ou seja, é apenas um resultado distribuível sujeito a um regime especial de tributação. Para esta corrente, a previsão legal de imputação dos juros sobre o capital próprio ao dividendo obrigatório demonstra que ele não pode ser equiparado a dividendo, pois se fossem, já que, não haveria que se falar em imputar, pois já seria por definição, abrangido por este conceito (BRASIL, 2006, p. 261). Outro argumento sustentado pela corrente é que se fossem dividendos não haveria a tributação de 15% (quinze por cento) retida na fonte. De outra banda, sustentam que o JCP não é juro porque a lei somente permite seu pagamento mediante a existência de lucro no exercício ou na conta de lucros acumulados.

Para a terceira corrente doutrinária, defendida por Ricardo Mariz de Oliveira (1998, v.15, p.114), o juro sobre capital próprio tem natureza jurídica de juros. Para o autor “trata-se de possibilidade de a pessoa jurídica remunerar os participantes no seu capital social através do pagamento de juros, e não de dividendos.”

Os adeptos desta corrente invocam a regulamentação do instituto pela Receita Federal, que confere típico tratamento de juros ao considerá-la uma despesa financeira ao ente pagador e de outro lado uma receita tributável ao receptor. A grande dificuldade desta corrente é justificar a exigência legal para pagamento do JCP de existência de lucros líquidos no exercício ou, lucros acumulados, ou ainda, reservas de lucros.

Sobre a distinção entre dividendos e juros sobre o capital próprio, Fábio Konder Comparato (1995, p. 164) explica:

Na verdade, a maior parte das dificuldades interpretativas em matéria de dividendo surge da persistente e difundida confusão entre dividendos e juros [...]. Os juros calculam-se sobre quantia fixa (principal), em função do tempo decorrido. Os dividendos, embora calculados sobre quantia fixa, só podem ser pagos como resultados positivos obtidos na exploração empresarial, resultados estes cuja variação não está ligada à fluência do tempo.

Da análise do citado art. 9º (Lei nº 9.249/95 com a redação dada pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996) percebe-se que a origem do pagamento do juro sobre o capital próprio tem amparo na efetiva existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou lucros acumulados e reserva de lucros, ou seja, o pagamento de JCP está condicionado a resultados positivos da companhia, igualmente como ocorre com os dividendos por força do art. 201 da Lei nº 6.404/76, cuja redação textualmente estabelece que “a companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.”

Da análise das normas que regulam o instituto, percebe-se que a norma tributária tem única intenção de conferir um benefício fiscal às pessoas jurídicas, que optem pelo regime especial atribuído ao pagamento de juros sobre o capital próprio.

Entretanto, este regime fiscal especial é sujeito a dois parâmetros legais.

O primeiro deles é “o efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.” (§ 1º, do art. 9º, da Lei nº 9.249/95). Em outros termos, somente é possível distribuir a título de juros sobre o capital próprio o equivalente a 50% (cinquenta por cento) do lucro do exercício ou dos lucros acumulados. Ao que parece, foi a intenção do legislador efetivamente limitar o valor do benefício fiscal garantindo que, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) do lucro fosse tributado sob o regime normal, a fim de evitar uma fuga de receita (BRASIL, 2006, p. 265).

O segundo parâmetro estabelece que a pessoa jurídica somente poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados aos sócios ou acionistas, a título de remuneração do

capital próprio, valor calculado sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), excluída a reserva de reavaliação de bens e direitos (art. 9º, da Lei nº 9.249/95). De todas as correntes doutrinárias expostas, a que parece mais acertada é a primeira corrente. Ela considera o juro sobre capital próprio “inequivocamente, distribuição de resultado” (CARVALHOSA, 2003, p. 215, v.1).

Seguindo a concepção de Miguel Reale (1999) para o estudo do direito, este modelo dogmático é o que melhor se encaixa ao modelo jurídico vigente. A idéia de que JCP nada mais é do que *dividendo* parece a mais coerente e que melhor define o instituto. A condição de existência de lucros no exercício, ou de lucros acumulados e reserva de lucros, revelam a natureza jurídica de *resultado distribuível*. A Lei nº 9.249/95 simplesmente permitiu que a companhia incluísse dentro do valor devido a título de dividendos ao acionista, parcela referente a juros pagos ou creditados, a título de remuneração do capital próprio, para uma finalidade fiscal: deduzir tais valores para efeitos de apuração do lucro real. Isto não retira a natureza de partilha dos resultados da companhia.

7 ANÁLISE ECONÔMICA DO JURO SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO ATRAVÉS DE ESTUDO DE CASO

Em que pesem as infundáveis discussões doutrinárias sobre a natureza jurídica do juro sobre capital próprio sob o manto da teoria do direito, sob o enfoque da teoria econômica do direito basta promover uma análise econômica do instituto para concluir pela sua legitimidade.

Em que pese este autor discordar desta afirmação, em um ponto haverá concordância. Não basta deter análise minuciosa na natureza jurídica do instituto, é preciso analisar sob o aspecto do comportamento humano. Seguramente, a análise econômica do direito é capaz de fornecer elementos de reflexão que contribuem a regulação destas condutas, atribuição de conseqüências e na influência que a norma exerce no comportamento das pessoas. Estas reflexões seguramente contribuem para o aprimoramento de *modelos dogmáticos* e, por conseqüência, de *modelos jurídicos*.

Para estes fins, uma análise empírica pode mostrar dados de grande relevância. Com este objetivo o presente trabalho abre espaço a um estudo de caso que mostra os reflexos práticos na distribuição dos resultados utilizando somente dividendos ou combinando dividendos e JCP. As tabelas abaixo se baseiam nas demonstrações financeiras de empresa em plena atividade. Para o cálculo dos limites de dedução dos juros sobre o capital próprio serão utilizados os seguintes dados:

Tabela 1: Demonstração financeira de empresa em plena atividade

Em 31.12.2006			Em 31.12.2007		
Capital	35.520.00,00				
Reserva de Lucros	12.987.467,15		Reservas de Lucros	4.064.029,99	
Patrimônio Líquido	48.507.467,15		Patrimônio Líquido	-	
Resultado do Exercício	-		Resultado do Exercício	5.527.800,55	
Aplicação da TJLP e montantes máximos de JCP pagáveis					
a. Patrimônio Líquido base			48.507.467,15		
b. Variação da TJLP no período-base			6,7314%		
c. Juros sobre o capital próprio do período-base			3.265.231,64		
d. Resultado do período de apuração (ano fiscal 2007)			5.527.800,55		
e. Limite dedutibilidade do JCP como despesa financeira			e.1 50% do lucro de 2007, líquido de CSLL Então, 5.527.800,55 - (9%) = 497.502,04 = 5.030.298,51 x 50% = 2.515.149,25		
			e.2 50% dos lucros acumulados e reservas = 6.493.733,57		
e.3 Conclusão: Conforme o art. 9º da Lei nº 9.249/95, o limite de dedutibilidade é igual ao maior, ou seja, 6.493.733,57, entretanto a empresa possui um lucro do exercício no valor de 5.527.800,55, somente poderá ratear 50% entre os acionistas conforme abaixo.					
Rateio dos JCP entre os acionistas da sociedade					
Acionista	Nº ações	% do capital	JCP Bruto	IR - fonte	JCP líquido
A	9.600.000	50	1.257.574,62	188.636,19	1.068.938,43
B	9.600.000	50	1.257.574,62	188.636,19	1.068.938,43
Total	19.200.000	100	2.515.149,25	377.272,38	2.137.876,86
Cálculo Comparativo de Economia Tributária					
(sem considerar adições, exclusões e ajustes de bases de cálculo)					
Sem JCP			Com JCP		
A. Cálculo da CSLL			A. Cálculo da CSLL		
1. Lucro em 31.12.2007	5.527.800,55		1. Lucro em 31.12.2007	5.527.800,55	
2. CSLL (9%)	497.502,04		2. JCP	2.515.149,25	
			3. Lucro – JCP	3.012.651,30	
			4. CSLL (9%)	271.138,62	
B. Cálculo da Provisão para IR			B. Cálculo para Provisão para IR		

1. Lucro em 31.12.2007	5.527.800,55	1. Lucro em 31.12.2007	5.527.800,55
2. Provisão para IR	829.170,08	2. JCP	<u>2.515.149,25</u>
2.1. Alíquota – 15%	528.780,05	3. Lucro – JCP	3.012.651,30
2.2. Adicional – 10%		4. Provisão para IR	
		4.1. Alíquota – 15%	451.897,69
		4.2. Alíquota – 10%	277.265,13
Total	1.357.950,13		729.548,82
C. Carga Tributária Total		Carga Tributária Total	
CSLL	497.502,04	CSLL	271.138,62
Provisão IR	1.357.950,13	Provisão IR	729.548,62
Total	1.855.452,17	Total	1.000.687,24

No caso analisado percebe-se a influência da limitação legal da distribuição de resultados a título de JCP. Observa-se que, embora a companhia apresente lucros no montante de R\$ 5.527.800,55, somente a metade (50%) pode ser dedutível como despesa financeira, ou seja, R\$ 2.515.149,25. Este valor deve ser distribuído proporcionalmente entre os sócios de acordo com suas participações sociais. Da análise dos dados, é possível constatar a economia tributária que beneficia a companhia quando há combinação de pagamento de JCP em comparação ao pagamento exclusivamente por meio de dividendos. Verifica-se no caso, uma economia tributária para a pessoa jurídica no valor de R\$ 854.764,93. Considerando a incidência de 15% sobre o valor distribuível a título de JCP, a título de Imposto de Renda - Pessoa Física, que representa um custo de R\$ 377.272,38 para os acionistas, verifica-se, dessa forma, uma economia tributária efetiva no valor de R\$ 477.492,55.

Sob a ótica da teoria de análise econômica do direito do direito os resultados acima apontados são suficientes para justificar a validade do instituto. A vantagem tributária auferida repercute positiva esfera patrimonial das empresas, aumentando a disponibilidade de recursos para investimentos. Seguramente, isto estimula a adoção de distribuição dos resultados a título de juros sobre o capital próprio.

No decorrer dos quatorze anos de vigência da Lei nº 9.249/95, as companhias vem beneficiando-se do JCP, como forma de planejamento tributário, visando redução da carga tributária. O JCP representa, na verdade, um ajuste de sintonia fina para as empresas que possuem elevada rentabilidade. Isto tudo vem ocorrendo independentemente da doutrina chegar a consenso sobre a natureza jurídica do JCP.

Contudo, da análise dos dados acima, ficam afastadas dúvidas acerca da natureza jurídica do JCP, que na prática, nada mais são que dividendos. As bases de cálculo do JCP e os montantes máximos pagáveis revelam que somente pode ser pago JCP se a empresa possua histórico de resultados positivos (lucros acumulados ou reserva de lucros) ou exercício com resultado positivo (lucro do exercício). Esta interpretação está em consonância com o disposto no art. 201 da Lei nº 6.404/76 que somente permite o pagamento de dividendos à conta do lucro líquido do exercício, dos lucros acumulados, da reserva de lucros

e em caso especialíssimo, à conta de reserva de capital.

8 CONCLUSÕES

A crítica fundamental que pode ser atribuída ao JCP é a de que sua criação seguiu unicamente critérios econômicos, relegando ao segundo plano, o racionalismo e a lógica jurídico-argumentativa de outrora. Foi transplantado ao sistema jurídico modelos de análise utilizados pela ciência econômica, na medida em que trata exclusivamente de incentivos que regulam o comportamento dos agentes. Buscou-se justificar o instituto do JCP no Teorema de Pareto, que sugere que uma distribuição de recursos é eficiente quando não é possível fazer modificação que proporcione vantagens a pelo menos uma pessoa e não deixe ninguém em pior situação. Buscou-se uma alternativa de compensação à correção monetária das demonstrações financeiras, através de uma redistribuição de recursos que se concretiza através da dedutibilidade do JCP para fins de apuração de imposto de renda - pessoa jurídica, a título de despesa financeira.

A norma tributária estabeleceu critérios e condições ao JCP para que o ganho obtido pela empresa e seus acionistas não colocasse o fisco em situação muito desvantajosa. Toda a discussão estabelecida pela doutrina em torno do conceito jurídico de juro sobre capital próprio surgiu exatamente porque importou ao direito, modelo econômico de partilha eficiente de resultados em detrimento dos conceitos jurídicos de juros e dividendos. A figura excêntrica dos juros sobre o capital próprio nada mais é do que o subproduto, nos dizeres de Comparato e Salomão Filho (2005, p. 19), da “submissão do direito aos desígnios técnicos de outras ciências.”

Toda a polêmica doutrinária explicitada no decorrer deste trabalho revela nitidamente que o juro sobre capital próprio é verdadeiro dividendo. O seu *nomen juris* não se justifica segundo o padrão racional e lógico-argumentativo intrínseco aos modelos dogmáticos e jurídicos concebidos.

Sob o ponto de vista teórico-jurídico, o JCP é um retrocesso porque reduz o sistema jurídico a um instrumento que deve necessariamente levar em consideração relações sugeridas pela teoria econômica, questionando a concretude do ordenamento jurídico. De outra banda, há que se ressaltar que se o JCP apresenta aspectos positivos. Ao analisar o instituto sob o enfoque da distribuição de riqueza percebe-se que é instrumento apresenta vantagem econômica sobre o dividendo e, nitidamente serve de instrumento de incentivo à captação de poupança popular para o setor produtivo da economia, pois conforme visto, da análise ao caso concreto, o JCP reduz a carga tributária da companhia e aumenta o lucro distribuído sujeito a deliberação assemblear.

No decorrer dos quatorze anos de vigência da Lei nº 9.249/95, as companhias beneficiaram-se do JCP, como forma de planejamento tributário, visando redução de carga tributária. O JCP, como forma de planejamento tributário representa, na verdade, um ajuste de sintonia fina para empresas que possuem elevada rentabilidade. Isto vem ocorrendo independentemente da doutrina chegar a consenso sobre a natureza jurídica do JCP. Aos doutrinadores que buscam a essência dos institutos dentro da teoria

jurídica, essa constatação pode ressoar estranhamente, contudo, aos adeptos da teoria da análise econômica do direito, esses resultados são suficientes para legitimar a vigência e aplicação da norma.

Não se pode negar o efeito positivo produzido pela vigência da norma que o instituiu, tão pouco, se pretende negar a utilidade da teoria econômica como instrumento de análise, especialmente quando o direito versa sobre a atividade empresarial, mas jamais poderá a ciência econômica ser alçada a objetivo único da norma sob pena de incorrer em severas impropriedades de técnica legislativa, distorcendo conceitos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945.

BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BRANCO, Vinicius. Da não-incidência das contribuições para PIS e Cofins sobre os valores recebidos a título de juros sobre o capital próprio. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 115, p. 116-117.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEI6404consol.htm>. Acesso em: 08 set. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9249.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

BRASIL. Instrução Normativa SRF nº 011, de 21 de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/ant2001/Ant1997/1996/insrf01196.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

BRASIL. Instrução Normativa SRF nº 093, de 24 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/Ant2001/1997/insrf09397.htm>. Acesso em: 12 mai. 2009.

BRASIL. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/>>

decreto/D3000.htm>. Acesso em: 12 mai. 2009

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 set. 2008.

BRASIL. Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11051.htm>. Acesso em: 12 mai. 2009.

BRASIL, Bruno Menezes. Juros sobre o capital próprio: aspectos societários e tributários. **Revista de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 247-271, jul/dez. 2006.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo : Saraiva, 2003. v. 1.

_____. Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

CANAZARO, Fabio. Os Juros sobre o Capital Próprio e a (não) incidência das contribuições PIS e Cofins. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 117, p. 32-40, 2005.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da lei das S.A comentada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Saraiva, 1984.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito empresarial : estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DEL FIORENTINO, Marcelo Fróes. Dividendo *versus* Juros sobre o Capital Próprio e a Problemática Correlata referente ao disposto no art. 17 da Lei nº 11.051/04. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 123, p. 64-72, 2006.

ESTRELA, Hernani. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

GRECCO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2008.

FABRETTI, Laudio Camargo. **Contabilidade tributária e societária para advogados**. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1961. 4v.

_____. **Tratado das sociedades mercantis**. São Paulo: Saraiva, 1965.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Coord.). **Sociedades Anônimas : gestão e controle**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Rui Carneiro. **Sociedades por Ações: notas de doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 3v.

HIGUSHI, Hiromi e outros. **Imposto de Renda das Empresas : interpretação e prática**. 30.ed. São Paulo: IR Publicações, 2005.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. MARTINS, Eliseu. GELBECKE, Ernesto Rubens. **Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedades : FIPECAFI**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LOBO, Jorge (Coord.) **Reforma da lei das sociedades anônimas : inovações e questões controvertidas da lei nº 10.303, de 31.10.2001**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LUCENA, José Waldeci. **Das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei de sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.2, tomo 2.

MARTINS, Pedro de A. Batista. O Direito do acionista de participação nos lucros sociais. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 103, p. 40-50, jul./set.,1996.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: RT, 1984. v. 24.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e o direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha; DE LUCCA, Newton. A oferta pública de aquisição de ações. *In*: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins. (Coord.). **Sociedades Anônimas : gestão e controle**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.24-68.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Juros de Remuneração do Capital Próprio. **Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, v. 15, p. 114-126, 1998.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **Sociedade por cota de responsabilidade limitada**: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v.1.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **A Lei nº 10.303/2001 e a Proteção do Acionista Minoritário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Sociedades por Ações**. São Paulo: Saraiva, 1973. 4v.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2., ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Vera de Paula Noel. **A minoria nas S.A.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de Empresa no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SALLES, Roberto. Não Incidência das Contribuições Sociais do PIS e da COFINS sobre valores recebidos a título de juros sobre o capital próprio. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 111, p.111-117, dez. 2004.

SALOMÃO FIHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Severino. Juros sobre Capital Próprio (art. 9º da Lei 9.249/95) : aspectos tributários e questões societárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 21, p. 79-82, jun. 1997.

XAVIER, Alberto. Natureza Jurídico-Tributária dos ‘juros sobre capital próprio” face a Lei Interna e aos tratados internacionais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 2, p. 7-11, jun. 1997.

O MARCO LEGAL DAS STARTUPS E DO EMPREENDEDORISMO INOVADOR

André Lipp Pinto Basto Lupi¹

1 INTRODUÇÃO

Na esteira de um movimento legislativo iniciado por estudos da Câmara dos Deputados que remontam pelo menos a 2014, diversas leis foram aprovadas visando incentivar a inovação.²

As principais fontes de inovação são os centros de pesquisa, as grandes empresas e, sobretudo no que tange às chamadas tecnologias disruptivas, não há como desconsiderar o papel desempenhado pelas empresas nascentes, recém-criadas, geralmente criadas antes de haver um produto propriamente dito.

A atenção a essas configurações de mercado ligadas à inovação promoveu reforço da legislação de amparo, por meio da Lei Complementar 182/2021, visando incentivar o empreendedorismo inovador.

A Lei decorre do Projeto de Lei Complementar n. 146/19, aprovada no Congresso e promulgada pelo Presidente da República em 1º de junho de 2021, com vetos, os quais ainda estavam pendentes de análise do Congresso quando encerramos a redação deste texto.

Este livro decorre de uma reação rápida às inovações legislativas, para contribuir com os debates e com a aplicação do novo instrumento normativo. Nele tratamos das normas traçadas pela Lei Complementar n. 182/2021, em exposição que segue, em linhas gerais, o roteiro da própria Lei em análise.

2 O QUE É UMA *STARTUP*?

A expressão em língua pátria que melhor corresponde, do ponto de vista técnico-jurídico, à palavra *Startup* deve ser “empresas emergentes”, já consagrada no direito brasileiro, por alusão às

1 Pós-Doutor em Direito Empresarial. Doutor em Direito (USP). Bacharel e Mestre (UFSC). Professor de Direito Empresarial da UFSC. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial do UNICURITIBA. Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC. Sócio do escritório Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados.

2 CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES ESTRATÉGICOS (CEDES). Capital Empreendedor. Brasília: Edições Câmara, 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/capital_empreendedor%20-3.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

regulamentações da Comissão de Valores Mobiliários sobre fundos de investimento (artigo 14, II, Instrução Normativa n. 578 de 2016). São empresas iniciantes, “nascentes ou em operação recente”, na redação do artigo 4º da Lei Complementar n. 182/2021.

Há no mesmo dispositivo legal uma referência à inovação, descrita de forma abrangente como “aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”. Tais critérios materiais previstos no *caput* do artigo 4º, na prática, são concretizados por meio de critérios mais objetivos, que definem: (i) o tamanho máximo de uma empresa para ser qualificada como startup, valendo-se de parâmetro de faturamento (receita bruta), tal como faz, no geral a legislação tributária nacional; (ii) o tempo máximo de constituição da entidade que desenvolve a atividade empresarial; (iii) a condição de empresa inovadora.

Quanto aos limites de faturamento, não coincide a definição de *Startup* com a classificação fiscal para inclusão no regime do Simples Nacional. De fato, enquanto o enquadramento no regime simplificado é limitado a empresas que faturem no máximo R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), conforme artigo 3º, II, da Lei Complementar n. 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar n. 155/2016, o pertencimento à categoria de *Startup* é condicionado a um limite substancialmente maior, qual seja, de faturamento máximo de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) no ano-calendário anterior.

O tempo máximo de constituição de uma empresa para ser qualificada como *Startup* é de 10 (dez) anos, contados da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ/ME), o que não pode ser obviado por meio de operações societárias de incorporação, fusão ou cisão, pelo disposto no § 2º do artigo 4º da Lei Complementar n. 182/2021.

O último critério, qual seja, o da inovação, remontaria a maior subjetividade, de modo que o legislador tratou de objetivá-lo. Antes, dava-o por atendido por autodeclaração nos atos constitutivos e identificação de que há produto, serviço ou processo novos, ou que impliquem novas funcionalidades (artigo 2º, IV, da Lei 10.973/2004, na redação dada pela Lei n. 13.243/2016). A novidade passou a ser presumida no caso de enquadramento no regime especial Inova Simples (artigo 65-A da Lei Complementar n. 123/ 2006, com a redação que lhe dá a Lei Complementar 182/2021, artigo 17).

Na prática, isso implica que uma empresa cujo faturamento esteja enquadrado nos limites do Simples Nacional pode optar por declarar-se inovadora, incluindo a expressão “Inova Simples” e, por essa condição, uma vez registrada, habilitar-se-á aos benefícios do regime específico das *Startups* instituído pela Lei Complementar n. 182/2021.

Os requisitos de novidade contidos no § 1º, do artigo 65-A da Lei Complementar n. 123/2006, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 167/2019, foram revogados pelo artigo 17 da Lei Complementar n. 182/2021. Deste modo, pode-se concluir que a autodeclaração seja critério suficiente para o enquadramento como entidade inovadora.

Em resumo, será uma *Startup* a entidade que tiver faturamento máximo de dezesseis milhões de reais no ano-calendário anterior, não tiver mais de dez anos de inscrição no CNPJ e fizer constar em seus atos constitutivos (ou alterações posteriores desses atos) a indicação de que é empresa inovadora e, se possuir faturamento inferior ao limite do Simples Nacional, pode valer-se da atribuição de empresa inovadora por autodeclaração para inclusão no Inova Simples.

3 QUAIS SÃO OS BENEFÍCIOS PRINCIPAIS TRAZIDOS PELA LEGISLAÇÃO VOLTADA ÀS STARTUPS?

Para um panorama inicial, pode-se classificar os benefícios em diferentes áreas, a saber: (i) societária, com flexibilização de formas societárias, a exemplo da sociedade anônima simplificada e a figura do investidor-anjo; (ii) tributária, com incentivo ao investimento em empresas inovadoras, a exemplo da manutenção de condição de beneficiária do regime do Simples Nacional em caso de investimento-anjo; (iii) regulatória, ilustrada pela previsão de um ambiente regulatório experimental; (iv) nas contratações públicas, com regras que permitem melhor acesso às compras governamentais de produtos e serviços providos por *Startups*; (v) no âmbito da propriedade industrial, com facilitação e priorização dos pedidos de registro; (vi) de investimento indireto, mediante alocação nas *Startups* de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação decorrentes de outorgas ou de delegações firmadas por meio de agências reguladoras.

4 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES

No seu artigo 3º, a Lei Complementar n. 182/2021 enuncia princípios e diretrizes. Dentre eles, estão o incentivo ao empreendedorismo inovador, a segurança jurídica e da liberdade contratual, a centralidade das empresas como agentes do desenvolvimento, o livre mercado, a cooperação entre os setores público e privado, a promoção da competitividade e internacionalização das empresas brasileiras e atração de investimentos estrangeiros.

Sem desconsiderar a importância desses mandamentos, pode-se referir os princípios e diretrizes como enunciados de condensação dos objetivos legislativos. Poderiam estar na justificativa do projeto de lei. Trazidos para o texto legislativo ele próprio, não parecem ter impacto concreto nos temas abordados pela novel legislação. Todavia, como dito no artigo 1º, servem de diretrizes para as políticas públicas que venham a tratar do assunto em todos os âmbitos da federação.

De outro lado, reafirmam posições para o ambiente de mercado que já foram trazidas pela Lei de Liberdade Econômica, a qual veio reforçar a aplicação dos princípios ali enunciados relacionados ao livre mercado, centralidade da empresa, segurança jurídica, dentre outros. Ao menos alguns dos mesmos objetivos estavam textualmente referidos na exposição de motivos da Medida Provisória n. 881/2019, que originou a Lei de Liberdade Econômica.¹ Não por coincidência,

¹ Veja-se, apenas para ilustrar, os seguintes trechos: “Logo, aplicar a regra de interpretação que privilegie a liberdade cria incentivos para que o normatizador passe a ter maior sofisticação na redação de enunciados, aumentando a segurança jurídica e os pressupostos democráticos.” (...) “O Brasil também possui um dos piores ambientes de inovação. Para superar com mais rapidez essa situação, propõe-se retirar qualquer entrave a que um novo produto ou serviço seja testado restritivamente em um grupo privado, ressalvados os casos de segurança nacional e saúde pública. Isso será uma forte mensagem para o mundo de que o Brasil não é mais o país do futuro, mas que ele já chegou, e de que todos são bem-vindos para repensarmos os conceitos tecnológicos vigentes. Além disso, permitirá o rápido florescimento de startups brasileiras, para que o Brasil não fique de fora, como no passado, da próxima revolução industrial. Conforme análises comparativas detalhadas nas Notas Técnicas, o País se encontra atrasado em seu ambiente de inovação. A menos que essa medida seja tomada em caráter de urgência, persiste o risco de não conseguirmos compensar nossa performance num futuro próximo.” BRASIL. Medida Provisória n. 881 de 30 de abril de 2019. Disponível em planalto.gov.br. Acesso em 22 jun. 2021.

alguns dos temas trazidos pela Lei de Liberdade Econômica são reprisados na Lei Complementar 182/2021.

5 INVESTIMENTO EM INOVAÇÃO

Uma das principais questões a ser tratada no campo da inovação é a indução ao financiamento de atividades desse gênero, usualmente deficitárias no período inicial, mas com potencial de altíssimo retorno no médio, e até no curto prazo. É dizer, o legislador, ao formular a política pública de inovação, deve criar estímulos ao investimento em atividades que representam risco a quem nelas aposta, risco financeiro.

O risco deve ser compensado por medidas que deem maior atratividade ao investimento em inovação, que concorre, como é natural, com diversas outras oportunidades de investimento que o mercado hoje oferece. Para que um investidor prefira a bolsa de valores às aplicações de renda fixa é necessário criar um ambiente de transparência, supervisão estatal e confiabilidade. Para partir para investimentos mais arriscados do que o mercado bursátil, com todas as ofertas que ele dispõe, as seguranças “colaterais” devem ser ainda mais incentivadas pelo ambiente regulatório e normativo.

Investir em *Startups* traz riscos de vários matizes, desde o risco de perder a quantia apostada até a responsabilidade pelas dívidas da empresa com seus fornecedores, colaboradores, distribuidores, financiadores externos à sociedade e assim por diante.

Os modelos jurídicos disponíveis para lidar com tais ameaças incluem a caracterização do investimento como uma dívida da empresa para com o investidor, na forma de mútuo ou debêntures, na forma de uma sociedade cuja responsabilidade recai inteiramente sobre o sócio ostensivo (sociedade em conta de participação) ou contratos de opção, em que o investidor não se torna sócio, mas pode fazê-lo quando entender conveniente, mediante o pagamento de uma quantia previamente estabelecida em troca de uma dada participação societária.

Além desses modelos, digamos, “tradicionais”, há a novidade do “investidor-anjo”, criada em 2016 pela Lei Complementar n. 155/2016, regulamentada nesse ponto pela Receita Federal, advinda em julho de 2017 (Instrução Normativa RFB n. 1719, de 19 de julho de 2017). Não é só da mitigação de riscos que depende um bom regime jurídico para *Startups*. É necessário afastar os “desincentivos” ao investimento e criar novos estímulos. Nesse espectro, há de se evitar fazer com que uma empresa que receba um financiamento tenha que deixar o regime simplificado de tributação quando ainda é nascente e com pouco ou nenhum faturamento. Ela deve poder continuar a usufruir do regime mais favorecido. Foi por essa linha que se estabeleceu pela Lei Complementar n. 155/2016 a figura do investidor-anjo.

Um estímulo bastante relevante, cuja operacionalização haverá de ser avaliada com as regulamentações pertinentes, permite canalizar para *Startups* os recursos destinados a investimentos obrigatórios em pesquisa, desenvolvimento e inovação, decorrentes de outorgas e delegações pelas agências

reguladoras (vide Lei n. 9.991/2000)².

Segundo a estipulação legal (artigo 9º), tais investimentos, de obrigação de empresas privadas, podem ser destinados a fundos de investimento, fundos patrimoniais (*endowment*) e em programas, editais e concursos destinados a *Startups*. Nessa circunstância, o aporte obrigatório de empresa privada deverá chegar, por via de um desses mecanismos, a uma empresa enquadrada como *Startup*.

4 INSTRUMENTOS DE INVESTIMENTO

No capítulo dedicado às formas jurídicas de regramento do investimento em *Startups*, a Lei Complementar 182/2021 cataloga formas já existentes e praticadas no ordenamento brasileiro.

São elas: (i) as formas de dívida (debêntures e mútuo, ambos conversíveis em participação societária); (ii) formas de opções (de subscrição ou de compra de participação societária); (iii) forma de sociedade em conta de participação; e (iv) forma de investimento-anjo. A lista não é exaustiva, porém contempla todos os instrumentos usuais conhecidos na prática atual.

O artigo 8º da Lei Complementar 182/2021 apontou as duas consequências pretendidas para todas essas categorias: não ser enquadrado como sócio, e portanto, não ter responsabilidade subsidiária ou solidária por dívidas da empresa, nem ter poderes de administração, gerência ou voto.

Curiosamente, uma interpretação literal dessa disposição poderia ser vista como limitadora dos direitos de fiscalização que podem ser atribuídos a debenturistas, mutuantes, sócios participantes (em sociedades em conta de participação) e titulares de opções. Todavia, um modesto “conforme pactuação contratual” permitirá interpretações mais alargadas, desfazendo essa impressão de limitação. Caberá ao instrumento contratual discriminar quais são os poderes de fiscalização do investidor.

Quanto à responsabilidade por dívidas da empresa, a exemplo da recente alteração na Lei de Falências (artigo 60, parágrafo único da Lei 14.112/2020), o legislador entendeu que era necessário ser muito explícito sobre o tema, afastando textualmente a responsabilidade solidária tributária do investidor, bem como a desconsideração da personalidade jurídica no cível e na justiça do trabalho, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação com envolvimento do investidor (parágrafo único do artigo 8º da Lei Complementar 182/2021).

Passamos a descrever muito brevemente cada um dos instrumentos.

Entretanto, vale antes comentar que o investidor obviamente poderá ingressar como sócio, seja a sociedade limitada ou anônima. Todavia, isso atrai maiores responsabilidades pessoais, inclusive em caráter solidário ou subsidiário em relação a dívidas da empresa, em certas hipóteses legais, que constituem assim

2 “Art. 1º As concessionárias e permissionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, setenta e cinco centésimos por cento de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico e, no mínimo, vinte e cinco centésimos por cento em programas de eficiência energética no uso final (...)”

exceções às normas basilares do direito societário: separação patrimonial e limitação de responsabilidade. Além disso, possuindo outros negócios, sua participação provavelmente excluirá a empresa do regime do Simples Nacional.

Essa hipótese não é tratada pela Lei Complementar 182/2021, porque seu tratamento é o dispensado pela legislação societária e pela legislação que trata da desconsideração da personalidade jurídica, da responsabilidade subsidiária e da solidária.

O primeiro instrumento referido pela Lei Complementar 182/2021 é o contrato de opção de subscrição (artigo 5º, § 1º, inciso I). Neste caso, a opção caracteriza o direito de aportar capital à sociedade mediante a emissão de novas ações ou quotas, as quais passarão a ser subscritas e integralizadas pelo investidor, que passará, portanto à condição de acionista (sociedade anônima) ou quotista (sociedade limitada). Na subscrição, o pagamento é *cash-in* e revertido em patrimônio da sociedade. O contrato estipulará, em regra, a compra do direito de opção, num primeiro momento, com previsão de que no futuro o investidor poderá optar por subscrever e integralizar capital da sociedade, tornando-se sócio.

De forma muito similar, poderá o contrato de opção envolver a aquisição de participação societária. Trata-se de um pagamento *cash-out*, ou seja, para os sócios e não para o caixa da sociedade. A opção confere ao investidor o direito de exigir a transferência para si das quotas ou ações da sociedade pelos sócios, mediante o pagamento de um preço, normalmente preestabelecido por métricas de avaliação de sociedades (múltiplos de EBITDA, por exemplo).

O contrato deve estipular o preço, o número de ações ou quotas a serem transferidas, as condições de exercício, as formalidades exigidas (notificação escrita, por exemplo), além de outras disposições usuais (a exemplo de confidencialidade, arbitragem ou foro). Os contratos de opção podem conferir direitos limitados de acompanhamento dos negócios da sociedade, além de vedar certos atos, como a dissolução, a incorporação ou a cisão.

No contrato de mútuo conversível em participação societária, o investidor figura como mutuante, disponibilizando recursos financeiros à sociedade, a serem restituídos em data predeterminada, normalmente bastante distante (cinco anos, por exemplo), em uma ou mais parcelas, corrigido monetariamente, com ou sem juros.

Não raramente o contrato de mútuo conversível contém disposições adicionais, limitando as ações dos sócios e da sociedade e criando mecanismos de acompanhamento dos negócios pelo mutuante.³ Pode haver também uma minuta de acordo de acionistas que será exigível quando houver a conversão, ou ao menos a previsão das cláusulas mínimas de interesse do investidor, aplicáveis nesse momento.⁴ Vale consignar que no contrato de mútuo há incidência de imposto sobre operações financeiras.

A jurisprudência conhece situações de discussão acerca da condição de sócio de quem aporta na condição de mutuante, em paralelo ou em simultâneo com uma opção de conversão do aporte em participação societária (ações ou quotas). Verificou-se em pesquisa a essa jurisprudência que o exercício da opção de

3 TAKADA, Thalles Alexandre. Startups: Contrato de Mútuo Conversível em Quotas Sociais. Revista de Direito Empresarial, v. 19, pp. 151-159, out. 2016.

4 MORETTI, Eduardo; GODOY, Leandro. Contrato de mútuo conversível aplicado ao investimento em startups. Revista dos Tribunais | vol. 1020/2020 | p. 101 - 115 | Out / 2020.

conversão é entendido como ato que requer alguma formalidade (manifestação escrita, inequívoca), e, sem ele, subsiste a relação de crédito instituída pelo mútuo, devendo os valores serem restituídos quando exigidos, observadas as condições contratuais, sob pena de enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil), não sendo possível impor ao credor o recebimento de ações ou quotas em troca do crédito se ele não exerceu a opção (artigo 313 do Código Civil).⁵

Pode haver a previsão de remissão da dívida sob certas condições ligadas ao insucesso do negócio, porém deve-se atentar que a remissão pode gerar repercussão tributária em desfavor da mutuária, pelo reconhecimento do valor perdoado como receita.

De forma similar, também como dívida, pode a empresa captar recursos mediante a emissão de debêntures, desde que seja constituída na forma de sociedade por ações. Essa é uma das razões para se facilitar o emprego dessa forma societária para *Startups*, o que adiante será comentado em maior detalhe. Em princípio, a função das debêntures é obter recursos no mercado, prometendo remuneração do capital por meio de juros, com garantia flutuante sobre o patrimônio da companhia e/ou outras garantias estipuladas na escritura (Lei 6.404/76, artigos 52 a 74).

As debêntures podem ser convertidas em ações, conforme artigo 57 da Lei 6.404/76. Neste caso, a escritura deve prever essa possibilidade, especificando as bases da conversão, ou seja, a quantas ações corresponderá o crédito representado pelas debêntures, caso convertido, o prazo e as condições para exercício do direito à conversão (que constitui uma opção do credor).

Finalmente, encontra-se listada a sociedade em conta de participação, tipo societário de natureza contratual, normalmente sem registro na Junta Comercial (embora com registro no CNPJ)⁶, também utilizado com alguma frequência para regular relação de investimento em *Startup*.

Nesse modelo societário, previsto nos artigos 991 a 996 do Código Civil, toda a responsabilidade recai sobre aquele que exerce a empresa de modo ostensivo perante o mercado (o sócio ostensivo), enquanto o investidor tem uma posição oculta, sem intervenção direta e atuação no negócio (o sócio participante).

Deve-se observar que a sociedade em conta de participação é também uma sociedade, para todos os efeitos, regida pelas normas das sociedades simples (artigo 996 do Código Civil), isto é, suas quotas conferem direitos ao sócio participante, a exemplo do direito de fiscalização, de convocar reuniões de sócios e do direito de retirada. Há possibilidade também de desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio do sócio participante,⁷ o que, no caso de *Startups*, restou afastado pelo artigo 8º da Lei Complementar n. 182/2021.

A Receita Federal tem o entendimento de que, por ser uma sociedade equiparada a pessoa jurídica, as microempresas ou empresas de pequeno porte que tenham contratado sociedade em conta de

5 Nesse sentido, TJSP. Apelação Cível nº 1037842-64.2018.8.26.0002, relatora Desembargadora Daniela Menegatti Milano, 19 de fevereiro de 2021; TJSP. Apelação Cível nº 1074847-88.2016.8.26.0100, relator Desembargador Ricardo Negrão, 2 de fevereiro de 2021; TJSP. Apelação Cível nº 1099097-88.2016.8.26.0100, Relator Desembargador Sérgio Shimura, 27 de outubro de 2020.

6 RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa n. 1.470/2014.

7 COELHO, Giuliano Tozzi; CAMARGO, Henrique Cabral; RIGÃO, Romulo de Oliveira. Contrato de Investimento em Startup pela Ótica da Teoria da Agência: Análise de Cláusulas e a Relação com os Conflitos de Agência. Revista dos Tribunais, v. 976, pp. 221–239, fev. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108870>>. Acesso em: 1 set. 2018.

participação devem ser excluídas do Simples Nacional.⁸

Ao investidor-anjo dedica-se o tópico seguinte, posto que essa figura, criada pela Lei Complementar 155/2016, foi objeto de alterações pontuais pela Lei Complementar 182/2021.

5 ALTERAÇÕES NO REGIME JURÍDICO DO INVESTIMENTO-ANJO

Com motivação próxima à da Lei Complementar n. 182/2021, a Lei Complementar n. 155/2016 procurou fomentar os investimentos de risco em empresas emergentes por meio de uma nova figura jurídica, o “investidor-anjo”, valendo-se de nomenclatura já consagrada no ambiente de mercado.

A estrutura jurídica encontrada evitou o enquadramento societário, - o investidor-anjo não é sócio da empresa investida -, andando com cuidado nas fronteiras dos enquadramentos contábeis e tributários decorrentes. É um aporte como o de um sócio, porém por quem não é sócio. Poderia ser um empréstimo, mas não é. É remunerado pelos resultados distribuídos, todavia, não sendo sócio, não são dividendos e, portanto, são tributáveis. O aporte é um ativo, pode inclusive ser cedido a terceiros. Depois de dois anos, poderá receber “haveres”, mesmo não sendo sócio.

As dificuldades técnicas com a terminologia aplicável, contudo, não foram o grande entrave para maior difusão da nova figura jurídica. Pesou a mão do Ministério da Economia (na época Ministério da Fazenda), quando, ao regulamentar, enquadrando os aportes como rendimentos financeiros ordinários, frustrando expectativas do mercado.⁹

A regulamentação da época sofreu críticas, inclusive por exceder à competência outorgada pelo legislador, que abriu à regulamentação “sobre a retirada do capital investido” (artigo 61-A, § 10), sem incluir nessa delegação de competência a regulamentação sobre a “remuneração” dos aportes, diferente contrapartida prevista no artigo 61-A. A reação inclusive gerou um Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo, de número 719 de 2017. Na justificativa do projeto, o Deputado Otávio Leite assim expôs:

8 “Para fins tributários, a Sociedade em Conta de Participação - SCP equipara-se a pessoa jurídica. Sendo assim, as microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam sócias de SCP não poderão beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, o que implica a exclusão do Simples Nacional.” RECEITA FEDERAL. Solução de consulta DISIT/SRRF10 Nº 10024, de 22 de junho de 2015. Publicado(a) no DOU de 03/07/2015, seção 1, página 40. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAtto=65795>. Acesso em 20 jun. 2021.

9 “No entanto, a expectativa do mercado de startups era de que os incentivos fossem mais expressivos (especialmente por meio de alíquotas menores e isenção dos rendimentos periódicos distribuídos, tal como ocorre no pagamento de dividendos), de forma a estimular o ingresso do brasileiro num campo ao qual ainda não está completamente familiarizado.” WANDERLEY, Thiago Barbosa. A Tributação dos Ganhos do Investidor-Anjo nas Startups (Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Revista de Direito Tributário Contemporâneo, v. 8, p. 57-64, set.-out. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114089>. Acesso em: 20 jun. 2021.

A matriz tributária contida na Instrução Normativa coloca uma pá de cal inviabilizando a utilização desse novo instrumento jurídico, pois equipara o “Investidor-Anjo” ao investidor em renda fixa, impondo-lhe uma pesada e incompatível tributação.¹⁰

Vale dizer que a iniciativa legislativa inicial tratava com o benefício societário o investidor-anjo, de modo que a remuneração do investidor-anjo seria tratada como dividendos, isentos de tributos.¹¹ Por outro lado, afastava a sua responsabilidade por dívidas da sociedade. Foi nas aprovações finais que o Ministério da Fazenda tratou de limitar (retirar) o benefício, com o argumento de que o tratamento societário implicaria renúncia de receita, exigindo o rigor das leis orçamentárias, com exposição da forma de recomposição da receita estatal. Postura similar àquela que levou ao veto do artigo 7º da Lei Complementar 182/2021.¹²

Dentre as críticas à própria Lei Complementar 155/2016, pode-se também indicar a fixação do prazo de vigência máximo do contrato e a impossibilidade de o investidor-anjo colaborar mais ativamente na gestão da sociedade, bem como a obrigatoriedade de direitos de preferência e *tag along* em favor do investidor-anjo.¹³

No artigo 17 da Lei Complementar 182/2021, estão as alterações do artigo 61-A da Lei Complementar 123/2006. A primeira mudança relevante é incluir os fundos de investimento dentre as entidades que podem se enquadrar como investidores-anjo (artigo 6º da Lei Complementar 182/2021, e artigos 61-A, § 2º e 61-D da Lei Complementar 123/2006, com a redação dada pela nova legislação). De fato, há “aceleradoras” de *Startups* e outras entidades constituídas na forma de fundos de investimento que veem utilidade no uso desse regime do investimento-anjo. Esse “ajuste” na redação do artigo 61-A apenas esclarece o que, em tese, já era admitido, dado que a redação anterior não excluiria os fundos de investimento, ao permitir o investimento por “pessoa física ou jurídica”.

Outra melhoria redacional consta do § 4º do artigo 61-A, que prescreve os direitos políticos e econômicos do investidor-anjo. Segundo a nova redação, o investidor poderá ter um papel consultivo nas deliberações da sociedade, se o contrato assim previr. Nessa hipótese, não possui direito de voto, mas participa. Além disso, em avanço importante, conferiu direitos de fiscalização de contas e livros, em extensão muito próxima aos direitos que teria se fosse sócio.

O prazo de remuneração dos aportes foi estendido para sete anos, alterando-se o inciso III

10 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Decreto Legislativo n. 719/2017. Deputado Federal: Otávio Leite (PSDB-RJ). Brasília, 1 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2146094>>. Acesso em 20 jun. 2021.

11 O projeto inicial inclusive continha um artigo expresso sobre o assunto: “Art. 5º Fica instituído a isenção de imposto de renda incidente sobre o lucro de capital do investidor anjo, mercê de aplicações na micro e pequena empresa, na forma desta lei.” CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 246/2016. Deputado Federal: Otávio Leite (PSDB-RJ). Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079334>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

12 O artigo 7º pretendeu permitir aos investidores pessoas físicas terem o benefício de compensarem as perdas com investimentos em *Startups* com os ganhos de capital decorrentes de outros investimentos em *Startups*. Com o veto, se o investidor perde, seu prejuízo é desconsiderado e todo o ganho é tributado. Isso redundava em incentivo à maior concentração dos investidores em veículos institucionais (fundos, por exemplo), limitando o acesso a esses investimentos pelo pequeno investidor.

13 DIB, Adriano Abrão. Venture Capital após a Instrução Normativa CVM 578/2016 e Alterações na Lei Do Simples Nacional: Desafios Ainda Existentes. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, v. 4, abr.-jun. 2017; ARAÚJO, Adriana Pereira Damasceno de. Análise da regulação do investimento-anjo no Brasil. Monografia de conclusão de curso. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

do § 4º do artigo 61-A. Essa mudança, todavia, torna-se mais relevante com a inserção no inciso II do § 6º do artigo 61-A, segundo a qual foi expressamente prevista a possibilidade de conversão do aporte em participação societária. Somada essa alteração com a abertura explícita aos fundos de investimento, passa-se a estar em maior sintonia com as práticas dos fundos e facilitando o uso da figura do investidor-anjo por tais entidades.

Finalmente, a Lei Complementar 182/2021 altera a remuneração pelo aporte durante o contrato. Segundo a regra anterior, a remuneração acompanha os resultados distribuídos, limitada a 50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade. Com a mudança, ficou esse tema relegado às estipulações contratuais. Pela redação, se faltar no contrato essa estipulação, não haverá remuneração periódica, apenas o direito de resgate (ou conversão do aporte em participação).

Houve um outro pequeno ajuste na redação do § 7º do artigo 61-A, para consignar que a correção do aporte para fins de resgate será corrigida pelo índice previsto no contrato. Logo, se a correção não estiver prevista no contrato, não será exigível pelo investidor-anjo.

6 PRIORIDADE DE REGISTRO

Uma das ferramentas jurídicas mais necessárias de fomento à inovação é um forte sistema de proteção de propriedade industrial, a conferir maior valor aos ativos intangíveis da empresa.

Segundo a Lei Complementar 182/2021, modifica-se a redação do artigo 65-A da Lei Complementar 123/2006, para que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) deva priorizar os pedidos das empresas inscritas no Inova Simples. Vale relembrar que nem todas as *Startups* da Lei Complementar 182/2021 podem estar no Inova Simples, limitada ao faturamento do regime simplificado de tributação. Faturando mais de R\$ 4,8 milhões e menos de R\$ 16 milhões, poderá ser *Startup*, mas sem enquadramento no Inova Simples. A consequência é que a prioridade de tramitação no INPI não se aplica a todas as *Startups*.

7 SOCIEDADE ANÔNIMA SIMPLIFICADA

Em 2012, por sugestão técnica de Walfrido Jorge Warde Jr. e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, o Deputado Laércio Oliveira (PR/SE) apresentou o Projeto de Lei n. 4.303, para criar a sociedade anônima simplificada (SAS), na esteira da experiência de outros países, a exemplo da Lei 1.258 de 2008 da Colômbia e da Lei 27.349 de 2017 da Argentina.¹⁴

Segundo o projeto em questão, adotar-se-ia um regime específico para sociedades que quisessem

14 COLOMBIA. Ley 1258 de 2008 (Diciembre 05), por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34130>. Acesso em 19/06/2021. ARGENTINA. Ley 27349/2017. Apoyo al capital emprendedor. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27349-273567/texto>. Acesso em 19/06/2021.

adotar a forma de sociedades por ações, facilitando a adesão a um regramento considerado mais robusto, fomentador da boa governança e com mecanismos societários mais avançados do que a sociedade limitada, porém evitando as imposições que refletem em maiores custos e rigidez daquele tipo societário.¹⁵

Nesse regime, para além de reduzir os custos com publicações obrigatórias, permitir votações a distância e admitir sociedade unipessoal por ações, haveria direitos típicos das chamadas “sociedades de pessoas”, - aquelas em que o vínculo pessoal entre os sócios exerce fator preponderante na constituição da sociedade -, destacando-se o direito de retirada e o direito de promover a exclusão de sócio.

A iniciativa de tal Projeto de Lei encontra-se em sintonia com as necessidades do mercado de investimento às *Startups*, pois se sabe que o modelo de sociedade por ações é o preferido para investimentos, seja em razão da mais clara separação patrimonial entre acionista e sociedade, seja pelas regras de governança impostas pela própria Lei 6.404/76, ou, ainda, pela possibilidade de emissão de diferentes títulos mobiliários (ações de diferentes classes, partes beneficiárias, bônus de subscrição, debêntures).

Por essa razão, não espanta que ao reunir diferentes proposições para favorecer o empreendedorismo, a Lei Complementar 182/2021 tenha incorporado a noção de sociedade anônima simplificada.

Contudo, diferentemente do projeto de lei de 2012, a Lei Complementar 182/2021 não instituiu um “regime” próprio de sociedade anônima simplificada, nem a distinguiu como um novo tipo societário. De um lado, preferiu-se uma via mais pragmática de permitir a flexibilização de certas regras e assim alcançar o escopo de simplificação. De outro, foi-se mais além, trazendo possibilidades de inclusão facilitada no mercado de capitais.

Quanto ao primeiro ponto, a Lei Complementar 182/2021 altera dois artigos da Lei 6.404/76, o artigo 143, para permitir que a diretoria tenha apenas um membro, e o artigo 294, que alarga o número de potenciais beneficiários do regime simplificado de sociedade anônima.

Antes da vigência da Lei Complementar 182/2021, a diretoria de uma companhia somente poderia ser composta por pelo menos dois diretores. Isso implicava muitas vezes um ônus para uma empresa nascente, que já precisava ter duas pessoas com remuneração a título de pró-labore, além de introduzir maior burocracia na operação da empresa.

Agora, com a mudança, que não se limita às *Startups*, porque neste aspecto a alteração legislativa não fez distinção, poderá haver sociedade por ações com apenas um diretor. Havendo conselho de administração, será por este eleito. Se inexistir, a assembleia-geral o elege. Na constituição por subscrição particular, deve constar da assembleia-geral a indicação de quem seja o diretor eleito e a remuneração global do exercício (Instrução Normativa n. 81/2020 – DREI, Anexo V).

A mudança no artigo 294 da Lei 6.404/76 igualmente se aplica a todas as empresas que se enquadrarem nesses parâmetros, mesmo que não sejam *Startups*. Desde a sua edição, a Lei 6.404/76

15 CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4303/2012. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029>. Acesso em 19/06/2021. A respeito da visão de que os custos de publicações afastavam os empreendedores da sociedade anônima, vide: FINKELSTEIN, Maria; ZIRPOLI, Rodrigo. Startups: formatos societários. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 90/2020 | p. 61 - 90 | Out - Dez / 2020.

previu regras mais flexíveis para convocações e publicações para companhias de menor porte, definidas, inicialmente como aquelas com menos de 20 acionistas e patrimônio líquido inferior a 20 mil obrigações reajustáveis do tesouro nacional. A referência ao patrimônio líquido foi suprimida em 1997 (Lei 9.457) e reinserida em 2001, com parâmetro de um milhão de reais (Lei 10.194). Em 2019 atualizou-se o valor para dez milhões de reais de patrimônio líquido, sendo esta a regra em vigor antes da Lei Complementar 182/2021.

Agora, com a mudança de 2021, o benefício alcança sociedades com qualquer número de acionistas, com receita bruta inferior a setenta e oito milhões de reais. O limiar equivale ao imposto para transição do regime de apuração de tributos federais pelo lucro presumido para o regime do lucro real, também fixado em setenta e oito milhões de reais. Contudo, não seria correto afirmar que as empresas do lucro real não poderiam optar pelo regime simplificado do artigo 294. Não é o regime de tributação que determina a concessão dessa opção, mas o porte da companhia definido pela Lei 6.404/76.

A eliminação do critério do número de acionistas é inédita na história das alterações legislativas do artigo 294. Ela é condizente com o novo cenário do investimento em empresas inovadoras, que já conhece, por exemplo, o *crowdfunding*,¹⁶ mostrando que por vezes a pulverização do investimento pode ser uma interessante alternativa de capitalização de companhias. Nesse contexto, restringir o benefício por conta do número de acionistas parece obsoleto, pelo que foi positiva a alteração legislativa.

Em relação ao limite quantitativo, mudou-se de critério. Antes era o patrimônio líquido, agora a receita bruta anual. Assim, pode ser que companhias enquadradas até então dentre as beneficiárias do regime simplificado possam ter perdido essa condição, nada obstante a iniciativa do legislador visar ampliar o número de beneficiárias. Isto porque não é impossível que uma companhia que fature mais de setenta e oito milhões de reais tenha patrimônio líquido inferior a dez milhões de reais. Empresas inovadoras, com forte consumo de capital inicial antes da geração de receitas, tendem a acumular prejuízos contábeis sucessivos, motivo pelo qual o patrimônio líquido não guarda a mesma correlação com o faturamento do que numa companhia mais madura.

Seja como for, o regime será acessível, portanto, para as companhias que tenham faturamento inferior a setenta e oito milhões de reais, qualquer que seja o seu número de acionistas e independentemente do patrimônio líquido.

Segundo esse novo regramento, permite-se que todas as publicações sejam feitas de forma eletrônica, deixando de fazer as publicações em jornais oficiais e de grande circulação, as quais eram vistas como importantes custos para sociedades nascentes e já haviam, inclusive sido objeto de medida provisória que pretendia eliminar essa exigência (Medida Provisória 892/2019), a qual, porém, não foi aprovada pelo Congresso Nacional e teve seu prazo de vigência encerrado.

Noutra inovação, permitiu a substituição dos livros societários (livros de ações e registro de transferência de ações, por exemplo) em formato físico por registros em formato eletrônico.

Ambas as modificações (publicações e livros em formato digital) poderiam, porém, ser

16 V. LUPI, André Lipp Pinto Basto; SÉLLOS KNOERR, Viviane Côelho de; OLIVEIRA, Juliano Siqueira de. Anotações acerca do sistema financeiro brasileiro, mercado de capitais e a regulamentação do invested-based crowdfunding no Brasil. Administração de empresas em revista, v 4, n. 18, 2019.

aplicáveis a todas as companhias. Não há grande razão a justificar a manutenção de livros físicos em grandes companhias, nem de se exigir as publicações em jornal. Por ora, porém, as mudanças valem apenas para as companhias que atendam ao requisito de faturamento para enquadramento nesse regime simplificado.

Com histórico similar de haver prévia medida provisória sobre o assunto, neste caso a de n. 881/2019, convertida na Lei de Liberdade Econômica, buscou-se flexibilizar o acesso ao mercado de capitais por companhias de menor porte.

Na prática, companhias com faturamento abaixo de meio bilhão de reais são ainda minoria nas ofertas públicas iniciais de ações (IPO – *Initial Public Offering*), embora o número esteja crescendo¹⁷. Por outro lado, cresce a busca por novos ativos por parte dos investidores, cujo número também aumentou exponencialmente na última década. Esse contexto favorece a adoção de regras que permitam o acesso de companhias de menor porte no mercado de capitais. Daí a que *Startups* possam valer-se dessa regra, vê-se, contudo, grande distância.

A inserção dessa flexibilização, a ser regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários, haverá de beneficiar companhias com faturamento anual inferior a quinhentos milhões de reais (artigo 294-B), as quais pelos critérios do artigo 4º da Lei Complementar 182/2021 não são mais enquadradas como *Startups* (R\$ 16 milhões), nem mesmo estão entre as beneficiárias do regime simplificado de sociedade por ações (R\$ 78 milhões). O § 1º do artigo 294-B confere amplos poderes à Comissão de Valores Mobiliários, de cuja ação regulamentadora depende a eficácia plena dessas disposições. Cabe à Comissão regulamentar flexibilizações atinentes ao registro de emissor, às distribuições públicas e a prestação de informações periódicas e eventuais.

O legislador sinaliza uma redução de rigor nessas regras, visando facilitar o acesso ao mercado de capitais em termos de custos, sobretudo, para operacionalização do cumprimento de tais regras pelas companhias de menor porte. Todavia, a efetiva flexibilização foi relegada, repita-se, ao poder da Comissão de Valores Mobiliários. É tão aparente a deferência à Comissão, que ela poderá “disciplinar o tratamento às companhias abertas que se caracterizem como de menor porte” (artigo 294-B, § 2º, inciso II), ou seja, a rigor, o legislador aponta a direção, mas remete à regulamentação especializada a concretização de um regime mais simplificado para companhias menores no mercado de capitais. Não há motivo para visões decepcionadas neste tocante; a Comissão goza de elevadíssima reputação e haverá de implementar essas medidas, para o que certamente abrirá consulta pública sobre o tema (Portaria n. 190/2019).

17 LEWGOY, Julia. Empresas chegam à bolsa mais jovens, com faturamento menor e mais capital de risco. Valor Investe. 26/05/2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2021/05/26/empresas-chegam-a-bolsa-mais-jovens-com-faturamento-menor-e-mais-capital-de-risco.ghtml> Acesso em 19/06/2021.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E O PRINCÍPIO DA SOLUÇÃO DE MERCADO

Pedro Cascaes Neto¹

RESUMO

Trata o presente artigo da análise do “princípio da solução de mercado”, aplicado à recuperação judicial de empresas. Percorrer-se-á os demais princípios que norteiam a matéria do direito empresarial recuperatório, com especial ênfase ao “princípio da preservação/conservação da empresa”. Nesta análise da solução de mercado, far-se-á a verificação de sua incidência na fase “pré” recuperação judicial, e na fase “pós” instauração do processo judicial recuperatório. Ademais, ao longo da abordagem examinar-se-á a abrangência das decisões assembleares acerca da aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação, no que se refere a verificação da viabilidade ou inviabilidade da empresa em crise, bem como do instituto do *cram down*, emprestado pelo direito brasileiro do ordenamento estadunidense.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Lei 11.101/05. Plano de recuperação judicial. Princípio da solução de mercado. Princípio da preservação da empresa. *Cram down*.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the “market solution principle”, applied to judicial reorganization of companies. It will focus on the other principles that guide the subject of recovery business law, with special emphasis on the “principle of preservation / conservation of the company”. In this analysis of the market solution, it will be verified its incidence in the “pre” judicial recovery phase, and in the “post” phase of the judicial recovery process. In addition, throughout the approach, the scope of the joint decisions regarding the approval, rejection or modification of the recovery plan will be examined, as regards verification of the viability or unfeasibility of the company in crisis, as well as of the *cram down* institute, borrowed by Brazilian law from the United States.

Key words: Judicial Recovery. Law 11,101 / 05. Judicial recovery plan. Principle of the market solution. Principle of company preservation. *Cram down*.

¹ Advogado, professor e administrador judicial. Doutorando em direito civil pela UBA; Especializado em recuperações judiciais pelo INSPER/SP; Professor de direito empresarial e direito de insolvência em nível de pós-graduação; Vice-Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados de Santa Catarina; Membro da Comissão Especial de Direito Empresarial do Conselho Federal da OAB.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.101/05 inaugurou para o sistema legal brasileiro o instituto da “Recuperação Judicial de Empresas”, como sendo uma substituição à antiga “Concordata”, prevista no revogado Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

Esse novo modelo de recuperação de empresas, transferiu parte significativa do papel jurisdicional ao mercado diretamente, ao não mais deixar em mãos exclusivas do magistrado a decisão sobre a concessão da concordata, mas passando à “solução pelo mercado”, da aprovação, modificação ou recusa, do plano de recuperação judicial apresentado pelo empresário / sociedade empresária em crise. Ou seja, concede ao devedor a oportunidade de mostrar ao maior interessado na continuidade dos negócios daquele que ora encontra-se em dificuldades, mas que no passado era comprador, adquirente de produtos e serviços de seus fornecedores, empregador de famílias, contribuinte ao fisco, fornecedor aos seus clientes, enfim, era peça importante no motor econômico social, um plano para soerguer a empresa, e manter-se no mercado atuando positivamente.

Maneira esta eleita pelo legislador, a fim de que, fiscalizado pelo Estado-Juiz, o devedor e o próprio mercado possam encontrar a melhor saída para a crise econômica, financeira ou patrimonial que passa a empresa.

A concessão da recuperação judicial permite a prática de uma série de atos, os quais tem por objetivo primordial a superação das crises, reestruturando e mantendo a empresa em funcionamento. A superação da crise deve permitir que a atividade continue, de modo a não prejudicar os interesses que circundam a empresa.¹

É nesse contexto, ou seja, na análise de que a Recuperação Judicial só se dá por meio da ativa participação do mercado, com as assembleias de credores e o poder decisório destas acerca da viabilidade econômica da devedora, que o princípio da “solução de mercado” se manifesta.

Não obstante ao mencionado princípio estar presente na forma da ativa manifestação assemblear dos credores, esta dinâmica principiológica encontra-se na multiplicidade de soluções alheias ao texto rígido da Lei, e disponível no infinito leque de possibilidades que a criatividade da mente empreendedora possui, como por exemplo, modos diferenciados de aquisição, fusão, incorporação, financiamentos, enfim, toda uma coletânea de variáveis que podem ser desenvolvidas pelo agentes de mercado e, no curso da Recuperação Judicial, com a fiscalização do Estado, através do Magistrado, do membro do Ministério Público, e pelo Administrador Judicial.

Na realidade, a Recuperação Judicial é uma amalgama entre a atuação estatal e o crivo do mercado por seus agentes particulares, objetivando em comum a preservação da empresa, por sua função social, e pela vantagem aos próprios credores na permanência em atividade do devedor, todavia, numa realidade de possibilidade de atuação produtiva, posta a existência das amarras oriundas e próprias que aquele que está crise possui.

Fernando Pompeu Luccas, colaborando com a obra do eminente Professor Daniel Carnio Costa,

1 TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017. Pg. 45.

leciona que “Para uma economia tão dependente da atividade empresarial, mostra-se de suma importância a tutela do Estado, como forma de proteger todo o sistema, posto que, como já dito, dele dependem diretamente a geração e sustentabilidade dos empregos, a circulação de renda, a arrecadação de impostos e o próprio crescimento do país. Podemos definir todos esses fatores como a essência do que denominamos *função social da empresa*.”²

É de bom alvitre destacar que a atuação estatal no âmbito da recuperação judicial deve dar-se de modo a permitir a atuação de mercado, ou seja, é uma atuação de controle de legalidade, fiscalizatória, e não diretamente decisória, intervencionista – no estrito conceito de atuação estatal discricionária. São os agentes de mercado as verdadeiras personagens e aquelas que detém a discricionariedade na verificação de viabilidade ou não dos negócios do falido.

Diante desse prisma, resta evidente que um sistema meramente liquidatório, ou demasiadamente engessado e pouco efetivo (como a antiga concordata), traz consequências desastrosas para a sociedade, sendo necessárias reflexões e modificações.³

Este artigo objetiva analisar e discutir, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema, acerca do princípio da atuação de mercado no âmbito da crise empresarial, mais especialmente focada na atuação das forças e dos agentes de mercado na Recuperação Judicial.

2 A EMPRESA COMO ATIVIDADE E OS PRINCÍPIOS DA CONSERVAÇÃO (PRESERVAÇÃO) E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA– O REAL OBJETIVO DA LEI 11.101/05

Um aspecto fundamental que merece ser defendido ao longo desta obra é o *princípio preservação da empresa* por sobre todo e qualquer outro desiderato, em face do relevante papel social que lhe cabe. Neste especial sentido, vale repassar alguns conceitos e princípios tidos como primordiais à relevância e à sobrevivência da pessoa jurídica empresária, como um dos esteios fundamentais que alicerçam o âmbito social em sentido lato.

É fundamental desmistificar, desde já, uma crença popular solidamente assentada através da história: o **lucro** nunca foi (e nem poderia ser) o objetivo basilar da organização empresária, não obstante ele componha função essencial, necessária a recompensar aquele aceita correr o risco pela atividade produtiva, ou seja, o empreendedor que põe a disposição da coletividade seu capital, na consecução de produção e circulação de bens e serviços. Antes e acima deste entendimento (exageradamente usual), a empresa nasce, cresce, se solidifica e expande com esboço em sua *função social*.

Neste sentido e a fim de conquistar um desenvolvimento harmônico de toda e qualquer sociedade, fazer-se-há necessário que “*todas e cada uma de suas instituições cumpram sua função específica*”⁴. No caso pontual das empresas (verdadeiro *motor do progresso econômico e social*), estas atendem às seguintes

2 COSTA, Daniel Carnio. Comentários à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba : Juruá, 2015. Pg. 19.

3 *Idem, ibidem*.

4 ORTIZ, Raúl (Comp.). *Administración: de la teoría a la acción/casos prácticos*. Bahía Blanca (AR): EDIUNS, 2004, p.57.

funções primordiais⁵:

- Produzir com eficiência e qualidade bens e serviços para benefício do todo social.
- Impulsionar o desenvolvimento sustentado do seu corpo laboral.
- Promover investimentos com o intuito de crescimento e distribuição de riquezas.
- Assegurar sua sobrevivência no tempo, para tanto adequando-se às mudanças impostas por seu entorno, micro e macro.

A tais desafios – segue o autor em referência – somam-se, ainda, como ente inserido no seio social, “*responsabilidades e funções subsidiárias que transcendem o plano econômico e que consistem em colaborar na solução de problemas sociais*”, principalmente no tocante aos aspectos relacionados com a saúde, a educação e a preservação do meio-ambiente⁶. Noutros termos, a *função social* da organização empresária vai além do seu tradicional e histórico escopo de gerar lucro comercial em benefício restrito ao grupo de acionistas.

Interessa também dar a função social da empresa, uma dimensão constitucional, considerando que a própria Carta Magna dispõe como **fundamentos da República**, em seu artigo 1º, inciso IV, “**os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”⁷, isto é, alça ao nível máximo da pirâmide hierárquica normativa brasileira, a livre iniciativa, como base para toda a seguinte legislação infraconstitucional, e a própria interpretação dos demais regramentos constitucionais.

Concomitante ao disposto no artigo 1º, da Constituição Federal, pode-se trazer luz aos artigo 3º, inciso II, que dispõe sobre os objetivos fundamentais da República, “**garantir o desenvolvimento nacional**”⁸, e segue com o festejado artigo 5º, da Carta Política, que trata dos direitos fundamentais individuais, ao estabelecer em seu *caput*, o direito “**à propriedade**”, e em seus incisos: XIII – “**é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**”; XXII – “**é garantido o direito de propriedade**”; XXIII – “**a propriedade atenderá a sua função social**”⁹.

Finalizando a análise sob o prisma constitucional, contribui a ordem emanada no artigo 170, que

5 *Idem, ibidem.*

6 *Idem, ibidem.*

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

8 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II - garantir o desenvolvimento nacional;

[...]

9 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

XXII - é garantido o direito de propriedade.

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

inicia o Título VII - “Ordem Econômica e Financeira”, e o Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”¹⁰, dispositivo que contempla o espírito empreendedor que nossa ordem constitucional propaga, elegendo o Brasil como economia de mercado, em regime econômico capitalista, de livre concorrência, livre iniciativa, respeito à propriedade privada, ao consumidor, ao desenvolvimento sustentável e com o tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas (neste ponto, vale a ressalva de que nosso país melindra e maltrata o pequeno empreendedor, pois ainda não compreendeu sua fundamental importância).

Ainda sobre a livre iniciativa, cuja compreensão depende o entendimento, *data venia*, correto, acerca do macro princípio da preservação ou conservação da empresa, Lefayete Josué Petter, ensina que **“A livre iniciativa, bem compreendida, não só consubstancia alicerce e fundamento da ordem econômica, como também deita raízes nos direitos fundamentais, aos quais se faz ínsita uma especial e dedicada proteção”**. Se o caput do art. 5º se encarregou de garantir o direito à liberdade, no viés econômico ela ganha contornos mais preciosos justamente na livre iniciativa. Pois se é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), **esta liberdade compreende também a liberdade de se lançar na atividade econômica, sendo então assegurado a todos o livre exercício de qualquer negócio (CF, art. 170, parágrafo único)**. Daí a arguta observação de que as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como um limite negativo à atuação do legislador, vislumbrando-se neste assertiva uma dignificante proteção da pessoa humana.”¹¹.

O mais celebrado dos empresarialistas brasileiros, com a devida vênia aos outros grandes e aclamados doutrinadores da matéria, o Professor Fabio Ulhoa Coelho, faz coro sobre o papel constitucional na defesa da livre iniciativa, ao dispor que “Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação. Se ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa tarefa. Caso contrário, ou seja, se não houvesse um regime jurídico específico para a exploração econômica, a iniciativa privada permaneceria inerte e toda a sociedade sofreria com a estagnação da produção dos bens e serviços indispensáveis à satisfação de suas necessidades. É claro, se o modo de produção não fosse o capitalista, e o estado fosse o responsável pela produção dos bens e serviços necessários à vida em sociedade, não teria sentido um regime jurídico próprio para a categoria de

10 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

11 PETTER, Lefayete Josué - Direito Econômico, 5ª Edição, Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2011

profissionais que, supletivamente, se dedicassem à exploração econômica.”¹².

Mirando no princípio da conservação da empresa, e nele contido está a compreensão da função social que as organizações empresariais possuem na comunidade, está o disposto no artigo 47, da Lei 11.101/05, que traz as linhas gerais do objetivo maior da Recuperação Judicial, segundo o legislador, senão, o de manter em funcionamento todas as atividades produtivas (capazes de manterem-se funcionando), por sua importância nos mais diferentes matizes de interesse social, *verbis*:

(Lei 11.101/05) Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A regra, portanto, nos ensina o Ministro Luis Filipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, é buscar salvar a empresa, desde que economicamente viável. O legislador colocou, à disposição dos atores principais, no cenário da empresa em crise, as soluções da recuperação extrajudicial e judicial. A medida extrema da falência só deve ser decretada quando for inviável preservar a atividade.¹³

A toda esta explanação, deve-se focar no que é o objeto de proteção verdadeiro do direito empresarial, com fulcro na própria disposição constitucional alhures fundamentada acerca da livre iniciativa: **O direito protege (deveria proteger) a empresa sobretudo, e o empresário quando possível.** Justifica-se: A atividade empresária é que detém função social e, portanto, é ela, a atividade empreendedora que deve ser protegida, conservada, preservada, mesmo que se necessário sacrificando-se ou diminuindo a presença do empresário.

Afinal, se o empresário é o profissional exercente de uma atividade econômica organizada, então “empresa” é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços. É importante destacar a questão. Na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos, usa-se a expressão “empresa” com diferentes e impróprios significados. Se alguém diz “a empresa faliu” ou “a empresa importou essas mercadorias”, o termo é utilizado de forma errada, não técnica. A empresa, enquanto atividade, não se confunde com o “sujeito de direito” que a explora, o empresário. É ele que fale ou importa mercadorias. Similarmente, se uma pessoa exclama “a empresa está pegando fogo!” ou constata “a empresa foi reformada, ficou mais bonita”, está empregando o conceito equivocadamente. Não se pode confundir a empresa com o local em que a atividade é desenvolvida. O conceito correto nessas frases é o de “estabelecimento empresarial”; este sim pode incendiar-se ou ser embelezado, nunca a atividade. Por fim, também é equivocado o uso da expressão como sinônimo de “sociedade”. Não diz “separam-se os bens da empresa e os bens dos sócios em patrimônios distintos”, mas “separam-se os bens sociais e os dos sócios”; não se deve dizer “fulano e beltrano abriram uma empresa”, mas “eles contrataram uma sociedade”.¹⁴

Neste norte, verifica-se que a conservação da empresa, como atividade que é, deve manter-se em funcionamento por ser de interesse de toda a comunidade, que merece especial proteção do Estado. Essa

12 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial : direito de empresa. – 22 ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

13 SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática. – 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2015.

14 *Idem, Ibidem.*

especial proteção justamente é a possibilidade de que o mercado possa encontrar uma adequada solução à crise empresarial, através da solução de mercado, que ora passa-se a expor, agindo o Estado-Juiz como guardião da regularidade, da legalidade do processo recuperatório, mas não como personagem principal a ditar os destinos do devedor e sua relação com os credores.

3 SOLUÇÃO DE MERCADO “PRÉ” RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IDIOSSINCRASIA NO VALOR DOS NEGÓCIOS

Ao abrir esse item de estudo, urge destacar que **nem toda falência é um mal**. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (Lynn Lo Pucki, apud Jordan- Warren, 1985:657).¹⁵

Desta forma que a solução de mercado, em tese, é primordialmente observada na fase pré-recuperacional judicial, no momento em que a empresa se encontra em crise econômica, financeira ou patrimonial. É este o melhor momento para que as forças de mercado possam agir a fim de soerguer aquela atividade que seja viável. E reprisa-se, aquela **atividade viável!** Eis que não se pode admitir o dispêndio do próprio mercado, do Estado, de toda a comunidade para salvar a atividade – empresa – que esteja moribunda, irrecuperável.

O Professor Marlon Tomazette, à estas indagações acerca da “solução de mercado”, responde que as crises podem advir de amplos acordos realizados entre o devedor em crise e seus credores. Além disso, é bem frequente que, diante de uma dessas crises, empreendedores ou investidores enxerguem na empresa em dificuldade uma alternativa de investimento atraente. Tal investimento pode se dar de diversas formas, como a aquisição de ativos, o trespasse de estabelecimento, a incorporação de sociedade, a aquisição de controle, dentre outros mecanismos. Com esses investimentos, há uma boa chance de que a crise seja superada, restabelecendo-se o bom andamento dos negócios. Tais soluções de mercado são regidas pelas normas inerentes ao negócio realizado, não havendo um tratamento especial por se tratar de uma forma de superação da crise da empresa.¹⁶

Vejamos que, se as estruturas do livre mercado estão, em termos gerais, funcionando de modo adequado, as empresas em crise tendem a recuperar-se por iniciativa de empreendedores ou investidores,

15 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3 : direito de empresa – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. Pg. 252.

16 TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017.

que identificam nelas, apesar do estado crítico, uma alternativa de investimento atraente. Imagina-se que uma indústria líder de mercado e lucrativa esteja com dois problemas: a sua planta reclama urgente modernização tecnológica e há excesso de pessoal. Se significativos investimentos não forem feitos na construção de uma nova fábrica e não houver redução na folha de pagamentos, em poucos anos a sua posição econômica confortável pode reverter-se. Se o empreendedor não dispõe de capital e vontade para implementar essas mudanças, a sobrevivência da empresa, a médio ou longo prazo, depende de alguém (outro empreendedor ou investidor) vislumbrar nela uma oportunidade de ganhar dinheiro e, motivado por essa perspectiva, procurar o controlador da sociedade empresária para propor algum tipo de negócio: alienação do controle, trespasse, assunção de ativos, ingresso na sociedade, incorporação etc. Pois bem, se prevalecer a racionalidade nos dois lados, quer dizer, se ambos considerarem vantajosa a transação, a empresa recapitaliza-se e reorganiza-se, continuando a operar, e deve até mesmo crescer. Nesse exemplo, a recuperação da empresa foi fruto do normal funcionamento das forças do livre mercado. Isso costuma chamar de “solução de mercado”.¹⁷

Todavia, nem sempre é possível que sejam recuperadas as empresas viáveis. Ressalta-se que não se está a falar em recuperar as atividades inviáveis, mas propriamente daquelas que detinham condições de serem soerguidas através das soluções de mercado pré-recuperacionais. Isso pode ocorrer por algumas razões, mas uma delas, a principal, é o valor idiossincrático que o empreendedor devedor dá ao seu negócio. É comum que haja uma ligação sentimental entre o fundador e a própria empresa, de criador para a sua criatura, e o inconformismo deste com as soluções que o mercado lhe apresenta para salvar-se e atravessar a crise em que está inserido.

Aliás, este estado emocional que pode enevoar a percepção do empreendedor sobre o seu negócio, dando a ele condições e valores irrealistas, além de recusar-se a se submeter a eventuais novas administrações, fusões, venda de ativos, culmina em levar o devedor a socorrer-se do Estado para trazer luz e solução ao seu caso. **Este é um dos mais comuns momentos de ingresso das ações de Recuperações Judiciais, exatamente quando há um desacerto entre o devedor e o mercado na solução da crise econômica, financeira, em que se encontra.**

Sobre o valor idiossincrático que pode ter uma empresa, o Juiz e Professor Daniel Carnio Costa afirma que se pode definir, sinteticamente, como valor atribuído à empresa pelo “dono”, pelo controlador da sociedade empresária, valendo-se de percepções particulares, pessoais e até sentimentais, atribuindo a ela, na grande maioria das vezes, valores bem maiores do que o seu efetivo valor econômico. Diante disso, eventual negociação com investidores e/ou outros interessados pela propriedade, comando e atividade da empresa, torna-se inviabilizada.¹⁸

Veja-se que não se está tratando de empresas inviáveis, ao revés, refere-se àquelas que são totalmente viáveis, mas que, em razão da visão superlativada de alguns empreendedores em crise sobre de seus próprios negócios, acabam por não permitir que mercado solucione a crise empresarial.

Leciona Fabio Ulhoa Coelho que “quando não há solução de mercado, aparentemente não se justifica a intervenção do Estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. O próprio instituto da recuperação parece, **prima facie**, um despropósito no sistema econômico capitalista. Se ninguém

17 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3 : direito de empresa – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

18 COSTA, Daniel Carnio. Comentários à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba : Juruá, 2015.

quer a empresa, a falência é a solução do mercado, e não há por que se buscar a força a sua recuperação. **Não é bem assim, contudo.**

Quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado simplesmente não ocorre. Neste caso, o Estado deve intervir, por intermédio do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa (dos empregados, consumidores, Fisco, comunidade, etc.) Exemplo característico de disfunção do sistema é o **valor idiossincrático da empresa**. [...] O valor idiossincrático da empresa é o atribuído exclusivamente pelo seu dono (melhor: pelo controlador da sociedade empresária que a explora). É muito comum que o empreendedor valorize a sua empresa de modo bem particular, principalmente se foi o seu iniciador e lhe devotou muitos anos e energia. [...] O valor idiossincrático compromete a racionalidade das negociações. O mercado não soluciona a crise da empresa, não porque inexistem interessados, em capitalizá-la e reorganizá-la, mas porque o seu titular quer um preço que ninguém vê vantagem em pagar.”¹⁹.

4 A SOLUÇÃO DE MERCADO “PÓS” RECUPERAÇÃO JUDICIAL – A PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS CREDORES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – *CRAM DOWN*

Pode-se entender que após a instauração da recuperação judicial, de iniciada a fase processual recuperacional sob à batuta estatal, o mercado já não mais participaria da solução da crise, ou teria poderes decisórios quanto aos rumos da devedora. Ocorre que isso não é verdade. Não é demais falar que o Poder Judiciário, *data venia*, tem um desejo sempre maior de deter sob sua jurisdição, especialmente sobre as organizações empresariais. Nesta ótica, nenhuma situação torna uma companhia, uma organização empresarial tão vulnerável do que num concurso universal de credores.

Todavia, a fim de que se compreenda adequadamente o espírito desse trabalho, há que ressaltar que a recuperação judicial não é um concurso universal de credores como é a falência, não é e não poderia ser considerada uma fase pré-falimentar, sob pena de ser desconsiderada a capacidade recuperatória, e afastarmos o princípio da conservação da empresa de maneira indevida. A recuperação judicial é uma “ferramenta à disposição do **devedor**”, e somente deste, para, querendo, pleitear a repactuação de seu passivo de modo coletivo, porque de forma particular, individual, não conquistou esse resultado, seja pela idiossincrasia na avaliação do negócio, ou mesmo pela recusa de algum (s) de seus credores, ou ainda por estratégia a fim de otimizar seu fluxo de caixa diante de um momento de crise econômica, financeira ou patrimonial.

Somente as empresas **viáveis** devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado (*diga-se, da solução de mercado pré-processual*), a sociedade empresária que a postula deve mostrar-se digna do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade de empresa, a ser aferida no decorrer

19 COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. São Paulo : Saraiva, 2005.

do processo judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial.²⁰

E sendo a Recuperação Judicial uma forma de, com a participação do Estado na fiscalização do processo e na formalização do acordado entre credores e devedores, a fim de obrigar uma eventual minoria não aderente à recuperação, que cabe a apresentação da ação recuperatória. Toda a análise acerca da viabilidade do negócio, através da aprovação, rejeição, ou mesmo proposta de alteração do plano de recuperação devem ser efetivadas pelo mercado, **sendo, portanto, ainda que dentro da esfera judiciária, uma “solução de mercado”**.

Na leitura do artigo 58, da Lei 11.101/05²¹, especialmente pela cogência de seu *caput*, que ordena “o juiz **concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção**”, vê-se que o legislador optou em dar ao mercado a palavra decisória acerca da viabilidade ou não da recuperação que lhe foi posta à apreciação, conferindo à Assembleia-Geral de Credores o poder de aprovar, rejeitar ou modificar o plano, nos termos do artigo 35, I, ‘a’, do mesmo Diploma²².

Nesse sentido foram dois dos Enunciados proclamados pela I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, de números 44 e 46, *in verbis*:

44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Nesta senda, ao magistrado incumbe presidir o processo recuperatório, garantindo-se a lisura, legalidade e formalismo dos atos, mas ao mercado cabe a análise da viabilidade econômica.

Pela própria natureza contratual da recuperação judicial, é natural concluir que a decisão da assembleia de credores será soberana, isto é, não cabe ao juiz, a princípio, ir contra a vontade dos credores. Se estes aprovaram o plano de recuperação judicial, não cumpre ao juiz rejeitá-lo. Da mesma forma, se eles

20 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3 : direito de empresa – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

21 Art. 58. **Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.**

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

22 Art. 35. **A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:**

I – na recuperação judicial:

a) **aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;**

não aceitaram o plano, nem na forma alternativa, o juiz não poderia, a princípio, decidir pela aprovação do plano. Dentro dessa concepção se imporia ao juiz um papel meramente homologatório da decisão dos credores, não lhe cabendo uma intervenção mais ativa dentro do sistema brasileiro.²³

Em sede de Recurso Especial relatado pela Eminente Ministra Nancy Andrighi, firmou-se o entendimento de que “A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle de judicial”.²⁴

Há, no entanto, a possibilidade discricionária judicial, para a aprovação do plano de recuperação, na hipótese prevista pelos §§ 1º e 2º, do artigo 58, da Lei 11.101/05, que prevê:

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Neste cenário, poderá o magistrado forçar a aprovação do plano, mesmo que ele não tenha sido aceito pela assembleia-geral da forma tradicional, nos moldes e patamares de votação ordinária. Trata-se do chamado *cram down*, que em livre tradução do inglês para o português significa *empurrar goela abaixo*. Instituto esse emprestado pelo direito brasileiro, de origem normativa estadunidense.

Marcelo Gazzi Taddei, na coletânea de artigos coordenada por Gilberto Gomes Bruschi, assevera que “diante do poder conferido aos credores pela lei, buscou-se a dispersão dos votos por meio da divisão dos credores em classes e a previsão de um quórum específico para a aprovação do plano, além da possibilidade de o juiz conceder a recuperação judicial mesmo diante da ausência de aprovação do plano, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 58, § 1º, da Lei 11.101/05, hipótese conhecida como *cram down* que restabelece ao juiz o poder lhe foi atenuado.”²⁵

Não se pode conceber, no entanto, que possa ser objetivo do juiz quando da aplicação do *cram down*, proteger um devedor inviável economicamente, que no caso é a empresa que pretende a recuperação judicial, mas sim, afastar um eventual abuso de credores ou parte destes, que venha a prejudicar um devedor

23 TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017.

24 STJ – Resp 1314209/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 1º/06/2012.

25 BRUSCHI, Gilberto Gomes. Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Caldas – Rio de Janeiro : Elsevier, 2012.

efetivamente viável. O juiz, aliás, não deve buscar proteger nenhum dos lados, credor ou devedor, mas sim, aplicar o que é adequado a cada caso, com estrita observância ao ordenamento jurídico e aos princípios gerais de direito. Tanto o devedor pode estar correto, quanto seus credores, não sendo possível o sacrifício de uma parte pela outra, sem a devida análise do caso concreto.²⁶

Por fim, a Lei, em verdade, tenta reverter a tendência de descaso dos credores, que ocorre logo após o malogro do devedor, seja quando requer a recuperação, seja principalmente, na falência. De fato, com a participação dos credores, os resultados obtidos nos processos judiciais de falência e recuperação são muito mais adequados às soluções de mercado, evitando-se também, ocorrência de fraudes na execução do plano. Sem mencionar, por óbvio, que há mais democracia no processo decisório, sobretudo quanto ao destino da empresa em dificuldade.²⁷

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo da matéria aqui esplanada, não se pretende esgotar o debate acerca do princípio da solução de mercado aplicado às Recuperações Judiciais, muito pelo contrário, porém, mas sobretudo de estimular e contribuir para o aprimoramento da importância que o mercado ativo pode e deve exercer na análise da viabilidade econômica das empresas em crise.

Ao adentrarmos em importantes princípios recuperatórios como o basilar princípio da conservação da empresa, entendendo que ela é a atividade motriz do desenvolvimento nacional, e não apenas uma teoria vaga, e que a empresa, como atividade que é, possui elevada função social, até mesmo mais importante que o próprio empreendedor por detrás dela, poderemos otimizar os procedimentos no intuito de assegurar um ambiente comercial mais seguro a todas as personagens presentes no mercado; sejam os trabalhadores, os fornecedores, os clientes, e o próprio Estado, que nada produz, e depende completamente da força produtiva empresarial para poder apropriar-se dos tributos e fazer funcionar a mastodôntica máquina-pública.

REFERÊNCIAS

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Caldas – Rio de Janeiro : Elsevier, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3 : direito de empresa – 12. ed. – São Paulo :

26 COSTA, Daniel Carnio. Comentários à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba : Juruá, 2015.

27 SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática. – 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2015.

Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. São Paulo : Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial : direito de empresa. – 22 ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

COSTA, Daniel Carnio. Comentários à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba : Juruá, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática. – 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2015.

ORTIZ, Raúl (Comp.). *Administración: de la teoría a la acción/casos prácticos*. Bahía Blanca (AR): EDIUNS, 2004, p.57.

PETTER, Lafayette Josué - Direito Econômico, 5º Edição, Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2011

STJ – Resp 1314209/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 1º/06/2012.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017.

