

short books
coleção

THOMAZ CARNEIRO DRUMOND

Publicações jurídicas
Escritos do ano
2021



short books
coleção

THOMAZ CARNEIRO DRUMOND

Publicações jurídicas
ESCRITOS DO ANO
2021

PUBLICAÇÕES JURÍDICAS: ESCRITOS DO ANO 2021

ISBN da versão digital: 978-65-00-46782-6

Ficha catalográfica da versão física

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

Drumond, Thomaz Carneiro
Publicações jurídicas : escritos do ano / Thomaz Carneiro Drumond. -- 1. ed. -- Rio Branco, AC : Ed. do Autor, 2022. -- (Coleção short books)
Bibliografia.
ISBN 978-65-00-49471-6
1. Direito - Brasil 2. Direito - Estudo e ensino I. Título II. Série.
22-120158
CDU-34 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito 34 (81)

Aline Graziele Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Em respeito às disposições da legislação que rege os direitos autorais, toda reprodução desta obra, seja parcial ou integral, é expressamente proibida, inclusive a reprodução através de apostilas, seja por meio digital ou mecânico.

A violação de direitos autorais é crime previsto no artigo 184 do Código Penal e na Lei nº 9.610/98.

O conteúdo desta obra é de responsabilidade do autor.

Rio Branco, Acre - Brasil

Sumário

O fresh start após a reforma da Lei de recuperação de empresas e falências 8

A nova Lei de Licitações e a exigência do Compliance e programa de integridade..... 12

Arbitragem: os problemas da cláusula compromissória vazia 18

Breves notas sobre o Dip Financing na recuperação judicial brasileira após a lei 14.112 de 2020.. 23

A inafastabilidade da jurisdição e o requerimento administrativo como requisito do interesse de agir: uma questão ainda mal compreendida..... 29

O agravo de instrumento e o microssistema da tutela coletiva na visão do STJ 36

Corte Especial do STJ estabelece critérios para modificação das astreintes 38

Dano Eficiente no direito do Consumidor 41

Quero empreender sozinho. Empresário Individual, EIRELI ou Sociedade Limitada Unipessoal? ... 43

Bibliografia 47

Sobre o autor

Thomaz Carneiro Drumond

é Procurador do Estado do Acre, graduado pela UFMG e Pós-graduado em Direito Empresarial, Administrativo e Tributário. Coursou *Contract Law* pela *Harvard University* e *Constitutional Interpretation* na *Princeton University*. Professor e organizador de cursos de capacitação para servidores do Estado do Acre.

Autor de artigos jurídicos com publicações em livros e revistas, co-autor de obra jurídica.

Atua há mais de 14 anos no

Direito Público e Privado, com ênfase em direito empresarial e em processos de alta complexidade.

Advogado sócio de Drumond Leitão Torres Advogados.



Contatos

@thomaz.drumond

@dltadv

thomazdrumond@dlt.adv.br

Prefácio

Caro leitor, Thomaz Carneiro Drumond é Procurador do Estado do Acre, advogado, sócio fundador do escritório de advocacia Drumond Leitão Torres Advogados., atualmente Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial da PGE/AC. Entretanto, além de todos os títulos de formação já devidamente apresentados, o autor é um jurista apaixonado, fascinado pela sua atuação diária e comprometido com a produção jurídica acadêmica. Thomaz não se contenta com a superficialidade. É um entusiasta das questões jurídicas que se entrelaçam com a vida concreto.

Os Escritos Jurídicos que lhes apresento imergem em situações do Direito que vão além do dia a dia, mas que, ao mesmo tempo, estão presentes na base de cada relação jurídica tratada. É um verdadeiro aprofundamento em estudos decorrentes da sua atuação direta como profissional do Direito e experiência.

A presente obra literária, mais do que meros escritos e ideias de um operador do Direito, revela verdadeiro estudo no qual o acadêmico se entrelaça com a atuação prática. Questões enfrentadas não apenas no Judiciário ou meramente abstratas, mas, sim, verdadeira aplicação prática do Direito para a vida real.

Além do aprendizado compartilhado, os Escritos revelam verdadeira inspiração e admiração que o Autor desperta naqueles que lhe rodeiam. Espero que assim como eu fui agraciado em marcar a abertura desta obra, você também seja presenteado com o que encontrará nas páginas seguintes. Caro leitor, Thomaz Carneiro Drumond é Procurador do Estado do Acre, advogado, sócio fundador do escritório de advocacia Drumond Leitão Torres Advogados., atualmente Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial da PGE/AC. Entretanto, além de todos os títulos de formação já devidamente apresentados, o autor é um jurista apaixonado, fascinado pela sua atuação diária e comprometido com a produção jurídica acadêmica. Thomaz não se contenta com a superficialidade. É um entusiasta das questões jurídicas que se entrelaçam com a vida concreto.

Os Escritos Jurídicos que lhes apresento imergem em situações do Direito que vão além do dia a dia, mas que, ao mesmo tempo, estão presentes na base de cada relação jurídica tratada. É um verdadeiro aprofundamento em estudos decorrentes da sua atuação direta como profissional do Direito e experiência.

A presente obra literária, mais do que meros escritos e ideias de um operador do Direito, revela verdadeiro estudo no qual o acadêmico se entrelaça com a atuação prática. Questões enfrentadas não apenas no Judiciário ou meramente abstratas, mas, sim, verdadeira aplicação prática do Direito para

a vida real.

Além do aprendizado compartilhado, os Escritos revelam verdadeira inspiração e admiração que o Autor desperta naqueles que lhe rodeiam. Espero que assim como eu fui agraciado em marcar a abertura desta obra, você também seja presenteado com o que encontrará nas páginas seguintes.

Thiago Torres Almeida

Amigo. Colega. Sócio.

O *fresh start* após a reforma da Lei de recuperação de empresas e falências

Texto originalmente publicado no site Conjur e na Revista Capital Jurídico

O empresário convive com o risco, o que é natural e necessário para o sucesso e lucro. Todo empreendimento pode se destinar ao fracasso por melhores que sejam as intenções, habilidades e competências.

Culturalmente, o inadimplemento e a insolvência causam vasta censura coletiva. No revés empresarial, o falido recebe a indelével marca em sua biografia com a pecha de mau pagador. Ainda que não haja qualquer traço de desonestidade ou fraude nos atos do empresário, em nosso país dificilmente entende-se a falência como a mera consequência de uma gestão desacertada, de tributações exorbitantes, inabilidade empresarial ou legítimo insucesso comercial. Por outro lado, não se ignoram os inúmeros exemplos de quebras que foram consequências de atos desonestos, criminosos, com a intenção de lesar credores. Certamente, estes é que levam o instituto da falência a sua má-fama.

A Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e de Falências) prevê em seu art. 102 que o falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial desde a decretação da falência até a sentença que extingue suas obrigações. É natural que não seja eternamente impedido de exercer suas atividades, razão pela qual a legislação prevê a reabilitação do falido nas hipóteses de extinção de suas obrigações falimentares, regradas especialmente pelo art. 158.

Mas as dificuldades em se obter a extinção das obrigações nos moldes da legislação original pareciam desestimular o devedor a seguir o rito falimentar formal.

A demora do processo – que chega, em média, a 10 anos¹ no Brasil – e demais obstáculos para o falido retomar suas atividades por meio dos instrumentos falimentares acabam por conduzir, muitas das vezes, a dissoluções irregulares e informais que prejudicam toda a coletividade, seja porque os credores gastarão esforços frustrados em busca de bens que há muito não estarão mais acessíveis, seja porque o falido não poderá realizar novas atividades em seu nome, razão pela qual é comum vermos pessoas interpostas em atuação em nome do falido, os famosos “laranjas”. Nada disso contribui para a economia do país

Afinal, ao somarmos a década média com o período mínimo de 5 (cinco)

¹ <https://oglobo.globo.com/economia/governo-quer-que-duracao-de-processo-de-falencia-seja-reduzido-de-dez-para-tres-anos-22672526>

anos para a reabilitação na legislação até então vigente – em caso de ausência de bens suficientes para pagamentos nos termos da lei –, vislumbramos o transcurso de 15 anos para a retomada das atividades do falido. As dificuldades para a extinção da falência impedem, então, a reabilitação para novas atividades. Com isso, não geram riquezas, empregos, tampouco pagamento de tributos, na contramão dos objetivos desejados que devem prestigiar os princípios da preservação da empresa, da valorização do trabalho e da livre iniciativa.

Nesse contexto, desde a discussão do projeto legislativo que recém alterou a lei de falências tem sido festejada a adoção ou aperfeiçoamento de um *fresh start* que, em tradução livre, significa rápido recomeço, novo começo ou até mesmo nova chance. Todavia, ao contrário de algumas vozes que defendem que o mecanismo seria muito parecido com o americano, não se pode dizer que houve uma importação integral do *fresh start* no Brasil especialmente porque a aplicação desse sistema em nosso país parece se dar de forma diversa de suas origens.

O instituto foi incluído em nossa legislação quando da modificação do art. 158 da lei falimentar em redação dada pela Lei n. 14.112/2020, que trata da extinção das obrigações do falido. As alterações que merecem destaque nesse texto são a inserção do inciso V no precitado artigo, bem como a inclusão do inciso III no art. 75.

Na redação anterior do art. 158, as obrigações do falido eram extintas pelo pagamento integral aos credores – situação extremamente rara –, (inciso I); pelo pagamento, após a realização do ativo, de no mínimo 50% dos credores quirografários – naturalmente após o pagamento dos créditos de maior hierarquia – (inciso II); pelo transcurso de 5 (cinco) anos desde o encerramento da falência se não houver condenação por crime falimentar (inciso III); ou pelo transcurso de 10 (dez) anos desde o encerramento, se houver condenação por crime falimentar (inciso IV).

As alterações que nos interessam foram as revogações dos incisos III e IV, que previam extinção das obrigações do falido por mero transcurso de tempo após a definitividade da sentença de *encerramento* da falência, e a inserção do inciso V.

A novidade relacionada ao *fresh start* foi a inclusão do inciso V, que prevê a extinção das obrigações do falido a partir do “decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da *decretação da falência* ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado”.

Para que o detalhe não passe despercebido: pela literalidade da lei, o prazo anterior era calculado desde o “encerramento da falência”, ao passo que o reduzido, de 3 (três) anos, conta-se desde a “decretação da falência”, momento anterior, consumado pela sentença que julga procedente o pedido falimentar, de natureza constitutiva², antes mesmo de seu trânsito em julgado.

2 Resp 1.780.442-MG/STJ.

Esta redução dos prazos de 10 (dez) e de 5 (cinco) anos para 3 (três) anos, além da mudança do termo inicial da contagem, vai ao encontro de uma das inovações da lei no inciso III, do art. 75, que estabelece como um dos objetivos da falência “*fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica*”, o que também aponta a doutrina como inovações associadas ao *fresh start*.

Com isso, a nova lei positivou e esclareceu que o procedimento falimentar não objetivará apenas a liquidação dos bens para pagamentos dos credores com o respeito ao princípio *par conditio creditorum*, mas que também fomentará o rápido retorno do falido ao mercado.

Ao contrário da antiga lei de falências brasileira (Decreto-Lei 7.661/45), que teve inspiração francesa, a lei 11.101/2005 e a reformadora 11.412/2020 receberam forte influência norte-americana, especialmente do *Bankruptcy Code*, que possui a concepção de que se deve incentivar e estimular uma nova chance ao falido, como aprendizado para se aperfeiçoar, em vez de tratá-lo como merecedor de uma punição. A premissa daquele direito é que a falência deve ser considerada como consequência do insucesso comercial, e não necessariamente de atitudes antiéticas do empresário.

O novo recomeço visa adotar o modelo do *discharge* da lei americana, um sistema ou mecanismo que exonera o falido de seus débitos anteriores. Por aqui, Carvalho de Mendonça³ já há muito apontava que a falência possuía mais de uma função, sendo uma delas justamente a de conferir a *liberação* das dívidas pré-falimentares, e não apenas a sistemática de pagamento de credores. A doutrina americana⁴ também leciona que uma das finalidades da “liquidação”, além da justa divisão do patrimônio aos credores, seria o de oferecer o recomeço, o *fresh start*, com a liberação das dívidas. Há a extinção das obrigações anteriores, com seu perdão, salvo algumas pequenas exceções como a manutenção de débitos com o fisco.

A exoneração dos débitos pelas regras americanas possui um viés de estímulo ao novo empreendimento, especialmente porque exige que o insolvente realize cursos de educação financeira e permite que permaneça com alguns bens para se recolocar no mercado. É condição do *discharge* o atendimento de alguns requisitos⁵ a depender dos motivos da crise que levou à quebra, se o falido agiu honestamente e com boa-fé, lealdade ao processo falimentar, ou se houve gestão temerária do patrimônio, intenção de obter vantagens ilícitas ou prejudicar credores etc⁶.

Tal ambiente é favorecido pela filosofia liberal e capitalista dos Estados Unidos, pouco paternalista, em que os empreendimentos econômicos são bastante prestigiados pelo mercado com crédito barato para estimular o em-

3 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

4 WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The law of debtors and creditors: text, cases and problems. 7ª ed. Aspen Publishers, 2014.

5 <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/727>

6 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Juruá, 2021.

presário a girar a máquina do “sonho americano”.

Mas, muito embora se reconheçam os avanços inseridos na lei para reabilitação do falido e a inspiração do instituto norte-americano no Brasil, não há como dizer que fora integralmente aplicado em nossa legislação, especialmente em razão das diferenças contextuais e econômicas entre os países. Por lá, o recomeço tem como base o aprendizado, a boa fé e a correção dos equívocos, em estímulo a novo empreendimento. Já no Brasil, a nova chance, que poderá ocorrer por mero decurso de tempo, não garantirá uma experiência semelhante à americana porque o empresário tenderá a cometer os mesmos erros.

Por fim, a alteração legislativa deve ser comemorada por visar à preservação da empresa e nova oportunidade ao empreendedor, mas algumas críticas devem ser feitas com relação às consequências práticas.

O art. 102 fala em inabilitação do falido para atividades empresariais, ao passo que o art. 158 dispõe acerca da extinção das suas obrigações. Mas quem é o *falido*, na prática, e como o *fresh start* o beneficia?

Deve-se ter em mente que no caso das sociedades empresárias com responsabilidade limitada os efeitos da falência atingem a *sociedade*, mas não os sócios – ressalvada a ação de responsabilidade do art. 82, ou a excepcional extensão dos efeitos por desconconsideração da personalidade jurídica prevista no parágrafo único do art. 82-A, por exemplo. A sociedade empresária é a *falida*.

Tal destaque é relevante porque nos casos de empresário individual ou de sócios sujeitos à responsabilidade *ilimitada*, são eles mesmos quem suportam os efeitos automáticos da inabilitação, ou seja, são de fato os “falidos”. Ficam impedidos, inclusive, de ser administradores de sociedade empresária ou empresários individuais.

Essa diferenciação conduz à conclusão de que é possível que o sócio de uma sociedade falida, que não tenha sido responsabilizado ou sofrido extensão da falência, mantenha-se ou torne-se sócio de outra sociedade empresária. Logo, o descrédito da pessoa jurídica que sofreu processo de falência – que dificilmente dissipará a reputação de má pagadora ao extinguir suas obrigações falimentares por mero decurso do tempo –, aliado à possibilidade de os sócios constituírem nova sociedade com nome “limpo”, parecem afastar o interesse em um *fresh start* pelas próprias sociedades que sofreram a quebra.

Tudo isso leva a crer que o nominado recomeço seja de difícil aplicação prática em falências de sociedades empresárias com responsabilidade limitada, sendo, à primeira vista, adequado aos empresários individuais e aos sócios sujeitos à responsabilidade ilimitada, quando falidos, como resultado de uma interpretação em proteção à dignidade da pessoa humana. Estes é que sofrem, *a priori*, pessoalmente os efeitos da falência, e podem ser diretamente beneficiados pela novidade.

Resta-nos acompanhar os benefícios do novel instituto no país.

A nova Lei de Licitações e a exigência do Compliance e programa de integridade

Texto originalmente publicado no site Migalhas

1. Panorama

O projeto da nova Lei de Licitações (PL nº 4.253/2020) inovou ao exigir que os licitantes implantem regras de *Compliance* (programa de integridade) como condição para contratações com objeto acima de R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), como critério de desempate, e como critério de reabilitação.

A origem do termo *Compliance* remete à expressão em inglês “to comply” – que pode ser associada à mera conformidade ou obediência às normas legais. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) conceitua o instituto como um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores¹.

No exterior, o *Compliance* possui amadurecimento e repercussão há décadas. Mas, no Brasil, embora já incipiente com a necessidade de adoção de *controles internos* conforme determinava a Lei nº 9.613/1998, de Lavagem de Capitais, ganhou bastante destaque com Lei nº 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, e mais ainda com as revelações de escândalos nas relações corporativas privadas e o poder público, notadamente com a chamada “operação Lava Jato”, iniciada em 2014.

Desde então, os holofotes lançam luzes ao instituto. No mundo corporativo, cada vez mais competitivo, é possível que se sobressaia o negócio que adotar condutas de *Compliance* e boa governança. As boas práticas devem ser estimuladas, ao passo que as condutas que não apenas violem a lei, mas que contrariem valores éticos, devam ser punidos interna ou externamente, inclusive resultando em abalo à reputação da empresa.

O conceito de *Compliance* ganha densidade por também agregar valores e condutas como honestidade, lealdade, responsabilização, transparência, e boa-fé. Mais do que comportamento temporário, é uma cultura a ser vivenciada pela empresa, que a encoraje não só a cumprir as normas legais, mas que estimule o alto escalão e os colaboradores a perceberem os benefícios que se originam da prática de tais comportamentos éticos. É isso que esti-

¹ Guia para programas de compliance. Disponível em: < http://antigo.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf >. Acesso em: 13 mar. 2021.

mula que empresas criem em seus programas normas até mais rígidas que a própria lei.

Mas, como dito, é preciso implantar uma cultura, e não apenas adequações formais que permitam à corporação dizer que está em conformidade. É por isso que se diz que a efetividade de um programa depende do comprometimento da alta administração (*tone at the top*), com avaliação de riscos, auditoria independente e procedimentos bem definidos, com canais de denúncias e treinamentos de seus funcionários, com constantes monitoramentos de não conformidade e da efetividade de sua implantação. Esse programa necessariamente passa por um rotineiro mapeamento de riscos e previsão de medidas a serem adotadas para sua mitigação e controle.

No Brasil, o Compliance passou a ser compreendido como “Integridade” especialmente após a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846 de 2013) que previu no art. 7º, VIII, textos como “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. O termo “programa de integridade” também é apresentado no art. 37, IV, do Decreto n. 8.420/2015, que regulamentou a referida lei.

Autores como Giovanini (2017) defendem que a integridade seria um conceito mais abrangente que *Compliance* porque compreenderia a percepção de se “fazer o certo independentemente das normas e das leis”. Explica que se deve interpretar a integridade não apenas no cumprimento de normas internamente, mas também na observância de regras éticas nas relações pessoais e comerciais com terceiros.

Assim, a adoção de um programa de integridade teria também, como consequência, proteção da empresa na relação com fornecedores, colaboradores, e até com administração pública (como se verá mais à frente). No ponto, é preciso dizer que a efetividade do *Compliance* não depende de mero preenchimento de *check list* ou a existência de um código de conduta na parede. Afinal, uma empresa não muda seu comportamento só por assinar um papel (GIOVANINI, 2017).

Apesar de o alto custo na implantação ser uma barreira, é necessário que as empresas percebam que o prejuízo de não estar em *Compliance* poderá superar o investimento dessa conformidade. É que a ausência de um programa poderá, inclusive, prejudicar a reputação da empresa e, em algum momento, afastar consumidores ou ser predominante na escolha de investidores e acionistas no futuro.

O tema é umbilicalmente ligado à governança corporativa, conforme se extrai do conceito dado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)²:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas

2 Disponível em: < <https://www.ibgc.org.br/quemsomos> >. Acesso em: 13 de março de 2021.

e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

A adoção do *Compliance* revela o comprometimento de uma empresa em criar sólido alicerce na gestão de seu negócio, voltadas ao comportamento ético e honesto, demonstrando que sua função social também integra a percepção de que a sociedade, como um todo, será beneficiada - e não apenas sócios, colaboradores, clientes e acionistas.

Partindo desse pressuposto, não é difícil perceber que o *Compliance* vem ganhando espaço em uma sociedade que prefere prestigiar comportamentos preventivos e honestos, demonstrando que condutas que contrariem tal perspectiva devem ser desestimuladas e rechaçadas.

2. Nova Lei de Licitações (Projeto de Lei n. 4.253/2020)

É possível pensar que o *Compliance* teria como objetivo a adequação do comportamento de empresas privadas, o que afastaria sua aplicação junto ao Poder Público. Mas esta compreensão é incorreta. A administração também deve dar o exemplo ao agir com medidas éticas, transparentes, sem corrupção e, mais do que isso, exigir, incentivar e prestigiar, em seus relacionamentos, que as empresas privadas também adotem condutas condizentes com as boas práticas.

Muito embora a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência já integrem norma constitucional (art. 37, caput, da CF) – todos estes princípios, sem dúvida, norteadores de regras de *Compliance público* – ao longo dos anos foi necessária a criação de legislações que acompanhassem a evolução do instituto e que pudessem detalhar como as boas práticas e condutas em conformidade deveriam ser adotadas pela Administração pública, especialmente porque a legalidade rege seus atos.

No Brasil, diversas normas disciplinam comportamentos de integridade de servidores e do Poder Público, como o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/1994), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013), o De-

creto nº 8.793/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Inteligência, e o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº 13.303/2016), Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e sua regulamentação pelo Decreto nº 8.420/2015, Decreto nº 8.793 de 29/2016 (Política Nacional de Inteligência).

Recentemente, foi editada a Portaria/CGU nº 57/19 que alterou a Portaria/CGU nº 1.089/18 e estabeleceu orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento dos seus programas de integridade.

O combate à corrupção e a necessidade de comportamentos éticos e transparentes também nas contratações com o Poder Público fez com que normais estaduais de licitações também passassem a exigir que as empresas licitantes possuíssem programas de integridade em pactuações a partir de determinado valor, como se vê nas leis dos estados do **Pernambuco** (Lei Estadual nº 16.722 de 2019), **Amazonas** (Lei Estadual nº 4.730 de 2018), **Rio Grande do Sul** (Lei Estadual nº 15.228 de 2018), **Rio de Janeiro** (Lei nº Estadual de 2017), Goiás (Lei Estadual nº 20.489 de 2019) e também no **Distrito Federal** (Lei Distrital nº 6.308 de 2019), além do Projeto de Lei nº 0262.0/2019 em **Santa Catarina**.

Essa legislação tomou como base o conceito disposto no art. 41 do citado Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Essa tendência de previsão das normas de integridade na contratação pública foi mantida no Projeto de Lei nº 4.253/2020, que trata da nova Lei de Licitações, aprovado pela Câmara e pelo Senado e remetida para sanção presidencial. A futura lei deverá substituir Lei das Licitações (Lei 8.666, de 1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 2002) e o Regime Diferenciado de Contra-

tações (Lei nº 12.462, de 2011).

Veja-se o que diz o art. 25, § 4º, do Projeto:

Art. 25. O Edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições do pagamento:

(...)

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Interessante notar que a implantação obrigatória de programa de integridade se dá para as obras de grande vulto, que são aquelas com valor superior a R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) conforme conceituado no art. 6º, XXII. Ademais, o programa somente será exigível a partir da assinatura do contrato, a ser elaborado pelo licitante vencedor no prazo de 6 (seis) meses, ou seja, na fase de execução. Logo, a priori não se verifica violação do caráter competitivo do procedimento licitatório.

Muito embora o valor seja bastante elevado e atinja uma minoria de contratações, é bom notar que a adoção do *Compliance* na legislação federal, que trata das normas gerais, já configura substancial avanço. Espera-se que haja aprimoramento no futuro para que se amplie a obrigatoriedade para contratações de menor valor.

Outro ponto de destaque é que o art. 60 do projeto previu a existência de programa de integridade como um dos **critérios de desempate** no julgamento de propostas:

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

(...)

IV – desenvolvimento pelo licitante de **programa de integridade**, conforme orientações dos órgãos de controle.

O art. 163 inovou ao trazer a implantação ou aperfeiçoamento de progra-

ma de integridade como condição para a reabilitação do licitante punido em algumas hipóteses:

Art. 163. É admitida a **reabilitação** do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

(...)

Parágrafo único: A sanção pelas infrações previstas os incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, **como condição de reabilitação** do licitante ou contratado, a **implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade** pelo responsável.

Logo, as empresas que adotarem em suas condutas valores e princípios de governança corporativa, incluindo-se aí programas de integridade, tendem a ser beneficiadas. Por outro lado, a lei estimula a adoção de melhores práticas entre os licitantes, visando garantir o atendimento a normas que regem cada específica atividade contratada, aumentar a qualidade e transparência da contratação, ao passo que diminui os riscos da Administração Pública, da própria execução e do objeto contratado.

O que nos resta é esperar se, na prática, serão colhidos os resultados esperados.

Referencias bibliográficas:

A obrigatoriedade da implementação de programa de integridade nas contratações de grande vulto à luz do artigo 25, parágrafo 4º, do Projeto de Lei Nº 1292/95. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/10/29/a-obrigatoriedade-da-implementacao-de-programa-de-integridade-nas-contratacoes-de-grande-vulto-a-luz-do-artigo-25-paragrafo-4o-do-projeto-de-lei-no-1292-95/>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. Compliance e Boa Governança (Pública e Privada). Curitiba: Juruá, 2018.

FRANCO, Isabel. Guia Prático de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/quemsomos/>>. Acesso em: 05 de março de 2021.

Arbitragem: os problemas da cláusula compromissória vazia

Texto originalmente publicado nos sites Conjur e Migalhas

1.Introdução e generalidades sobre a arbitragem

Hoje existem diversas técnicas para a resolução adequada de disputas (RAD) tais como a negociação, mediação, conciliação, arbitragem e o processo judicial. Neste ensaio serão abordados alguns pontos da arbitragem.

A arbitragem é um método de solução de conflitos regulado atualmente pela Lei n. 9.307 de 1996, por meio do qual as partes submetem a um terceiro - ou terceiros -, com imparcialidade, a solução da desavença no tocante a direitos disponíveis. É, portanto, uma forma de heterocomposição.

A adoção da arbitragem para solução da disputa é feita pela convenção de arbitragem, gênero que é composto por duas espécies conforme o art. 3º:

(i) cláusula compromissória está prevista nos arts. 4º da lei n. 9.307/96 e art. 853 do Código Civil e se configura quando as partes decidem de forma escrita e preventiva, de forma **abstrata e futura**, que adotarão a arbitragem como técnica de solução de eventuais divergências futuras surgidas a partir daquele negócio jurídico. É fácil memorizar este instituto porque, por ser nominado por cláusula, estará contido dentre as de um contrato;

(ii) compromisso arbitral nada mais é do que uma convenção escrita para que um conflito **concreto e presente** seja decidido por meio da arbitragem. Ou seja, primeiro surge a divergência e, após, as partes decidem submeter aquela disputa ao juízo arbitral, conforme arts. 6º e 9º da lei de arbitragem.

Então, a principal diferença entre ambas é o momento de sua pactuação, razão pela qual a existência de previsão de cláusula compromissória torna desnecessário o compromisso arbitral, contanto que contenha os detalhes, compondo cláusula cheia, como será detalhado.

Embora a priori seja uma técnica facultativa para a solução do conflito, ao se fazer validamente a opção pela arbitragem esta se torna compulsória e vinculante, em verdadeira “**renúncia**” ao acesso ao Poder Judiciário com relação ao mérito. Por outro lado, a análise de eventuais nulidades ainda é possível, o que também será explicado à frente.

Muito embora o art. 5º, XXXV, da Constituição preveja que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu pela constitucionalidade desta renúncia quando ao julgar a Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira nº 5.206-8/246 – Reino da Espanha (MBV X RESIL).

Dentre os vários fundamentos do STF pela constitucionalidade desta renúncia destacam-se que os direitos objetos da arbitragem são os direitos disponíveis, que a arbitragem também seria um método de pacificação social, que ainda haveria controle de nulidades pelo Poder Judiciário, e que a execução, por meios coercitivos, ainda seria realizada pelo Poder Judiciário.

Por isso, a válida e expressa avença pela arbitragem impede o ajuizamento de demanda judicial lastreado naquele contrato, ao passo que a sentença arbitral se constitui verdadeiro título executivo judicial, com a mesma força de uma sentença transitada em julgado proferida pelo Judiciário, o que foi reforçado pela expressa previsão no art. 515, VII, do CPC (art. 475-N, IV, do CPC de 1973), aplicando-se, em seguida, o regramento do cumprimento de sentença com a execução, desta vez, necessariamente em juízo.

Mas é bom destacar: a vinculação impede que a parte desista unilateralmente da arbitragem. Para que a desistência da opção pela arbitragem ocorra, todas as partes têm de concordar com a desistência. Ou seja, a estipulação pela arbitragem como método solucionador de disputas é vinculante, mesmo que uma das partes dela desista posteriormente.

Por fim, muito embora a análise de mérito da disputa arbitral seja afastada do Poder Judiciário, poderá haver discussão judicial acerca de eventuais nulidades do feito no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, conforme art. 33 da lei de arbitragem. Em outras palavras, o Poder Judiciário poderá ser chamado para analisar *error in procedendo*, mas não poderá rejulgar o mérito ou apreciar *error in judicando* da sentença arbitral.

2. Cláusula compromissória cheia e vazia

Ao contrário do julgamento pelo Poder Judiciário, que em regra é de direito, os julgamentos por meio da arbitragem poderão ser de direito ou de equidade, a critério das partes, conforme reza o art. 2º. Para além, o parágrafo primeiro prevê que poderão as partes escolher livremente inclusive quais as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

E é nesse ponto que surge a questão das cláusulas compromissórias cheias e vazias.

É que tamanha liberdade traz consigo um ônus que as partes decidam os critérios básicos para a arbitragem como o local, se serão árbitros escolhidos

ad hoc ou se será uma arbitragem institucional, realizada pelas câmaras privadas de arbitragem, inclusive já indicando-os, e qual o regulamento ou rito será adotado. É bem comum que as cláusulas arbitrais prevejam que a arbitragem será realizada por meio de uma câmara arbitral, e que sejam adotados seus regulamentos, o que facilita sobremaneira o seu início.

A cláusula cheia é a que possui todas essas previsões necessárias para se dar início imediato à arbitragem, como as citadas acima, como a seguinte:

“Quaisquer controvérsias relacionadas ou decorrentes do presente contrato serão resolvidas, de forma definitiva, por meio de arbitragem, administrada pela Câmara _____, segundo as regras de seu Regulamento de Arbitragem, com a participação de _____ árbitro(s), nomeado(s) na forma do referido Regulamento. A

arbitragem terá sede na cidade de _____ e será conduzida no idioma português”.

Por outro lado, a cláusula vazia é que simplesmente dispõe que a arbitragem será o método solucionador dos conflitos oriundos daquele contrato, sem dispor detalhadamente dos requisitos elencados nas cláusulas cheias. Nesse caso, embora as partes já estejam vinculadas, ainda pende a decisão conjunta de quais os árbitros, regulamentos, ou câmara realizará o julgamento. Veja-se um exemplo:

“Qualquer controvérsia ou demanda que surja do presente contrato ou que com ele se relacione deverá ser resolvida por arbitragem”.

Neste ponto que se iniciam os problemas. É que surgida a desavença contratual, mais difícil será a disposição das partes para estipularem em bom acordo quais os termos do regulamento de arbitragem ou quais árbitros ou câmaras farão o tramite. Veja-se que a parte beneficiada na desavença poderá protelar bastante o ajuste de tais termos.

Feliz ou infelizmente, a solução é a judicialização para se estabelecer tais parâmetros em juízo, justamente o que se tentou evitar desde o início. É o que dispõe o art. 7º:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para compa-

recer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

A lei não exige que a cláusula seja cheia. Porém, é fácil notar que a instituição de cláusula arbitral que já preveja tais detalhes confiará maior sucesso à arbitragem porque diminuirá ou eliminará a possibilidade de que as desavenças se elasteçam ainda mais.

E, por fim, rememoro que a arbitragem não necessita ser realizada por Câmaras de Arbitragem, mas, por sua profissionalização, se mostra um meio mais adequado.

3. Conclusão

A conclusão é bastante simples. Caso as partes entabulem o pacto da arbitragem como método solucionador de controvérsias, recomenda-se que o façam de forma detalhada, por meio de cláusula cheia, sob pena de a arbi-

tragem já começar com riscos de insucesso se as partes precisarem ajuizar processo judicial para estabelecimento dos parâmetros da arbitragem sequer iniciada.

Breves notas sobre o Dip Financing na recuperação judicial brasileira após a lei 14.112 de 2020

Texto originalmente publicado na Revista Jus Navigandi

DIP Financing é um mecanismo de investimentos de uma empresa em recuperação judicial para custeio de sua operação rotineira, como salários, fornecedores e demais despesas administrativas, e possibilitar seu reerguimento.

Entrou em vigor a Lei 14.112/2020, que alterou de substancialmente a lei de falências e recuperação judicial e extrajudicial no país (Lei 11.101/2005) com o objetivo de modernizá-la para potencializar o soerguimento de empresas em crise. Sua aprovação é oportuna porque poderá dar mais fôlego para aqueles que estão sufocados em suas atividades empresariais em tempos de pandemia.

A lei incorporou entendimentos dos Tribunais Superiores, trouxe novidades já incentivadas pela doutrina, modernizou o texto e detalhou antigos e novos institutos.

Para melhor compreensão das novidades, é bom ter em mente que a recuperação judicial objetiva *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*. Este é o teor do inalterado art. 47 da lei.

Mas a recuperação judicial somente será permitida àquelas empresas que se mostrem viáveis e em condições de recuperar suas atividades. Se seu reerguimento revelar-se impossibilitado, o destino não será o deferimento da recuperação, mas a falência.

A falta de liquidez no caixa é uma das principais causas da crise empresarial, e uma ótima forma de superar a deficiência financeira e planejar seu reestabelecimento é com dinheiro novo (*fresh money*), por meio de aporte para garantir o giro da atividade.

É nesse momento que entra em cena o *DIP Financing*, cuja aplicação foi adaptada no Brasil. Esse nome é dado ao financiamento ou injeção de recursos para a empresa superar crise passageira e ter êxito na recuperação judicial iniciada. Sua finalidade é manter o capital de giro da atividade para que possa custear seus funcionários, fornecedores, despesas operacionais e, assim, planejar sua nova gestão para recuperar sua saúde e se manter no mercado.

Mas o que é o tal “DIP”?

Para entender melhor será necessário voltar às origens. Esse instituto norte-americano foi inspirado nas disposições do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*¹ dos Estados Unidos e se trata de uma abreviação da expressão “*debtor-in-possession*” (devedor em posse, em livre tradução). Pela legislação americana, a partir da distribuição do pedido passa a existir apenas uma massa de bens da empresa em crise (chamado de *estate*²), tornando-se a devedora apenas possuidora de tais bens. A lei permite que esta massa financie suas operações com novos créditos que terão preferência em relação aos anteriores.

Esse tipo de injeção financeira já era possível na legislação brasileira, de forma não expressa, e por isso coube aos Tribunais o aperfeiçoamento de sua aplicação casuística no país.

O uso do nome do instituto no Brasil se dá pelo fato de sua aplicação se dar durante o período em que se tramita a recuperação, em similitude ao rito americano, embora haja notáveis diferenças práticas - como ausência de “massa de bens” por aqui ou pelo fato de a recuperação americana se encerrar na aprovação do plano, e não no prazo do art. 61 da lei falimentar.

A rigor, por aqui também não há a mudança de propriedade para posse pelo só processamento, como ocorre nos EUA. Apesar disso, a doutrina continua utilizando o mesmo nome para o instituto.

Trazendo para a prática nacional, para o financiamento se tornar atrativo é necessária a criação de garantias e ferramentas para que o agente financiador seja estimulado, o que diminui seu risco e reduz o custo do crédito. Uma forma eficiente de realizar este desiderato é conferir maior privilégio às garantias do financiador para que seu pagamento não seja objeto da própria recuperação.

Em outras palavras, o agente financiador precisa ter prioridade no recebimento de seu crédito para que tenha interesse e certeza de que haverá devolução do investimento mesmo que esteja emprestando a uma empresa em crise.

A importância do estímulo tem outras boas consequências. Mais do que garantir os custeios ordinários da atividade empresarial, o financiamento também é um sinal de que o investidor acredita na empresa, o que auxilia na futura aprovação do plano de recuperação ao conferir confiança aos credores de que há viabilidade na atividade, o que eleva a importância de se aguilhoar esta modalidade de investimento.

O caput do art. 49 , que fora mantido, exclui os novos créditos dos efeitos da recuperação judicial, haja vista que a ela se sujeitam os créditos existentes

1 <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11>

2 Bankruptcy Code. Chapter 11. §1115 (b) Except as provided in section 1104 or a confirmed plan or order confirming a plan, the debtor shall remain in possession of all property of the estate.

na data do pedido. Isso permite que o financiador cobre seu crédito imediatamente em caso de não pagamento. Mas isso, por si, não é suficiente para estimular este investimento porque cobrar não é garantia de recebimento.

Além, até a Lei 14.112/2020, os artigos 66 e 67 da Lei 11.101/2005 eram solitários ao tratar sobre esse financiamento, ainda que de forma rasa:

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Da leitura do art. 66 se percebe que, após a distribuição do pedido, para oferecer garantias a financiamentos o devedor deverá demonstrar a utilidade da operação e contar com autorização judicial, após ouvido o comitê, ressalvados os casos já relacionados no plano de recuperação.

Por outro lado, do art. 67 e seu parágrafo são extraídos dois estímulos a quem pretende fornecer crédito à empresa em recuperação: o recebimento dos valores fora do concurso de credores (extraconcursalidade) e possibilidade de os créditos quirografários serem reclassificados para créditos com privilégio geral, no limite do montante fornecido.

Apesar de a lei conferir a extraconcursalidade a estes novos créditos, não há relevância na recuperação judicial pelo simples fato de esta prioridade somente ter importância no caso da decretação da falência. Não haveria aplicação dos benefícios enquanto tramita a recuperação.

Em outras palavras, não se trata de uma verdadeira garantia porque o investidor não quer que haja a falência; logo, quem financia não pretende gozar deste “privilégio” porque inexoravelmente pressupõe que a empresa tenha

falido, fracassada a recuperação.

Para além, com base apenas no texto legal não haveria como impedir que estes valores investidos fossem utilizados para pagamento dos antigos credores, o que inibe o financiamento.

O que se vê é que a legislação não era suficiente para estimular ou atrair com robustez investimentos durante a recuperação judicial. Por isso, a Lei 14.112/2020 introduziu a Seção IV-A, com o título Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial, com os artigos 69-A até 69-F, com a intenção de melhorar seu regramento:

Art. 69-A. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta Lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos.'

Art. 69-B. A modificação em grau de recurso da decisão autorizativa da contratação do financiamento não pode alterar sua natureza extraconcursal, nos termos do art. 84 desta Lei, nem as garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso o desembolso dos recursos já tenha sido efetivado.

Art. 69-C. O juiz poderá autorizar a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original.

§ 1º A garantia subordinada, em qualquer hipótese, ficará limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia original.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica a qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária.

Art. 69-D. Caso a recuperação judicial seja convolada em falência antes da liberação integral dos valores de que trata esta Seção, o contrato de financiamento será considerado automaticamente rescindido.

Parágrafo único. As garantias constituídas e as preferências serão conservadas até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da data da sentença que convolar a recuperação judicial em falência.

Art. 69-E. O financiamento de que trata esta Seção poderá ser realizado por qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor.

Art. 69-F. Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento de que trata esta Seção mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo, estejam ou não em recuperação judicial.

O que se espera é que a inovação possa conferir mais segurança ao agente financiador, barateamento do crédito e estímulo ao aumento de operações. Destacarei alguns pontos iniciais.

O art. 69-A inclui a previsão expressa de financiamento do devedor, com autorização judicial, prevendo garantias ao agente financiador como oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros.

No art. 69-B se garante ao financiador, que de boa-fé já tenha desembolsado recursos, o direito da manutenção da extraconsursalidade de seus créditos ainda que haja modificação por recurso da decisão autorizativa da contratação.

Já o art. 69-C autoriza a concessão de garantias subordinadas sobre ativos já onerados por penhor e hipoteca - excepcionando a hipótese de alienação ou cessão fiduciárias -, mesmo sem a anuência do credor original.

Também deve ser destacado o teor do art. 69-D que dispõe que caso a recuperação judicial seja convolada em falência antes da liberação integral dos valores de que tratam os artigos da seção, o contrato de financiamento será considerado automaticamente rescindido. Esta novidade foi alvo de críticas em razão do risco de se prejudicar antigos credores. Todavia, o viés teleológico que se deve ter em vista é o estímulo a esta modalidade de financiamento, com o fim de assegurar a viabilidade da empresa, garantindo empregos, ainda que haja algum risco aos antigos credores.

Além, os arts. 69-E e 69-F autorizam que o financiamento do devedor seja realizado por qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor, ao passo que permite que qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo, estejam ou não em recuperação judicial.

Por fim, elevando os privilégios, a nova lei alterou o art. 84 para inserir os créditos oriundos de relações da Seção IV-A em segundo lugar da preferência dos extrajudiciais (inciso I-B), mantendo a preferência em relação aos créditos classificados ordinariamente no art. 83. Anteriormente os créditos

do art. 67 figuravam no último inciso do art. 84 na ordem de preferência dos extraconcursais.

As alterações legislativas sem dúvida modernizam o regramento para fomentar os investimentos em empresas em processo de recuperação, mas somente com o tempo será possível aferir os impactos da nova lei.

A inafastabilidade da jurisdição e o requerimento administrativo como requisito do interesse de agir: uma questão ainda mal compreendida

Texto originalmente publicado na Revista Capital Jurídico e no site Migalhas

Questão tormentosa que ainda possui bastante repercussão no cotidiano dos operadores do Direito repousa na ideia de que a inafastabilidade de jurisdição, preceito previsto no art. 5º, XXXV¹, da Constituição da República, seria uma norma apta a autorizar ao jurisdicionado o imediato acionamento do Poder Judiciário para analisar *qualquer* pleito oriundo de uma relação jurídico-administrativa, independentemente de prévio requerimento aos órgãos ou entidades públicas pertinentes à demanda.

Como analisei em artigo científico sobre o tema², o Brasil adotou sistema administrativo inglês, denominado também como sistema de jurisdição única, o que significa que todos os litígios, inclusive os oriundos do regime jurídico administrativo, em regra poderão ser julgados pelo Poder Judiciário. Não há se falar, aqui, em uma dualidade de jurisdições como no sistema francês, não havendo um contencioso *administrativo* que julgue com exclusividade e definitividade uma situação de interesse e de relação jurídica com o Poder Público.

Apesar disso, embora se trate de direito fundamental, o entendimento de que o acesso à Justiça é incondicionado resulta de uma apressada interpretação do dispositivo constitucional cuja doutrina há muito vem esclarecendo seus contornos, o que não se desconhece também ser objeto de análises acadêmicas e judiciais com conclusões diametralmente opostas.

Antecipando o objetivo do artigo, serão apresentadas situações em que o requerimento administrativo se mostrará indispensável como requisito para o ajuizamento de uma ação judicial contra o Poder Público, especialmente nos casos de direitos potestativos e em que esteja configurado um estado de sujeição.

Mas nem todos os pleitos precisarão de prévio requerimento administrativo para posterior provocação do judiciário, especialmente os que já configurarem, de plano, lesão ou ameaça de lesão a direito, como as situações em que a Administração Pública prejudica um servidor por ato próprio ou por omissão, quando atrasa o pagamento de uma gratificação já deferida, realiza ato administrativo em malefício ao administrado, ou retira um direito anteriormente concedido. Em tais hipóteses são desnecessários prévios pedidos

1 “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2 Acesso ao texto completo do autor: <http://encurtador.com.br/djAEL>

administrativos para fazer surgir o interesse de agir e a necessidade de provocação do Judiciário.

Outra confusão é comum neste assunto. Não se exige o esgotamento da via administrativa³ para surgir o interesse, mas tão-somente um início de resistência que revele ao menos a ameaça de lesão a direito que poderá, ou não, exigir prévia provocação.

O que se destaca de imediato é que não se deve partir de uma ideia inabalável de que o acesso à Justiça para discussões atinentes à Administração seria sempre uma porta aberta que dispensaria prévia manifestação do Poder Público. Afinal, ocorrerão situações em que haverá um limbo decisório no âmbito administrativo, nem positivo nem negativo, em que deverá ser dada deferência à Administração para oportunizar que realize suas atividades típicas antes que se considere necessária a intervenção de um Poder em outro.

Em 2014, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida (Recurso Extraordinário nº 631.240/MG), relançou luzes sobre o tema ao decidir que o requerimento de aposentadoria não poderia ser inaugurado junto ao Poder Judiciário sem que antes houvesse um pedido administrativo, e que fosse revelada alguma resistência pela Administração Pública, seja pela negativa do direito, seja pela mora injustificada do processamento do pedido. É a partir deste julgado que a discussão ora tratada parece ter voltado aos eixos.

Tal conclusão não é nova, mas é pouco enaltecida. A regra majoritariamente aceita e repisada neste entendimento do Pretório Excelso prestigiou o antigo princípio da separação de poderes e revelou deferência às capacidades institucionais típicas dos Poderes e suas reservas de atuação, tendo em vista que a análise atalhada pelo Judiciário acerca de um pleito administrativo seria impedida pela ausência de demonstração de *efetiva lesão ou ameaça a direito*, como exige o texto constitucional, além do risco de transformar o Poder judicante em “mero carimbador”.

Para iniciar o argumento do texto, rememore-se o teor do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Em uma primeira e literal leitura, é possível compreender que a norma extraída estipula uma vedação ao legislador, que não poderá indicar por lei hipóteses e matérias não passíveis de apreciação pelo Judiciário, estabelecendo verdadeiro obstáculo material. Por outro lado, também se interpreta da norma que ao legislador não é permitido criar qualquer tipo de obstáculo processual ou ao próprio direito de ação, o que, embora não imponha impe-

³ Ressalvadas raras exceções como a da justiça desportiva (art. 217, da CF), habeas data, e procedimento de revisão, edição e cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

dimentos a determinados temas de cunho material, acaba por embaraçar o acesso à Justiça pela dificuldade do uso do instrumento do processo, a exemplos de taxas judiciárias sem limites⁴ ou desproporcionais.

Duas locuções-chave são extraídas do referido dispositivo constitucional: *lesão a direito e ameaça a direito*. Estas são as expressas situações em que a lei não pode afastar o acesso ao Judiciário, e é neste ponto que se vislumbra a ligação umbilical entre o preceito constitucional da inafastabilidade de jurisdição e a condição da ação⁵ conhecida como *interesse de agir*.

A ausência de demonstração do interesse de agir (ou de outra condição da ação – a legitimidade) resulta na impossibilidade de apreciação do mérito da causa pelo Judiciário, partindo-se da ideia de que se adotou em regra a teoria eclética da ação no Brasil, resultando, para essa teoria, em extinção do feito por sentença terminativa sempre que ausente qualquer das condições da ação. Tais condições são expressamente previstas em lei, como no art. 17 do Código de Processo Civil⁶.

Mas seriam tais requisitos constitucionais? Afinal, a lei estaria limitando o acesso ao judiciário em aparente contrariedade ao preceito constitucional da inafastabilidade de jurisdição que diz que a *lei não excluirá* da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, criando um *obstáculo processual*.

E a conclusão não pode ser outra, senão por sua constitucionalidade.

No citado julgado, o Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão no sentido de que o direito de ação estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição, é compatível com a submissão do demandante a certos requisitos de ordem processual estabelecidos nas leis ordinárias, motivo pelo qual as condições da ação sempre tiveram acatamento nos Tribunais Superiores.

A tal conclusão se chegou porque a exigência da demonstração de que a obtenção do provimento judicial é providência adequada, útil e necessária – pressupostos que constituem o denominado “interesse de agir” exigido expressamente no art. 17 do Código de Processo Civil – tem sido considerada como *requisito natural* para o acesso ao Poder Judiciário, com fonte direta do próprio art. 5º, XXXV, da Constituição. Em outras palavras, embora aparentemente seja condicionante inaugurada por lei federal, o interesse de agir é extraído e revelado *diretamente* da interpretação do dispositivo constitucional, o que repele qualquer argumento no sentido da existência de limitação de acesso à Justiça pela lei.

Ao se ajuizar uma ação, busca-se a proteção de um interesse juridicamente violado. Diz-se, então, que o autor possui interesse de agir, de natureza instrumental, pois nasce da *necessidade* de se obter por meio do processo a proteção ao interesse substancial ou material. Ou seja, o processo revela-se como único remédio capaz à aplicação do direito no caso concreto em que

4 Súmula 667 do STF: Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

5 Não se desconhece o debate doutrinário quanto à permanência ou não das condições da ação no CPC de 2015.

6 Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

haja um prévio conflito. Torna-se necessária, portanto, a prestação jurisdicional quando o autor da demanda evidencia que houve fato violador do seu direito, sendo a jurisdição a indispensável forma de se obter a solução definitiva para o dissenso. Aliado a isso, deve o resultado pretendido ser útil, por meio de instrumento processual adequado.

Em outras palavras conclusivas, o requisito do interesse de agir estaria inextricavelmente ligado à necessidade de prova de lesão ou ameaça de lesão a direito, havendo harmonia entre as disposições da Constituição e do código processual.

Aqui há espaço para o destaque de uma clássica e importante máxima. O exercício da jurisdição subjetiva exige uma lide, uma situação configurada por um conflito de interesses em que há uma pretensão resistida. Vale dizer: nas relações com o Poder Público, surge o interesse a partir de alguma dificuldade do cidadão em ver seu direito concretizado, ainda que não tenha praticado qualquer ato ou requerimento. Essa resistência pode ser (i) espontânea da Administração Pública, durante uma (a) preexistente relação em curso ou (b) de inexistente anterior relação, ou (ii) inaugurada somente após uma provocação do cidadão.

A análise pela perspectiva dos *direitos potestativos* é o ponto central do argumento quanto ao momento em que surge o interesse de agir na relação jurídico-administrativa.

É potestativo (ou formativo) o direito cujo exercício é capaz de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este nada possa fazer a não ser se sujeitar. Não há uma correspondência com outro dever a ser prestado por quem se sujeitou, situação que é denominada como *estado de sujeição*, e que se difere, portanto, dos *direitos subjetivos* – justamente por não se contrapor a um dever como ocorre nestes. Em tais casos, não há se falar em violação ou ameaça *antes* mesmo que seja exercido contra quem de direito.

Para que se possa falar em uma obrigação de prestação pela Administração Pública em casos de direitos potestativos do administrado/cidadão, este, invariavelmente, necessita demonstrar o inequívoco interesse em exercê-los, momento em que o estado de sujeição se transmuda em dever. Somente a partir do requerimento surgiria o direito subjetivo, não se cogitando lesão ou ameaça *antes* disso.

Logo, em casos que o direito deva ser primeiramente exercido em face da Administração Pública, ausente qualquer dever desta e considerado inexistente prévio ato ameaçador ou lesivo a direito, não há se falar em interesse de agir e *não deve ser admitida* a provocação ao Poder Judiciário.

Por um lado, existem as mais variadas situações em que o administrado é surpreendido com um ato ou omissão do Poder Público que resulta em violação ou ameaça seu direito. Em tais casos estarão preenchidos os requisitos constitucionais para acesso imediato à Justiça já que o cidadão já sofreu um *ônus* em sua esfera jurídica. Já ocorrida a lesão ou ameaça, não há qualquer

necessidade de um requerimento administrativo. Eventual pedido à Administração serviria apenas para provocá-la a uma reconsideração ou reanálise de seu pleito pelo mesmo agente realizador do ato ou por um superior, tendo em vista que um mero esclarecimento fático ou documental poderia oportunizar uma nova decisão em favor do cidadão, além de se evitar uma demorada e quase sempre custosa batalha judicial. Porém, mesmo antes de qualquer requerimento do cidadão ou resposta da Administração, já estariam configuradas a lesão ou ameaça ao direito e a pretensão resistida aptas a autorizar o imediato ingresso com um processo judicial.

Tais situações são as mais corriqueiras. Imagine-se um servidor que não receba seu salário no prazo normativamente determinado, ou que tenha sido removido de região de lotação em violação aos dispositivos legais. Talvez, o exemplo mais compreensível diga respeito ao direito à saúde. Imagine-se um cidadão que deixou de receber um medicamento a que fazia jus pelo Sistema Único de Saúde – SUS – durante um tratamento que já vinha sendo realizado há meses. São todas esses exemplos em que a lesão ou ameaça a direito são flagrantes, seja por uma *inação* ou por *ação* do Poder Público, sendo dispensado qualquer peticionamento prévio à Administração Pública para que possa o cidadão provocar o judiciário.

Por outra via, inúmeras são as ocasiões em que a Administração Pública *necessita ser provocada para realizar um ato ou deixar de realizá-lo*. Em tais hipóteses, especialmente atinentes a direitos potestativos do cidadão, não há como se considerar existente qualquer lesão ou ameaça a direito antes mesmo de que este seja exercido. São ocasiões em que o administrado possui um direito *potencial e facultativo*, mas que a Administração Pública não pode satisfazê-lo antes de ser provocada justamente porque não sabe quando e se o cidadão vai ou não dele querer usufruir. Não há direito subjetivo, mas estado de sujeição. Exemplo clássico é o pedido de gratificação legalmente prevista em razão da conclusão de uma especialização ou doutorado, que precisa ser requerido e averbado nos assentos.

Em casos tais, antes do exercício do direito em um requerimento administrativo, por exemplo, não há como dizer ter havido qualquer pretensão resistida já que sequer oportunizou-se à Administração pública o deferimento ou não do pleito.

Com exemplos em diversas áreas a situação se tornará mais clara. Novamente a saúde será utilizada como tema e aqui se trará uma situação diversa da mencionada anteriormente. Suponha-se que uma pessoa descubra ser portadora de uma doença e, após atendimento médico no sistema público, seja-lhe receitado um medicamento fornecido pelo SUS. Nessa hipótese, antes que o cidadão compareça a uma unidade farmacêutica para obter o medicamento mediante receita não há que se falar em mora ou resistência do Poder Público com relação a uma prestação. Não teria surgido, ainda, qualquer lesão ou ameaça a direito antes que tenha recebido, por exemplo, uma negativa de fornecimento, ou uma alegação de que o fármaco demoraria dema-

siadamente a ser entregue. Parece claro que, antes de tentar obter o medicamento, não teria surgido qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito e, por isso, o ajuizamento de uma ação pleiteando o fármaco antes de demonstrar uma resistência do Poder Público não merece ter o mérito apreciado pelo Judiciário. Não haveria, nesse caso, qualquer necessidade de um processo judicial antes que o Poder Executivo fosse instado a realizar seu mister, qual seja, a prestação do serviço.

Veja-se que a hipótese se difere do exemplo visto em linhas pretéritas em que se alegou que haveria interesse de agir em um atraso no fornecimento de medicamento. Naquele exemplo, o fornecimento teria sido iniciado, mas, posteriormente, interrompido. E essa interrupção, causadora de imediata lesão a direito, que revela o atendimento dos requisitos para acesso à Justiça. Em outra perspectiva, no primeiro exemplo havia o *direito subjetivo* a uma prestação, enquanto no segundo há a configuração do *estado de sujeição*.

São vários os exemplos similares em que não há como se falar em conflito ou resistência sem que antes a Administração seja provocada mediante algum requerimento. Não faria sentido que um pedido de parcelamento de crédito tributário, que atenda aos ditames legais, fosse diretamente apresentado ao Poder Judiciário sem que se oportunizasse à administração fazendária a sua apreciação. Outra situação corriqueira é a já mencionada gratificação financeira por titulação acadêmica a servidor, em que a administração pública não pode incluí-la em seus vencimentos sem que antes seja instada a satisfazer os interesses do administrado. Não há qualquer lesão ou ameaça a direito que justifique o acesso do servidor ao judiciário para pleitear a inclusão de gratificação em seu contracheque antes mesmo que o Poder Público seja provocado a realizar o ato que lhe compete tipicamente. Somente em caso de alguma negativa ou mora injustificada é que surgiria um conflito, uma lesão ou ameaça de lesão a direito.

Interessante foi o enfoque dado pelo Supremo Tribunal Federal no caso dos benefícios previdenciários. São hipóteses em que, em regra, a Administração Pública aguarda um pedido pelo cidadão que deseja ver atendido um direito após demonstrar o preenchimento de requisitos legalmente previstos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 631.240/MG (DJe 10/11/2014), Rel. Min. Roberto Barroso, em sede de repercussão geral, confirmando a posição já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, cristalizou o entendimento de que “*a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise*”. A análise do tema sob o viés dos direitos potestativos foi especialmente tratado no voto do Ministro Teori Zavascki no mesmo julgamento.

Inúmeros são outros exemplos práticos que abarrotam o judiciário para que aprecie pleitos de tal natureza sem que haja qualquer resistência do Poder Público. Ora, é corolário da separação de poderes que cada um deles te-

nha sua independência e exerça, majoritariamente, as funções típicas a que foram vocacionados pela Constituição ou pela Lei. Não cabe ao Poder Judiciário analisar situações de deferimento ou indeferimento de pleitos que são originalmente administrativos, no caso de direitos potestativos, por exemplo, sem que seja demonstrado que o Poder Público realizou ou deixou de realizar qualquer ato tendente a violar ou a ameaçar um direito. Haveria o risco de tornar o judiciário um mero carimbador de pleitos administrativos, ou em um “guichê de atendimento”, expressão utilizada pelo Ministro Roberto Barroso no voto acima citado.

Partindo-se da ideia de que o Brasil se inspirou no sistema inglês de controle de atos administrativos, o que se prestigia neste texto é a necessidade, em alguns casos, de que haja um anterior pedido administrativo antes de que se possa dizer ter ou não surgido a lesão ou ameaça a direito, especialmente nos casos de direitos potestativos, em que há a exigência de o administrado demonstrar o interesse em exercê-los. Caso a Administração Pública atenda ao pleito de imediato, terá cumprido seu papel e não haverá necessidade ou utilidade em se manejar uma demanda judicial. Porém, ainda que a partir do decurso de qualquer prazo normatizado ou uma desarrazoada mora em apreciar o requerimento, mesmo antes de qualquer negativa, surgirá a lesão ou ameaça a direito e, por consequência, o interesse de provocar o Poder Judiciário.

Um esclarecimento final é deveras importante. É comum a confusão entre requerimento administrativo e esgotamento da via administrativa. Em momento algum se defendeu o esgotamento da via administrativa, que se traduziria no aguardo de uma decisão final após um requerimento à Administração, mas a mera provocação seguida de uma resposta negativa ou morosa.

O que se pretendeu demonstrar é que a inafastabilidade de jurisdição não permite o acesso direto ao Poder Judiciário de forma incondicionada no tocante às relações com o Poder Público, razão pela qual a exigência ou não de prévio requerimento administrativo para se fazer surgir o interesse de agir dependerá da análise das características do direito envolvido, especialmente se potestativo, bem como a situação em concreto.

O agravo de instrumento e o microssistema da tutela coletiva na visão do STJ

Texto originalmente publicado no site Conjur e na Revista Capital Jurídico

O novo CPC enunciou em seu art. 1.015 as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Desde a publicação da lei, a doutrina procurou desvendar se o rol de hipóteses de cabimento do recurso seria taxativo ou exemplificativo, ou, ainda, se caberiam interpretações restritivas ou extensivas.

Fato é que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema n. 988 em sede de recursos repetitivos, consolidou o entendimento no sentido de que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”

Em recente julgamento do REsp 1.925.492-RJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin, noticiado pelo Informativo de Jurisprudência n. 695, o Superior Tribunal de Justiça novamente enfrentou a discussão à respeito das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento diante da inovação trazida pelo novo código processual.

Dessa vez, a ação originária consistiu em ação de improbidade administrativa e a parte recorrente se insurgiu por meio de agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu o pedido de depoimento pessoal da parte ré. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu incabível o recurso por não se encontrar dentre as situações previstas no art. 1.015, do CPC, compreendendo ser igualmente inaplicável à ação de improbidade o artigo 19, parágrafo 1º, da Lei n. 4.717/1965, porque a lei se referiria à ação popular:

Art. 19. (...)

§ 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento.

Porém, o STJ decidiu de forma diversa. De acordo com o Ministro Relator, “a ideia do microssistema de tutela coletiva foi concebida com o fim de assegurar a efetividade da jurisdição no trato dos direitos coletivos, razão pela qual a previsão do artigo 19, § 1º, da Lei da Ação Popular (“Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento”) se sobrepõe, inclusive nos processos de improbidade, à previsão restritiva do artigo 1.015 do CPC/2015.”

Portanto, seria cabível o agravo contra qualquer decisão interlocutória em ações componentes do microssistema de tutela coletiva – inclusive ações de improbidade –, e não apenas nas hipóteses do art. 1.015 do CPC.

Esclarecendo ainda mais o tema, destacou o voto:

Nesse sentido: “Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de ‘propiciar sua adequada e efetiva tutela’” (REsp 695.396/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 27.4.2011).

Outro ponto importante do acórdão foi a menção ao entendimento do próprio Tribunal da Cidadania no sentido de que “o Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microssistema de tutela coletiva”, a exemplo do REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.8.2013.

Tal interpretação igualmente encontra lastro no próprio artigo. 1.015, que em seu inciso XIII prevê cabimento do agravo em “outros casos expressamente referidos em lei.”

Por isso, o Relator concluiu que “a norma específica inserida no microssistema de tutela coletiva, prevendo a impugnação de decisões interlocutórias mediante agravo de instrumento (art. 19 da Lei n. 4.717/65), não é afastada pelo rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, notadamente porque o inciso XIII daquele preceito contempla o cabimento daquele recurso em ‘outros casos expressamente referidos em lei’, conforme decidido no AgInt no REsp 1.733.540/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 4.12.2019).

O entendimento resulta na aplicação indiscriminada do agravo de instrumento a todas as decisões interlocutórias no âmbito do microssistema da tutela coletiva, em similitude ao que era previsto no CPC de 1973.

Colhe-se, então, que o STJ compreende atualmente que se aplica à ação de improbidade administrativa o previsto no artigo 19, § 1º, da Lei da Ação Popular, segundo o qual das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento — sem restrições e de forma genérica —, afastando-se a incidência primária da taxatividade mitigada do art. 1.015, do CPC, em razão do reconhecimento do microssistema da tutela coletiva.

Corte Especial do STJ estabelece critérios para modificação das astreintes

Texto originalmente publicado no site Migalhas

O Superior Tribunal de Justiça divulgou em seu Informativo de Jurisprudência n. 0691, publicado em 12 de abril de 2021, decisão de sua Corte Especial nos embargos de divergência EAREsp 650.536/RJ, de Relatoria do Min. Raul Araújo, julgado em 07 de abril deste ano, tratando sobre a possibilidade de **modificação das astreintes a qualquer tempo**, inclusive em fase executória, e estabelecendo alguns **critérios para alterações**.

Astreinte é a multa processual pecuniária determinada pelo juiz para coagir indiretamente o devedor a cumprir obrigação imposta.

Ainda que o acórdão não tenha sido publicado, o informativo esclarece o teor da demanda e revela os contornos de questões que, embora não sejam todas inéditas, devem servir de parâmetro mais seguro daqui em diante por terem sido apresentadas pela Corte Especial.

Conforme noticiado, o informativo rememorou que no julgamento do Recurso Especial 1.333.988/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a Segunda Seção, no **Tema 706**, consolidou a tese de que “**a decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada**”.

A tal conclusão também havia se chegado quando do julgamento do **Tema 98**, que tratou da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. Em tal oportunidade, o STJ ratificou a **não incidência do instituto da coisa julgada na revisão do valor das astreintes**.

No julgamento deste mês, também permaneceu o entendimento no sentido de que o magistrado poderá, **a requerimento ou de ofício, a qualquer tempo, mesmo que o feito já esteja na fase do cumprimento de sentença, elevar, reduzir ou excluir o valor das astreintes**, a partir da razoabilidade e proporcionalidade ou até mesmo por ausência de justa causa para sua manutenção.

Curiosamente, o STJ mantém seu entendimento pela ausência de preclusão para alteração das astreintes mesmo após a vigência do novo Código de Processo Civil que, em seu art. 537, dispõe expressamente que somente seria permitido ao magistrado modificar o valor e a periodicidade da multa **vincenda**:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e

poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da **multa vincenda** ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

(...)

Também, a Corte Especial decidiu pela possibilidade de o magistrado modificar as astreintes mais de uma vez, caso identifique que o valor novamente se tornou excessivo ao se considerar a obrigação imposta ao devedor ao longo do tempo.

O ponto mais interessante é que, revivendo precedente da Quarta Turma no julgamento do AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a Corte Especial estabeleceu algumas balizas na análise das astreintes a partir de “**dois vetores de ponderação**”:

- a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as astreintes devem ser suficientemente persuasivas; e
- b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.

Nesse norte de ideias, o Relator dos embargos de divergência apontou as seguintes **diretrizes** para guiar o magistrado ao analisar eventual reajuste do montante das astreintes:

- i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado;
- ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade);
- iii) capacidade econômica e de resistência do devedor;
- iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to

mitigate the loss).

Espera-se que esta decisão, e especialmente os últimos 4 (quatro) parâmetros, possam dar melhor direcionamento aos julgadores na difícil tarefa de estabelecimento das astreintes ao longo do tempo do processo.

Dano Eficiente no direito do Consumidor

Texto originalmente publicado no site JusBrasil

É comum ver os operadores do direito reclamarem de baixas condenações judiciais em ações indenizatórias em temas repetitivos, até mesmo contra a mesma empresa.

Empresas de telefonia, instituições financeiras e demais fornecedores de serviços rotineiramente são condenados a indenizar consumidores por danos morais causados por inclusões indevidas nos cadastros de restrição ao crédito, por contratações fraudulentas ou por falhas repetitivas nas prestações de serviços. Por vezes, oferecem acordos de baixo valor que se tornam interessantes ao consumidor em razão da possibilidade de recebimento rápido.

Você pode se indagar: por que as empresas continuam a insistir nas falhas da prestação do serviço? **Não seria mais fácil investir em pessoas e sistemas para evitar tais problemas?**

Eis a questão. **Pode ser mais fácil, mas provavelmente é mais caro!**

Logo, as empresas avaliam se é **mais barato pagar indenizações** ou **investir** em departamentos ou sistemas para **corrigir ou evitar** tais inúmeras lesões aos consumidores.

Isso tem nome. **DANO EFICIENTE** e **DANO INEFICIENTE**.

O professor e doutrinador César Fiuza há anos trata do tema com a clareza que lhe é peculiar:

*Fala-se, outrossim, em **dano eficiente** e **dano ineficiente**. Ocorre dano eficiente, **quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano**. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O **dano ineficiente**, por seu turno, **é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário**. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o recall, por ser mais barato.*

A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos. O problema é de difícil solução, exigindo do juiz um enorme exercício de bom senso e, às vezes, de coragem. O legislador poderia pôr fim ao dilema, editando norma, segundo a qual parte do valor da condenação iria para a vítima, a título de reparação pelos danos sofridos, enquanto a outra parte reverteria aos cofres públicos, sendo afetada à utilização em programas sociais. (FIUZA, 2008, p. 720.)

Para conhecer e entender mais sobre o tema, é necessário adentrar na **análise econômica do direito**, o que será objeto de texto futuro.

Quero empreender sozinho. Empresário Individual, EIRELI ou Sociedade Limitada Unipessoal?

Texto originalmente publicado no site Jus.com.br

Vamos imaginar que a economia está favorável, você tem um bom dinheiro guardado e pensou em usar parte para exercer uma atividade empresária. Além disso, não pretende atuar como um autônomo na informalidade.

Neste caso, em regra a pessoa física que pretende exercer atividade econômica terá como opção 3 tipos jurídicos: **Empresário Individual**, **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)** e **Sociedade Limitada Unipessoal (SLU)**. Em todos esses há a necessidade de formalização do registro.

1. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

Sua primeira opção é ser **Empresário Individual** (art. 966, do Código Civil). Neste caso, o empresário realiza a atividade em nome próprio e os bens do empreendimento se confundem com seus bens pessoais, motivo pelo qual podem ser atingidos para pagamentos de débitos do seu negócio. Não há necessidade de investimento mínimo e **não há criação de pessoa jurídica** com patrimônio independente. No insucesso, o empresário poderá ter seus bens particulares alcançados para pagamento das dívidas mesmo que não afetados para a atividade. Por isso se diz que sua responsabilidade é direta e **ilimitada**. Um último ponto gera bastante dúvida: a inscrição no CNPJ (cadastro nacional de pessoas jurídicas) serve para fins de controle fiscal, não significando que o empresário individual seja pessoa jurídica. Afinal, somente a lei diz quem são, e este tipo jurídico não está elencado no rol das pessoas jurídicas do art. 44 do Código Civil.

Atente-se que o profissional que exerce atividade intelectual, em regra, não pode optar por ser empresário individual porque não realiza atividade econômica organizada segundo a lei (art. 966, parágrafo único, do Código Civil). Há exceções permitidas em leis especiais, como é o caso da sociedade unipessoal de advocacia.

O Microempreendedor Individual (MEI) não é um tipo novo, mas uma forma de ser empresário individual para atividades de micro porte, com regras simplificadas (art. 968, §4º, do Código Civil), **com faturamento de até R\$81.000 por ano, podendo contratar apenas 1 empregado e para atividades previs-**

tas no art. 140 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional. É uma política pública que visa formalizar autônomos de forma simples, barata e rápida. Dependendo da atividade que você irá exercer e se atender a tais requisitos, poderá ser empresário individual nessa modalidade MEI.

As ME (microempresas) e EPP (empresa de pequeno porte) também não são tipos jurídicos, **mas apenas qualificações de atividades de acordo com seu porte e faturamento do empresário individual**, da EIRELI, e das sociedades empresárias ou simples (não empresárias), tudo com base na Lei Complementar nº 123 de 2006.

2. EIRELI

Também poderá optar pela **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI**, inserida no Código Civil no art. 980-A em 2011.

Foi criada para evitar a abertura de sociedades limitadas de fachada em que havia apenas um sócio com 99% das cotas, e um outro com 1%, somente para formalizar uma sociedade já que esta possui proteção patrimonial, sendo, na prática, um empresário individual disfarçado de sociedade.

Embora também possa ser composta por uma pessoa (física ou jurídica), a EIRELI se distancia do empresário individual porque **é pessoa jurídica** (art. 44, VI, do Código Civil) e tem **patrimônio distinto do seu titular**, separado do patrimônio pessoal. Por isso, a responsabilidade é considerada limitada. Há a exigência legal de **capital mínimo de 100 (cem) salários mínimos** para ser constituída. A pessoa física somente pode ser titular de uma EIRELI, mas pessoas jurídicas podem titularizar mais de uma.

Foi proposta no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4637 contra a exigência de 100 (cem) salários mínimos de capital para constituição da EIRELI, mas foi julgada improcedente, por maioria, no final de 2020.

3. SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

Por último, poderá criar uma **Sociedade Limitada Unipessoal**, inserida em 2019 no parágrafo primeiro do art. 1.052, do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874 de 2019).

Não se trata de um novo tipo jurídico, **mas apenas a possibilidade de a tradicional sociedade limitada ser constituída por apenas um sócio.**

Em outras palavras, a inovação foi a possibilidade de se criar a sociedade limitada com 1 ou mais pessoas, e não mais com “2 ou mais pessoas”, mas ainda é a mesma sociedade limitada já existente.

Então, é uma **pessoa jurídica**, com separação patrimonial do sócio e com responsabilidade **limitada**. Veio para aprimorar a EIRELI ao possibilitar a formação com apenas um titular e **sem a exigência de capital social mínimo**.

4. QUAIS VANTAGENS E DESVANTAGENS DE CADA UMA? QUAL ESCOLHER?

O **empresário individual** deve cair em desuso por ser menos protetivo ao titular, salvo àquele que optar por ser Microempreendedor Individual (MEI), por ser uma solução barata e rápida para autônomos se formalizarem para atividades de microporte.

Igualmente, a partir de agora a **EIRELI** também deverá ser pouco registrada em razão da exigência de 100 (cem) salários mínimos de capital para constituição, o que não é exigido na **Sociedade Limitada Unipessoal**. Apesar disso, a EIRELI deve ser mantida no ordenamento jurídico para que as atuais não sejam obrigadas a gastar dinheiro com a transformação de um tipo jurídico em outra.

Doutrinadores como o professor André Santa Cruz defendem que a EIRELI possui uma vantagem sobre as Sociedade Limitada Unipessoal. Quando a EIRELI foi criada, foi pensada a exigência de um capital mínimo de 100 (cem) salários mínimos em contrapartida a uma maior proteção. O § 4º do art. 980-A do Código Civil previa uma maior blindagem que afastava a desconsideração da personalidade jurídica:

§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente. (VETADO)

Mas este parágrafo foi vetado sob pretexto de conflitar com a desconsideração da personalidade jurídica, provavelmente para evitar uma blindagem absoluta do patrimônio do titular. Isso fez com que a exigência dos 100 (cem) salários mínimos ficasse sem contrapartida e, então, não mais se justificaria a utilização de uma EIRELI pelo empreendedor.

Por outro lado, para tentar corrigir tal situação, a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874 de 2019) incluiu o § 7º no art. 980-A do Código Civil para tentar reviver a norma do § 4º, a fim de manter alguma justificativa atual para existência da EIRELI e seu capital mínimo. Mas, em vez de afastar completamente a desconsideração da personalidade jurídica – o que elevaria o risco de novo veto – a nova norma ressaltou os casos de fraude:

§ 7º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de **fraude**.

O § 7º exige a ocorrência de **fraude** para afetação do patrimônio do titular da EIRELI. A priori, esse requisito é **mais rigoroso** que os da desconsideração da personalidade jurídica do art. 50 do Código Civil. Afinal, este último artigo prevê a desconsideração em caso de **abuso da personalidade jurídica**, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o que é mais fácil de ocorrer do que a **fraude**.

Porém, essa diferenciação poderá ser afastada pelo judiciário caso compreenda que se trate da mesma situação e seja possível a desconsideração da personalidade tal qual prevista no art. 50 também para a EIRELI, o que faz com que alguma vantagem do instituto previsto art. 980-A se desfaleça, sendo a intenção do legislador ignorada.

Neste caso, aparentemente a Sociedade Limitada Unipessoal sempre será mais vantajosa que a EIRELI.

Bibliografia

ARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. **Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)**. Curitiba: Juruá, 2018.

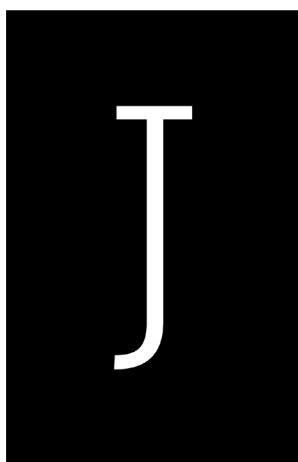
COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Juruá, 2021.

FRANCO, Isabel. **Guia Prático de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GIOVANINI, Wagner. **Programas de Compliance e Anticorrupção: importância e elementos essenciais**. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

IBGC. **Instituto Brasileiro de Governança Corporativa**. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/quemsomos/>>. Acesso em: 05 de março de 2021.

WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. **The law of debtors and creditors: text, cases and problems**. 7ª ed. Aspen Publishers, 2014.



www.revistacapitaljuridico.com.br