O ASTRÔNOMO JURÍDICO MIOPE E OUTRAS CRÔNICAS

- Uma forma muito legal de se aprender o Direito Comercial *y otras cositas más* –

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

INTRODUÇÃO

Esse *"Astrônomo Jurídico Míope"* constitui uma coleção da grande maioria dos textos por mim publicados ao longo dos últimos anos em periódicos, tendo sido o principal deles o "Migalhas". Sua reunião no meu site tem por objetivo precisamente o de que eles não se percam, uma vez que acredito encerram conhecimentos importantes nas diversas áreas abordadas (principalmente quanto ao Direito e à Economia), não deixando de destacar o ataque a temas ligados à literatura, à educação, à internet (dando-se destaque ao munda das novas tecnologias) e, como não poderia deixar de acontecer, à política pátria, que atua mais como uma (des)política do que outra coisa qualquer.

Os artigos originais foram objeto ao seu final de observações atualizadoras ou esclarecedoras sem o objetivo de reescrevê-los por completo, ficando os leitores advertidos de não fazerem leituras e interpretações anacrônicas. Notarão esses que muitos textos foram escritos em parcerias com outros colegas, destacando-se a querida Professora Rachel Sztajn, com que tenho aprendido muito como professora e colega dos cursos de pós graduação na Faculdade de Direito da USP, nos quais temos procurado fazer com que os alunos pensem mais do que simplesmente relatem os temas das aulas.

Os textos originais dos artigos encontram-se em fonte preta. As observações e atualizações em azul.

Não foi observada a ordem cronológica de publicação.

TEXTO DOS ARTIGOS

A) DIREITO

I) Arbitragem

ARBITRAGEM: UMA RECEITA SIMPLES, RÁPIDA, SEGURA E BARATA

Introdução

O Brasil está muito perto de chegar ao reconhecimento da plena constitucionalidade da Lei 9.307/96, a chamada *"Lei da Arbitragem",* fato propiciador da sua induvidosa utilização em nosso sistema jurídico. Como se sabe, dos onze ministros do SRF, seis deles já votaram pela

constitucionalidade dos controvertidos artigos 6º e 7º daquele texto legal. Somente um inesperado acidente de percurso, portanto, poderá levar a Magna Corte a um resultado contrário ao entendimento majoritário já delineado. Uma vez reconhecida estar obediente à constituição, o instituto da arbitragem poderá mostrar as enormes vantagens de sua adoção. Em termos de relação custo/benefício e no plano dos direitos disponíveis – para os quais foi efetivamente instituída -, ela mostra-se insuperável quanto àqueles aspectos, quando comparada com o recurso ao Poder Judiciário.

1. Receita Simples

Qualquer ação judicial passa por inúmeros riscos ao longo de todo o tempo de sua duração. Nas ações mais complexas o risco é ainda maior. Muitas vezes maior. O direito processual – na busca da efetivação do "devido processo legal" - tornou-se tão complexo e casuístico, que pode ser comparado a uma interminável estrada, cheia de múltiplos entroncamentos de destino duvidoso e inteiramente ladeada de bananeiras pejadas de cachos bem amarelos, caindo os frutos pelo chão e espalhando-se nele. Nem o mais reputado advogado poderá dizer que não está livre de inesperadas escorregadelas. Algumas sanáveis pelos *"jurispedistas"* ("ortopedistas do direito"); outras capazes de transformarem o paciente em um tetraplégico jurídico (ganham a ação, mas quase nada sobrou do seu direito); a maioria delas mostram a face maniqueísta do processo, onde não há meio-termo: se uma parte representa do Bem e vive, a outra encarna o Mal, devendo morrer. E, em sua morte, além de pagar o próprio enterro, ainda deverá subsidiar a festa de comemoração do adversário.

Impossível é explicar ao cliente, ferido em seu natural sentido de justiça, que sua causa foi por água-a-baixo por causa de uma pequena casca de banana processual.

E não se esqueça da morte súbita da parte, muitas vezes provocada por uma eventual liminar, deferida pelo juiz em favor da outra, com efeito satisfativo.

No Judiciário, todo advogado é um Hamlet do Direito: que ação propor? A que lei recorrer? Quais argumentos usar? Qual o recurso a interpor? Que prova pedir? E o Juiz, em seu trono magistral e qual esfinge impenetrável, diz ao pobre causídico passante: *"Se não me decifrares, te devoro; Se me decifrares, também te devoro*".

O juiz, muitas vezes, em causas de grande complexidade técnica, deve julgar os efeitos de um negócio que vê pela primeira vez em toda a sua vida, sendo-lhe extremamente difícil fazer as jogadas corretas naquela interminável partida de xadrez onde, frequentemente, o cavalo vem a pular do alto da torre e a rainha foge com o bispo, enquanto o rei faz um roque. O resultado é que a Justiça entra em xeque-mate e o bom direito tomba de lado.

Não se esqueça, ainda, que certos processos se transformam em verdadeiros *"Franksteins"* jurídicos, formados indevidamente por partes esdrúxulas, artificialmente ajuntadas em um só corpo, levado à morte certa por causa da auto rejeição interna que apresentam. Outros, ainda, tornam-se intricados nós Górdios, que nem a mais afiada espada da Justiça poderá despedaçar.

Na arbitragem, pelo contrário, estabelecido pelas partes o campo no qual deverá desenvolver-se, ele se mostra liso e receptivo como um legítimo gramado inglês, sem qualquer falha. O direito será atribuído a quem o merece, por técnicos que dominam plenamente aquele jogo, dando a cada um o que é seu. E este *"seu"* pode ser o *"nosso",* de ambas as partes, e não somente de uma delas.

2. Receita rápida

Quantos anos pode durar um processo até o trânsito em julgado de uma sentença definitiva? a) de um a três anos? b) de um a quatro anos? c) de um a cinco anos? d) de um a dez anos? e) todas as anteriores? Essa é uma resposta tão difícil quanto afirmar-se categoricamente que não há outro planeta habitado no universo.

Por mais tempo que possa durar uma arbitragem, ela sempre representará um pequeno lapso de tempo se comparado com o de uma ação judicial, perfeitamente suportado pelas partes.

Entre os empresários, tempo é, sem dúvida alguma, um dinheiro precioso, pelo qual pagam um custo elevado. Uma enorme delonga processual pode levar a um resultado positivo vazio de conteúdo para o próprio ganhador, que se viu alijado de um mercado extremamente dinâmico enquanto esperava a declaração do seu direito.

3. Receita segura

Ajuizar uma ação é como botar um filho no mundo: nunca se sabe o que vai dar: se um Rui Barbosa ou um Lalau; se um Ghandi ou um Mcveigh, por mais que os advogados, pais processuais daqueles filhos, possam ter se esforçado. As variáveis do bom ou do mau resultado de um processo judicial chegam ao infinito.

O fecho de uma arbitragem, em contrapartida, dificilmente deixará de aplicar a solução mais adequada, de chegar ao resultado mais justo. Isto está fundado, principalmente, no conhecimento profundo do problema proposto, pelos árbitros, e na atenção que dedicam ao caso: ele é muito especial, trabalhado com o máximo zelo, e não apenas outro problema entre centenas que invadem a mesa de um juiz todos os dias, confundindo-se entre si como vultos escuros em uma noite de neblina.

d) Receita barata

Por mais cara que possa vir a revelar-se uma arbitragem, ela sempre será mais barata do que um processo judicial, se a matéria a ser decidida for complexa e os valores em jogo elevados.

A conta direta do perdedor no Judiciário: Honorários dos advogados de ambas as partes; custas processuais; perícias (perito do juiz e dois assistentes técnicos); pareceres de jurisconsultos; na condenação, pagamento do principal corrigido, mais juros e indenização por danos materiais e morais (contra a imagem da empresa). O custo indireto: horas de trabalho sem conta, perdidas em reuniões com os advogados, até que eles *"pesquem"* o problema, muitas vezes precisando formar uma grande banca de "especialistas"; a febril expectativa quanto a um mau resultado, que paralisa as atividades da empresa, em detrimento dos seus investimentos e, consequentemente, dos lucros.

O ganhador não deixa de sofrer prejuízos diretos (não recuperará tudo o que gastou no processo) e indiretos, relacionados com o custo "intangível", sofrido pela sua empresa.

Na arbitragem, as tabelas de custas têm sido fixadas em valores bastante razoáveis, revelando a experiência internacional que seu custo sempre é inferior ao de uma ação judicial. Quanto a pareceres de jurisconsultos, tornam-se desnecessários, porque os próprios árbitros são juristas de renome em suas áreas de conhecimento.

As mesmas considerações são válidas, ainda com maior ênfase, para a solução pacífica de controvérsias, efetuada pelo instituto da mediação.

Pensando na solução das questões que lhes são próprias, nunca será demais enfatizar, como dizem os economistas, a enorme eficiência alocativa dos institutos da arbitragem e da mediação. Portanto, repita-se, é a hora e a vez da arbitragem. Não há outra alternativa. É pegar ou pegar.

NOTA Nº 1

Em 12.12.2001 o Plenário do STF, por maioria de votos, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem no julgamento do SE 5206, quando se discutiu a necessidade de homologação laudo arbitral proferido na Espanha, ocasião em que surgiu um incidente de inconstitucionalidade. A partir dessa decisão a arbitragem passou a consolidar-se no Brasil, com grande aceitação, completada a sua abrangência quando da promulgação da Lei 13.129, de 26.05.2015, a qual escoimou dúvidas até então existentes sobre a possibilidade da utilização desse instituto pelas entidades da administração pública direta, com a restrição óbvia de que a sentença arbitral não viole os bons costumes e a ordem pública.

O JUDICIÁRIO E A VALORIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

(27.09.2018)

Estando para completar seus dezesseis anos de vida, a lei de arbitragem caminha firme no seu processo de consolidação, tendo ultrapassado diversos percalços relacionados ao seu entendimento e alcance. Um dos maiores problemas da arbitragem tem se colocado no campo de suas relações com o Judiciário, dentro do qual têm sido ajuizadas diversas ações objetivando o afastamento temporário ou definitivo da arbitragem em relação a determinadas demandas, seja com o caráter preventivo, seja no curso daquela. Além disto, têm se verificado a existência de ações buscando a anulação da sentença arbitral, procurando-se utilizar o Judiciário como uma instância superior ao juízo arbitral, com poder revisor, no mérito.

Quando o recurso ao Judiciário se dá fora dos parâmetros estabelecidos na lei – e posso afirmar que assim acontece na maior parte dos casos – o resultado tem sido o da afirmação do procedimento arbitral, dando-se como consequência a sua consolidação progressiva. Seja por ignorância, seja por má fé, as pretensões em tal sentido têm o efeito negativo de atrasar a decisão arbitral ou a sua execução e aumentar os custos do procedimento. Ao fim e ao cabo, têm sido superadas as resistências malevolamente opostas ao juízo arbitral e às sentenças que os árbitros proferem, alcançando-se o fim almejado pela parte inocente, que é o da busca da verdade diante de uma pendência que tenha surgido.

No sentido acima, o STJ colocou uma verdadeira *pá de cal* nas ações que têm sido intentadas no curso de arbitragens.

Como se sabe, quando se trata de direitos disponíveis, o legislador, ao estabelecer o instituto da arbitragem com as características que são encontradas na Lei 9.307/1996 abriu para os interessados uma nova porta além do Judiciário, que pode ser livremente escolhida para a solução de pendências futuras ou, mesmo, no curso de uma disputa superveniente. E para o fim de tornar a arbitragem eficaz (não se tratando de um mero *trailler* da verdadeira disputa), estabeleceu-se que, uma vez escolhido este caminho, afasta-se contratualmente a competência do Judiciário. Cuida-se aqui do exercício pleno do princípio constitucional da autonomia privada.

Como já decidido pelo STF, não se trata de impedir o legítimo direito constitucional de acesso à Justiça, mas da possibilidade de opção por um modelo alternativo no qual a sentença arbitral tem o mesmo peso da decisão judicial, tão somente não gozando de executividade autônoma (*enforcement*).

Desta maneira, encontrando-se uma arbitragem em andamento, a regra geral está na falta de competência do Judiciário para imiscuir-se no procedimento, o que ocorre, conforme dito acima, seja por meio de cautelares destinadas a impedir a instalação da arbitragem ou para resolver uma pendência incidental; seja para anular a sentença que tiver sido proferida.

A regra acima encontra exceções no caso de questões urgentes que não possam ser dirimidas no tempo útil pelos árbitros, momento em que a parte interessada pode recorrer ao Judiciário para dele obter uma medida cautelar na defesa dos seus interesses. Mas esta intervenção do Judiciário é provisória, não sendo ela substitutiva da competência dos árbitros.

De acordo com a decisão do STJ pelas mãos da Ministra Nancy Andrighi, *"em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente às regras de competência, submetendo-se o pedido cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar".*

Trata-se de uma situação comum quando, por exemplo, dentro da fase na qual a parte interessada requereu a instauração do procedimento arbitral, nos termos da cláusula compromissória que tenha sido assinada em um contrato, até o momento em que o tribunal arbitral tenha sido instalado. Neste interregno de tempo algumas questões urgentes podem suscitar a necessidade da concessão de uma medida cautelar pelo Judiciário. Mas uma vez instalada a arbitragem, os árbitros decidirão autonomamente a respeito, confirmando ou não a liminar concedida, vindo a estabelecer o caminho adequando de acordo com a cláusula compromissória e os termos da avença celebrada entre as partes.

Este é o verdadeiro sentido da aplicação do princípio *competência-competência*, fundamental para a arbitragem e que acabe de ser solidificado pelo STJ.

OS GARGALOS DA ARBITRAGEM

(26.09.2016)

Parabéns prá você nesta data querida,
Mas ainda há muito a fazer
No decorrer da sua vida.

Introdução

Perdoe-me o leitor por verso tão pobre, que deve fazer Olavo Bilac revirar-se várias vezes em sua tumba, tamanha a sua justa indignação. Mas a verdade presente no verso é incontrastável. A Lei de Arbitragem chega vitoriosa aos seus vinte anos, mas o instituto de que

trata ainda necessita do buril de um artesão exímio para que sejam aperfeiçoadas algumas de suas facetas, de maneira a que a sua eficácia se aperfeiçoe. É claro que muita coisa melhorou desde que este e outros autores comemoraram os doze anos do início de sua fulgente adolescência, que havia ficado um pouco esmaecida até que o STF afirmasse que aquela lei havia sido promulgada para valer e não para ficar entre aquelas *"que não pegaram*[1]*".*

Chamei as imperfeições da arbitragem de *gargalos*, ou seja, de *pontos de estrangulamento*, que fazem com que ela flua com eficácia menor do que poderia. Esses problemas podem ser eliminados ou, dentro de uma ótica menos otimista, minimizados sensivelmente.

A questão não se coloca no plano da lei da arbitragem, objeto de recente modificação na busca de fazer o instituto se prestar melhor ao papel de alternativa ao Judiciário como fonte da solução que pendências no plano dos direitos patrimoniais disponíveis. Como poderemos ver em seguida, trata-se de mudanças eventuais nos regulamentos das entidades que administram a chamada arbitragem institucional, mas principalmente se aplicam dentro de uma necessária evolução da cultura litigiosa secular, que ainda grassa no meio arbitral.

Destaque-se como pano de fundo da arbitragem que as partes ao fazerem opção em seu favor desejam, na eventualidade de uma futura litigância, que a matéria a ser solucionada esteja nas mãos de julgadores que a conhecem em profundidade. Este fator é inicialmente de responsabilidade das partes na escolha dos árbitros que comporão o tribunal arbitral e, em seguida, passa para a responsabilidade dos dois árbitros que designarão o seu presidente. Em algumas vezes caberá à própria entidade arbitral fazer escolhas em tal sentido, caso as partes não cheguem a um acordo.

Segue-se o interesse de que a lide seja resolvida no mais breve tempo possível e a um custo aceitável, precisamente com um resultado oposto ao que se verifica no Judiciário, no qual uma causa pode levar muitos anos para chegar ao seu desfecho.

1. *Processualização* excessiva

O primeiro gargalo corresponde às tentativas de *processualização* indevida dentro dos esquemas estabelecidos pelo Código de Processo civil, voltado para pendências na órbita do Judiciário. Aqui são verificados dois problemas; **(i)** a litigância levada a extremos que somente pode trazer prejuízos para o processo arbitral; e **(ii)** o CPC não é fonte regedora da arbitragem, como se sabe.

Não se trata, evidentemente, de negar o devido processo legal, obrigatoriamente presente também na arbitragem. Mas ele deve ser utilizado de forma razoável, sempre presente a boa-fé das partes.

É absolutamente necessário superar-se a concepção no sentido de que as partes são inimigas uma das outras, consequência que leva à transformação do processo em uma guerra sem tréguas. Na verdade, esta visão é antecedente ao processo arbitral, ligada à boa-fé originária que anteriormente levou as partes celebrarem um acordo segundo uma atuação construtiva e colaborativa e a concordarem em regerem eventual desentendimento contratual ou societário no campo da arbitragem. É claro que durante a execução da operação realizada entre as partes, a boa-fé deve imperar segundo os princípios de informação e de transparência recíprocas, a serem exercidos para o sucesso do negócio encetado.

---

[1] *"Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9307/1996",* São Paulo: Malheiros, 2008.

Mais uma vez reforça-se a ideia de que o caminho da arbitragem deve estar alicerçado segundo um *animus* de ampla e permanente colaboração. Se desde o início de suas relações, quando começaram a erigir o contrato que as ligaria, as partes já desconfiavam uma da outra, de quase nada adianta inserir no seu texto inúmeras cláusulas de salvaguarda porque elas se revelarão inúteis.

De acordo com o segundo ponto a arbitragem deve ser conduzida de acordo com o que determina a lei própria e, nos casos da arbitragem institucional, nos termos do regulamento da entidade livremente escolhida pelas partes segundo, naturalmente, os limites legais. Neste sentido, o CPC não é o fundamento dos ritos processuais da arbitragem, exceto, excepcionalmente quando a lei expressamente determine em tal sentido.

Entre os desvios que se verificam a este respeito localiza-se a frequente tentativa de transformar o pedido de esclarecimentos sobre pontos da sentença em embargos infringentes, na tentativa de modificá-la, não se aceitando que tal pedido está expressamente limitado à correção de erros materiais; ao esclarecimento sobre obscuridade, dúvida, obscuridade ou contradição da sentença arbitral; ou à necessidade de que o tribunal arbitral se pronuncie a respeito de ponto omitido em sua decisão.

2. Demora injustificada

Em muitos casos, infelizmente, tem sido muito longo o tempo entre o pedido da instituição de uma arbitragem e o seu início efetivo quando da assinatura da Carta de Missão ou Termo de Arbitragem. Claro que não devem ser considerados nesse período os trâmites necessários, a serem regularmente desenvolvidos no âmbito da entidade escolhida para a administração do processo arbitral, mas sim certas práticas presentes nesse *mercado*, consistentes, por exemplo, na impugnação frequente e sucessiva do nome de árbitros indicados pela contraparte, fundada em alegados critérios de suspeição os quais muitas vezes revelam-se despidos de fundamentos consistentes.

Pode ser esse um sintoma da busca pela parte impugnante de um árbitro que entenda ser mais favorável ao ponto de vista que defenderá no caso (à luz, por exemplo, de alguma indicação do voto que deverá proferir, baseado em qualquer texto que tenha escrito anteriormente), ou tratar-se simplesmente de uma medida protelatória, enquanto que o interessado, paralelamente, toma medidas oportunistas destinadas a afastar previamente os efeitos de uma eventual derrota no processo.

Os casos de demora desse tipo devem ser enfrentados com energia pelas entidades que administram a arbitragem institucional, concedendo-se prazos bastante exíguos para os procedimentos de impugnações e desde logo afastando aquelas feitas na ausência de fundamentos claros e evidentemente razoáveis, apresentados pela parte interessada. Sob este aspecto deve ser reforçado o princípio da competência-competência, dando-se ao tribunal constituído a primazia para a defesa de suas nomeações. Não se deve ter receio de eventual anulação do processo arbitral na esfera do Judiciário, que tem dado demonstrações sucessivas de afirmação do instituto, especialmente no que toca ao princípio *competência-competencia.*

Outro fator de demora indesejável no prazo do processo arbitral se coloca tanto na disponibilidade dos advogados que defendem os interesses das partes, quanto dos árbitros que compõe o tribunal arbitral. É claro que todos os envolvidos exercem outras atividades, mas neste sentido é fundamental que os participantes estejam disponíveis e em atividade ininterrupta (guardadas situações especiais de afastamento). Um exemplo causador de delongas não razoáveis do processo arbitral reside muitas vezes na extrema dificuldade de se conciliar as

agendas dos advogados e dos árbitros para o efeito da designação de audiências. Às vezes as tentativas podem chegar a alguns meses, o que é inaceitável em um processo dessa natureza.

Devem ser incluídas também pretensões não razoáveis consistentes em pedidos de medidas cautelares ou de tutela de evidência que não apresentem os fundamentos adequados, demonstradores aqueles de uma tentativa de protelamento do processo arbitral, do que resulta também o aumento do seu custo. Neste caso inclui-se a requisição de perícias desnecessárias ao deslinde do caso ou cuja realização deva ser feita em momento adequado do processo, o que causa perda de tempo do tribunal arbitral em estudar e denegar tais pretensões.

Outro fator negativo, determinador da extensão da arbitragem no tempo refere-se à *guerra de petições* entre as partes, feitas fora do calendário estabelecido no Termo de Arbitragem e a pretexto da contrariedade de algum direito das partes que as redigem. Em certas ocasiões o bombardeio de petições dessa natureza é tão intenso que o tribunal arbitral necessita tomar medidas para colocar ordem no processo, como às vezes costuma acontecer por meio de pedidos feitos pela utilização de reclamações ou de petições por e-mail, feitas diretamente aos árbitros, em forma não prevista na Carta de Missão.

Nesses casos o tribunal arbitral perde enorme tempo dando direito de resposta à outra parte (que muitas vezes atravessou sua manifestação antes da tomada de posição daquele), do que resta uma sensível confusão processual.

3. Falta de objetividade e clareza em relação aos pedidos efetuados

Não desejando ensinar o Padre Nosso ao vigário (entendendo-se que aqueles que atuam em processos arbitrais no mais das vezes conhecem profundamente o seu *métier*), não custa observar a importância de um esforço maior no sentido de que as petições observem um elevado padrão de objetividade, de clareza e de organização interna, apresentando de forma lógica e progressiva as pretensões das partes. Sob outro aspecto, a ênfase nos pontos mais importantes é necessária, mas as *vãs repetições* de matérias já muito debatidas alongam a exposição de forma ineficaz.

Conclusão

Outros pontos poderiam ter sido abordados, mas julgamos que estes são os mais relevantes.

Pode ser que o autor pareça ser ingênuo a respeito das considerações que fez neste breve receituário, mas acho que é possível conduzir um processo arbitral sempre de forma melhor do que foi feito no último, buscando-se um resultado cada vez mais eficiente para que a arbitragem se torne uma opção mais valiosa entre os empresários.

PAIXÃO, ENCENAÇÃO, SEDUÇÃO, MANSIDÃO E SERENIDADE NO PROCESSO ARBITRAL

(20.02.2017)

Relendo o sempre atual Norberto Bobbio em sua pequena, mas riquíssima obra *"O Elogio da Serenidade",* passou-me pela cabeça procurar fazer uma aplicação do texto ao processo arbitral, tentando realizar um casamento daquela com outras obras da literatura universal. O discurso de Bobbio sobre a serenidade provocou a lembrança de outros

sentimentos que com ela não combinam, isto é, a paixão, a encenação e a sedução. Vamos ver se ao menos passei perto do meu objetivo.

Primeiro, a **paixão**. Na minha versão do Aurélio, um tanto cansada, a paixão é descrita como um *"sentimento ou emoção levado a alto grau de intensidade, sobrepondo-se à lucidez e à razão".* Ora, a paixão pelas suas características não é um sentimento aceitável em relação a advogados, árbitros e até mesmo partes em um processo arbitral. Advogados e árbitros podem perder o seu equilíbrio e as partes ficam suscetíveis de tomarem atitudes impensadas por sua própria iniciativa e arruinar a sua posição no caso.

A paixão é velha conhecida da literatura, sendo famoso o exemplo de Otelo, o Mouro de Veneza, personagem de conhecidíssima peça de Shakespeare. Aquele sentimento que o tomou originou-se do ciúme mórbido do marido em relação à sua esposa. Ou seja, o ciúme, na qualidade de um tipo de amor exacerbado e doentio, leva frequentemente a uma paixão destruidora, tal como aconteceu com Otelo. Outras vezes o desastre conduz a rumos diferentes, tal como também aconteceu com personagens da obra *"Amor de Perdição",* de Camilo Castelo Branco, que eu conheci na biblioteca de romances de uma tia, lá pelos fins de 1950 *(tempus fugit* mesmo). Nesses casos a paixão causou a morte de várias pessoas, perdidas em sua manifestação cega.

Em obra famosa Emilio Mira Y Lopes relacionou quatro *"gigantes da alma":* o amor, o medo, a ira e o dever. Eles são capazes de assumir um caráter monstruoso, manipulando a seu bel prazer quem não aprende a dominá-los. Uma paixão destruidora leva frequentemente à ira, com todas as consequências maléficas que ela pode produzir, pois é sentimento dificilmente controlado.

Muitas vezes nos tribunais arbitrais a paixão se manifesta em audiências, levando a embates pesados entre os advogados das partes e os membros do Tribunal Arbitral, resultando muitas vezes na perda da imparcialidade dos árbitros e o seu afastamento do caso, resultando perda na sua eficiência e celeridade. Não sejamos inocentes, algumas vezes a paixão dos árbitros e dos advogados de uma parte pode ser provocada maquiavelicamente por qualquer daqueles e, neste caso, pelo menos do lado do responsável por esse plano, passamos para o campo da **encenação** teatral. No fundo os grandes atores são perfeitos embusteiros, pois quase inteiramente se transformam no personagem que vestem durante a sua performance. O ator não se transmuda verdadeiramente na pessoa cuja identidade assume, mas quando tem alta qualidade de representação, é como se vivesse a vida do representado. Daí o perigo que criam quando se trata de alguma *performance* praticada na vida real.

Enfatizemos. No teatro ou no cinema um bom ator é capaz de se revestir tão intensamente do personagem, que parece literalmente o haver incorporado, agindo de maneira tão natural e convincente que custa acreditar não se tratar a sua fala e a sua expressão de apenas um papel que está sendo momentaneamente exercido. Na arbitragem nada contra, na medida em que uma encenação de indignação ou de raiva, por exemplo, adotada pelo defensor de uma parte no processo arbitral não exceda os mínimos limites de lhaneza e educação que deve ali se manifestar, principalmente porque em arbitragens os participantes se tornam muito mais próximos um do outro do que nos processos judiciais. Uma coisa é ênfase, outra muito diferente é a violência verbal.

Há um remédio muito eficaz contra a encenação: o *fair play*, que leva a pessoa provocada a não cair na armadilha que lhe foi preparada, cabendo ao tribunal arbitral, se este é o caso, *"botar ordem na casa"*, uma vez presente tanto a paixão quanto a encenação. Em tempos antigos falava-se de *ouvidos de mercador*, ou seja, "*podem pedir o tempo desejarem que eu reduza o meu preço, não estou nem prestando atenção"*.

Pensemos agora na **sedução**. Mais uma vez o Aurélio nos ensina que o verbo seduzir significa *"inclinar (alguém) artificiosamente para o mal ou para o erro".* Também apresenta o sentido de *desencaminhar*. Quase sempre o efeito da sedução é devastador para o seduzido. Que o diga Júlio César, que se engraçou perdidamente por Cleópatra (e vice-versa, pois o fim de ambos foi trágico). Mas antes desse casal nos lembremos do príncipe Páris, sedutor de Helena de Tróia, fato lendário (ou verdadeiro?) da Guerra de Tróia. A Capitu de Machado de Assis pode perfeitamente participar da galeria das grandes sedutoras, sem qualquer menosprezo. Podemos acrescentar no rol dos sedutores o infame Primo Basílio, de Eça de Queiroz, o qual tantos problemas acarretou à sua amante Luísa. Seu infame caráter foi plenamente revelado quando, ao saber da morte de Luísa, sobre o fato fez a respeito um comentário ultrajante.

Ora, o papel do advogado na defesa do seu cliente não é o de seduzir o julgador, mas o de convencê-lo a respeito da verdade, dos fatos e do direito que apresenta no processo. Mesmo que se trate de arbitragem por equidade, não pode o árbitro ser levado psicologicamente mediante processo de sedução a inclinar-se em favor de uma parte ou de outra. Sobre a equidade e como opera na arbitragem já nos manifestamos neste "Migalhas" no texto *"Arbitragem por equidade: por que temos medo dela – Breve análise no campo dos contratos incompletos"*, 18.05.2016.

Finalmente tratemos da **serenidade**, o espírito que verdadeiramente deve conduzir os participantes de uma arbitragem ao longo do processo, na oitiva das partes, no exame dos fatos e dos documentos, no estudo da lei e na formação do seu convencimento dos árbitros.

No opúsculo citado Bobbio diferencia a serenidade da **mansuetude**. "*O manso é o homem calmo, tranquilo, que não se ofende por pouca coisa, que vive e deixa viver, que não reage à maldade gratuita, não por fraqueza, mas por aceitação consciente do mal cotidiano. A* ***serenidade*** *é, ao contrário, uma disposição de espírito que somente resplandece na presença do outro; o sereno é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si* [2]*".* Como a arbitragem pertence ao campo do contrato, há uma relação mútua entre as partes, que deve refletir-se em termos de lealdade e de busca da verdade quanto aos advogados e aos árbitros.

Mas o desenvolvimento do tema da serenidade aplicada ao direito (precisamente o que nos interessa) foi inspirado em Bobbio a partir de um livro de Gustavo Zagrebelsky, *"Il diritto mitte".* Não tive oportunidade de lê-lo ainda, mas, do meu lado, busquei elementos no nosso próprio filósofo, a partir de uma recensão ("riassunto") que ele mesmo escreveu sob o título *"Dela mitezza e dele leggi",* no *"L'Índice dei Libri del Mese",* março de 1993, ano 3, pg. 5.

Em seu comentário Bobbio reconheceu que não existiam à época muitos precedentes sobre o caráter jurídico da serenidade ("mittezza"), afirmando que talvez não existisse qualquer um. Simplificando e reduzindo muito os argumentos apresentados, percebemos que para aquele então comentarista a moderação e a serenidade não teriam se tornado em si mesmas um caráter do direito, mas teriam continuado como essencialmente elementos da aplicação do direito, observando que em um ordenamento jurídico complexo, além das normas legais encontram-se os princípios inscritos na constituição. Assim sendo, serenidade e moderação consistiriam ainda em virtudes do intérprete ou do jurista.

Dando como exemplo a *serenidade constitucional*, Bobbio observa que ela se caracteriza pela convivência da pluralidade de valores que as Constituições agasalham, por meio de uma obra de equilíbrio e compromisso. Segundo podemos aplicar a partir de um ponto de vista mais amplo, a *convivência serena* teria sido um objetivo da formação da União Europeia (atualmente, frente aos fatos políticos atuais, perto de um xeque-mate). Mas Bobbio afirma que o direito

---

[2] Ob. cit., p. 35.

intransigente também se apresenta como uma virtude. Isto porque, a nosso ver, a norma jurídica não pode ser flexionada ao sabor da vontade do intérprete, mas ela deve ser aplicada tal como foi posta pelo legislador.

Quando se pensa na serenidade como elemento direcionador da atitude dos árbitros, partes e advogados em arbitragens, além do aspecto positivo de sua conceituação conclui-se mais claramente como tal procedimento deve se dar quando examinamos, segundo Bobbio, o seu lado negativo, constituído pela arrogância, insolência e prepotência.

Em suma, mesmo não nos colocando como "*pollyanas jurídicas*", para quem seria possível construir um mundo totalmente harmonioso na condução de um processo arbitral (que em si mesmo apresenta o germe inefável de uma discórdia), é viável que ele se dê dentro de um ambiente sereno, ausentes paixões ou meras encenações teatrais Desta maneira, poderá ser alcançado o melhor resultado, no tempo mais breve possível e no menor custo para as partes.

Lembremo-nos de Agostinho em um trecho de suas *"Confissões"*, que pode considerado uma expressão da serenidade: *"conversar, rir, prestar obséquios com amabilidade uns aos outros, ler em comum livros deleitosos, gracejar, honrar-se mutuamente, discordar em tempos sem ódio como cada um consigo mesmo, e, por meio dessa discórdia raríssima, afirmar a contínua harmonia, ensinar ou aprender reciprocamente qualquer coisa, ter saudade dos ausentes e receber com alegra os recém-vindos"*[3]. Quem assim se expressou a respeito de si mesmo era o jovem Agostinho, ainda não convertido, mas que mesmo assim era possuidor de sentimentos elevados, os mesmos que podemos exercer nos processos arbitrais, *discordando sem ódio e por meio dessa discórdia, aprender reciprocamente qualquer coisa.*

O EMPRESÁRIO E A ARBITRAGEM

(Uma questão de assimetria informacional e de poder econômico?)

(15.08.2014)

Quem trafega costumeiramente pela estrada da arbitragem sabe que o instituto tem se desenvolvido largamente no Brasil, especialmente em sua forma institucional, ou seja, conduzida segundo as regras de um centro ou câmara de arbitragem. O número crescente do recurso a esta forma de solução de conflitos está crescendo significativamente ano a ano. Mas nem tudo são flores ou, melhor ainda, algumas dessas flores têm se tornado em ornamento do caixão no qual são enterrados os processos de alguns empresários desavisados que entraram no jogo sem conhecer suas regras e sem saber o preço das fichas. Foi com o objetivo de esclarecê-los que escrevi um livreto *intitulado "Os Segredos da Arbitragem para o Empresário que não Sabe nada e para o Advogado que Sabe Pouco".* Incluí os advogados como destinatários porque se trata de uma novidade ainda relativa, que muitos jamais estudaram no seu tempo de faculdade, destacando-se que são poucas as escolas que têm incluído a arbitragem nos seus currículos acadêmicos. E quando o fazem dão destaque ao seu lado processual e não ao do chamado *negócio jurídico da arbitragem,* objeto de curso de pós-graduação estrito senso que ministrei recentemente na USP juntamente com meus diletos colegas Rachel Sztajn e Marcos Paulo de Almeida Salles e que contou como convidado especial o Prof. Guy Horsmans da Bélgica, sendo relevante informar que os trabalhos dos alunos foram publicados na Revista *Rede.*

---

[3] *Confissões, IV.8.*

Ainda não foi feito, ao que eu saiba um levantamento do número de processos arbitrais que morrem na praia, ou seja, terminam sem sentença definitiva. Precisamente uma das causas mais frequentes é o inadimplemento de uma das partes que, depois de instaurado o processo, não consegue acompanhar os seus custos, especialmente no que diz respeito aos honorários dos árbitros e às despesas de administração da câmara arbitral. No caso de necessidade de perícia a situação é indiferente, pois tal despesa também seria devida no Judiciário. Somam-se, ainda, os honorários dos próprios advogados, que *tocam* o processo em favor dos seus clientes empresários.

A morte precoce de processos arbitrais se deve muitas vezes à falta de conhecimento dos empresários sobre o assunto e à adoção da arbitragem pelos seus advogados nos contratos celebrados em favor dos seus clientes, descuidados quanto aos fatores acima citados, parecendo que às vezes aderiram à arbitragem como quem segue a moda do momento.

De maneira geral, as partes devem depositar recursos para cobrir os honorários iniciais mínimos dos árbitros, geralmente correspondentes às 100 (cem) primeiras horas de trabalho, que serão devidos integralmente ainda que venha a ser feito acordo logo no início da disputa entre as partes. Quando não se trata de árbitro único, o tribunal arbitral no mais das vezes é formado por três componentes, devendo o custo dos honorários, então, ser multiplicado por esse número. Por exemplo, tendo em conta que o preço médio dos honorários arbitrais nas câmaras mais tradicionais é da ordem de R$500,00 a hora, um painel arbitral formado por três árbitros custará no mínimo R$150.000,00. Isto sem contar, como se disse, com os custos da entidade arbitral, os honorários dos respectivos advogados e eventuais honorários periciais.

Não tem sido rara a situação em que a parte vencedora como resultado de uma sentença parcial tão somente de mérito não tem recursos para pagar a perícia destinada à apuração do valor da condenação da parte vencida. Esta, como se o problema não fosse com ela, finge-se de morta e não paga o que deve. O resultado será a extinção do processo no estado em que se encontra. Ou seja, o vencedor ganha, mas *não leva*. Se o vencido não paga, o vencedor tem o dever de cumprir também a parte daquele e se não puder, está com um grande problema no colo.

Ainda que muitas vezes, com a concordância do tribunal arbitral, seja concedido pela câmara de arbitragem um parcelamento do que é devido por uma das partes, se ainda assim esta não tiver condições ulteriores de honrar o acordo, o resultado será o mesmo acima referido.

Veja-se que não se trata de injustiça praticada em detrimento do vencedor inadimplente e do vencido de má fé. A arbitragem tem natureza privada e não pode conviver com o inadimplemento sob pena de tornar-se inviável.

Uma solução dada no direito norte-americano é o financiamento concedido por terceiro em favor da parte interessada em obter recursos para dar início ao processo e levá-lo até a sua conclusão. Este terceiro pode ser até mesmo o escritório de advocacia que ajuíza a causa. Mas por vários motivos tal modelo não se aplicaria ao Brasil. O primeiro deles é representado pelo elevado custo da operação, consideradas as altas taxas de juros internos e uma elevada imprevisibilidade quanto ao resultado do caso. Afinal de contas, dado o sigilo dentro do qual os processos arbitrais costumam se desenvolver, não se estabelece uma *jurisprudência* arbitral, que daria certo norte aos seus usuários. Na arbitragem não existem súmulas e nem enunciados.

Observe-se, a propósito, que nos Estados Unidos a advocacia tem um caráter fortemente empresarial e os escritórios que ali a exercem podem arriscar o seu patrimônio em uma causa na qual acreditem, dando financiamento ao seu cliente e *beliscando* ao final um gordo resultado, tendo em vista o risco assumido. Aqui isto não acontece.

Desta maneira, quando um pequeno empresário se encontra dentro de um processo arbitral, em luta contra outro de grande porte, em muitas situações ele chegou a tal situação porque não sabia no que se metia ao assinar a cláusula compromissória e nem quanto lhe poderia custar a brincadeira. Ou seus advogados foram descuidados quanto ao aspecto patrimonial da questão ou eram também ignorantes a respeito do assunto (sem ressentimentos da laboriosa classe porque, como dizia sempre o saudoso Prof. Oscar Barreto Filho, *a ignorância é um estado provisório,* no sentido de que *todos os dias podemos e devemos aprender uma coisa nova*).

No quadro acima, o grande empresário, sempre bem protegido por uma corte de excelentes advogados pode levar grande vantagem na briga, que já começa em situação de desigualdade por parte do seu oponente. Não se trata de abuso de poder econômico porque ninguém é obrigado a aceitar a arbitragem como meio de resolver questões. Isto se daria, sim, se a parte mais forte forçasse a outra a *aceitar* a cláusula compromissória sob pena de não haver negócio entre elas.

Como se verifica, a assimetria informacional pode ser superada, mas o lado econômico é uma realidade. Ou o dinheiro existe para bancar o jogo, ou deve-se fugir dele porque o *remédio arbitral* poderá se revelar pior do que a doença.

ACEITO FAZER ARBITRAGENS – PREÇO 50% OFF

(06.03.2014)

Calma, calma! Não é o que parece, como diz o aluno apanhado em flagrante com a cola no colo.

Quem conhece o autor destas *mal traçadas linhas* sabe que costumo brincar com o que é sério, como forma de chamar a atenção para o objeto das minhas considerações.

Acontece que em certos meios parece correr a ideia de que a arbitragem é uma especialidade jurídica e que o árbitro é um profissional que defende o seu *mercado de trabalho*. Levadas estas ideias ao seu extremo e considerando que a atividade profissional é exercida dentro de um regime de concorrência, nada impediria que o árbitro fizesse publicidade do seu nome e concedesse desconto no preço do seu trabalho. Comércio é comércio, como se sabe, e o escritório do árbitro adquiriria naquele cenário os contornos de *um lodginha.*

Estamos diante de alguns enganos, já demonstrados em textos anteriores, mas que é sempre bom reforçar.

Primeiro, a arbitragem não é uma panaceia que cura todas as doenças jurídico-econômicas ligadas ao campo dos direitos patrimoniais disponíveis. Ela é um remédio que deve ser prescrito pelo advogado do interessado, depois de ter sido o seu caso devidamente diagnosticado em seu conteúdo e limites. Esse instituto não é um *medicamento genérico* nem *similar* do Judiciário. Ao empresário interessado cabe informar-se sobre ele, lendo com cuidado a sua bula[4].

Segundo, parodiando um antigo ministro da educação brasileiro, *ninguém é árbitro, podendo alguém* ***estar*** *árbitro,* quer dizer, *encontrar-se temporariamente investido como*

[4] Para quem desejar, indico o meu "Os Segredos da Arbitragem para o Empresário que não Sabe Nada e para o Advogado que sabe pouco", 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

árbitro. Árbitro não tem sindicato; não tem distintivo nem carteirinha profissional protegida por uma capa de curo na qual estão inscritas as *Armas da República*; não tem direito a carro oficial e nem a estacionar em vagas proibidas. Ele não é uma *ótóridade,* a fazer valer direitos superiores aos demais profissionais, como alguém já disse em relação a certo velho político nordestino.

E, muito menos, o árbitro não precisa ser advogado, embora seja aconselhável que no seio de um tribunal arbitral ao menos um deles apresente tal qualidade como forma de orientar os demais sobre os aspectos processuais do caso, especialmente os relativos ao preenchimento dos requisitos essenciais da sentença arbitral. Sem contar, muitas vezes, a necessidade em que os tribunais arbitrais se vêm frequentemente, de enfrentarem verdadeiros batalhões de advogados que as partes colocam diante deles nos processos em curso, fazendo com que a temperatura verbal nas audiências às vezes extrapole o limite dos *sprinklers* existentes no teto da sala.

Dois dos limites a serem levados mais em conta são a demora de solução do problema e o custo financeiro e estes pontos são abordado no âmbito da arbitragem institucional, ou seja, aquela que é desenvolvida por meio de uma câmara arbitral, atendido o seu regulamento que, entre outros aspectos, regula o procedimento a ser seguido e os custos da arbitragem por ela conduzida. E aí não tem desconto por mais vontade que possa ter determinado árbitro, ávido por novas contratações.

Em primeiro lugar, o tempo de duração de uma arbitragem tem sido relativamente bem mais curto do que o de uma demanda judicial. Mas se perícias técnicas se revelarem necessárias, a sua realização será feita tal e qual no Judiciário, não havendo aí qualquer ganho temporal. Sob outro aspecto, alguns incidentes na arbitragem podem se multiplicar desacelerando o seu andamento e para o tribunal arbitral é mais problemático denegar pedidos das partes do que pode fazer o juiz, sempre tendo em conta o risco de ver todo o trabalho perdido sob a alegação futura no Judiciário de cerceamento de defesa pela parte perdedora. Mesmo que a sentença arbitral venha a ser confirmada no Judiciário, caso se torne inexequível a sua execução, qualquer ganho no tempo que tenha sido alcançado será desperdiçado e o processo terá demorado bem mais do que se as partes tivessem caminhado diretamente para a solução judicial.

O custo também parece ser atrativo, especialmente quando ponderado em vista da agilidade da arbitragem. Ou seja, embora ele possa ser de início aparentemente mais elevado e despendido em curto espaço de tempo, as partes na arbitragem logo se verão livres de uma pendência jurídico-contábil que muitas vezes torna obrigatória a constituição de uma provisão até o fim do caso, o que onera os seus custos porque o valor correspondente fica intocado no balanço.

Mas, da mesma forma que no Judiciário, a parte perdedora, conforme os termos da cláusula compromissória, ficará responsável por todos os custos envolvidos, inclusive os honorários dos advogados da parte contrária.

No campo do preço é extremamente relevante observar-se o valor da causa – referência para os custos na arbitragem – porque estes podem ser tão elevados que a parte ganhadora, no frigir dos ovos, não terá alcançado um resultado significativo. Brigar por pouco dinheiro via arbitragem poderá representar um verdadeiro *tiro no pé*. Pode a parte ganhar e não levar, ou levar muito pouco.

Mais uma questão, sabem os árbitros mais do que o juiz nos casos a eles submetidos? *Ai vareia*, como diria o caipira. Todo juiz em tese tem sólida formação jurídica, aperfeiçoada pelos longos anos em que tenha exercida a magistratura. Mas em determinadas áreas mais específicas do direito, especialmente aquelas relativas ao campo dos negócios, onde se

desenvolvem predominantemente as arbitragens, podem faltar-lhe alguns conhecimentos determinados, necessários para que ele julgue o caso com pleno conhecimento de causa. Nada impede que ele, juiz, procure assenhorear-se de tais conhecimentos, gastando um pouco mais de tempo na necessária pesquisa. Mas é justamente nesta questão de maior dedicação ao caso e no seu estudo particularizado que reside um sério problema para o juiz, que se encontra geralmente em meio a uma verdadeira enxurrada de processos novos que chegam a cada dia para sua decisão. Desta forma, o tempo se torna escasso e a dedicação que deveria dar àquele caso mais problemático não se revela factível.

Na situação acima a arbitragem ganha do Judiciário porque os árbitros têm – ou devem ter - condições de dedicar-se com desvelo ao estudo do processo e a disponibilidade para tanto é um requisito que ele deve preencher ao aceitar o caso perante a entidade institucional que administre o processo correspondente.

O assunto evidentemente não se esgota nesta breve apreciação, mas ficam aqui alguns alertas necessários quanto aos pontos acima tratados, objeto de alguma experiência que o autor adquiriu no trato da matéria.

NOTA

Sobre o fato de que qualquer pessoa e não somente advogados podem ser árbitros, deve-se acrescentar que a experiência arbitral tem demonstrado ser mais eficiente um painel formado somente por profissionais do direito. Quando o processo envolve algum aspecto técnico, de especialidade de um dos árbitros do Tribunal Arbitral, dá-se o caso de que os demais árbitros terão de louvar-se na opinião daquele especialista (pois não têm conhecimentos na área que os possam orientar), a qual eventualmente poderá não ser correta.

Nas situações acima é preferível um painel arbitral constituído somente por advogados, esclarecidos do ponto de vista técnico pelo perito ou expert por eles designados, assistido este pelos assistentes técnicos das partes. Dessa forma se poderá chegar à verdade do caso com mais certeza e eficiência.

ARBITRAGEM, A PROBIDADE E A BOA-FÉ OBJETIVA

(20.09.2010

A natureza jurídica complexa da arbitragem encerra, entre outros, o aspecto contratual, no qual se configuram probidade e a boa-fé objetiva, institutos obrigatoriamente presentes desde as mais tenras tratativas que deram origem ao contrato, passando pela sua celebração do ponto de vista do conteúdo negocial, enveredando pelo ajuste da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral e, finalmente, terminando pela instauração de uma eventual arbitragem destinada à solução de conflitos que tenham surgido.

O art. 422 do Código Civil de 2002 cuidou de estabelecer que os contratantes estão obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios acima mencionados, probidade e boa-fé. Como já nos foi possível afirmar em outro lugar, a referência feita pelo legislador apenas aos momentos da conclusão e da execução do contrato como relacionados aos institutos sob exame é incompleta e não condiz com sua natureza jurídica, pois abrange toda a cadeia que se inicia nas tratativas até o momento em que as partes

se envolvem em um eventual litígio, que pode ser resolvido por sua escolha, como se disse acima, mediante o recurso à arbitragem. É a conclusão a que se chega inevitavelmente a partir de uma análise feita no plano da teoria geral do contrato (*Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos – O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*, Ed. Quartier Latin, 2010, pp. 101 e segs).

A *probidade* consiste na honestidade de que as partes devem revestir-se ao entrarem em negociações objetivando contratar. Tal probidade pode ser tomada em seu sentido genérico, mas também sob um ângulo específico, ou seja, aquela honestidade que diz respeito a determinados campos da atividade empresarial, nos quais se denota a existência de comportamentos determinados, tal como ocorre, por exemplo, em operações nas Bolsas de Valores. Nestas, quando se pensa na responsabilidade do corretor pelo cumprimento de uma ordem verbal de um cliente para compra ou venda de títulos, verifica-se que está presente um nível de probidade e de boa-fé muito mais intenso do que em uma compra e venda *comum* de qualquer mercadoria.

A boa-fé referida no art. 422 do Código Civil corresponde à sua modalidade *objetiva*, ou seja, coerente com um modelo de *comportamento objetivo*, construída como uma *regra de conduta*, correlacionando-se com a honestidade, a retidão, a lealdade e o respeito ao interesse da contraparte, no caso concreto.

Não se deve perder de vista que o instituto do contrato, reconhecido e agasalhado pelo legislador, se em alguma época foi visto como um instrumento tão somente ligado ao exercício da autonomia privada (em cujo seio era ampla a liberdade egoística da defesa do interesse pessoal em detrimento de outros quaisquer), este período há muito tempo foi passado para trás e desde então o contrato tem-se revestido da qualidade de *programa econômico* resguardado pelo legislador para o exercício de uma liberdade segundo o interesse social e os objetivos econômicos buscados pela sociedade, conforme se percebe pela relação dos princípios econômicos gerais presentes na tutela da *Ordem Econômica*, nos termos do art. 170 da CF.

As partes devem estar imbuídas de boa-fé, portanto, desde o momento em que dão os primeiros passos objetivando a celebração de um futuro contrato. Se uma delas ou ambas, desde o início, guardam em sua convicção e em seu comportamento (geralmente tácito) o intuito de se aproveitar da outra parte utilizando-se de alguma condição de prevalência, então certamente o resultado final (se a ele chegar-se efetivamente) será desequilibrado, gerando desconforto para a parte prejudicada e permitindo o surgimento de um *animus* rixoso, que certamente gerará um litígio cheio de controvérsias amarguradas.

Se assim vier a acontecer, o melhor é nem sequer contratar, pois os custos de transação presentes e futuros voltados para o estabelecimento de uma relação econômica equilibrada certamente prejudicarão ou poderão eliminar os benefícios também econômicos buscados na operação.

Contratar, portanto, é mandatoriamente contratar de boa-fé e isto dos dois lados, devendo buscar cada uma das partes a revelação à outra dos seus objetivos, meios e elementos de que dispõe ou pretende dispor. Assim sendo, a transparência deve fazer-se presente, devendo ser transmitidas entre si todas as informações relevantes para o negócio em tela.

Isto não significa que uma parte deva abrir mão de certos elementos estratégicos vinculados à razão pela qual escolheu contratar, ou de conhecimentos específicos que a outra deva ter a respeito do seu próprio campo profissional de atuação. Se alguém vende a planta de uma fábrica dentro de certo ramo da indústria, não se quebra a probidade e a boa-fé ao deixar de alertar a outra parte a respeito da possibilidade que chegou ao seu conhecimento de que aquele mercado

poderá sofrer uma queda significativa no volume de negócios nos próximos meses ou anos. Trata-se de dado de conhecimento que o comprador deve dominar, se já atua naquele ramo ou se nele pretende se integrar. Neste sentido, já têm dito sabiamente os portugueses há muito tempo que *quem não tem competência, não se estabeleça.*

De outro lado, não pode o vendedor esconder do comprador que existem certos *esqueletos no armário*, ou seja, por exemplo, a possibilidade de serem ajuizadas ações judiciais no futuro em relação a alguns negócios anteriormente realizados com terceiros, os quais deixaram pendências potenciais não tornadas claramente visíveis.

O que se busca em atendimento aos princípios da probidade e da boa-fé é que seja permitido às partes contratarem em condições realmente equitativas e que sejam construídos mecanismos de busca da verdade nos casos em que um negócio complexo e de longa duração possa apresentar no futuro certos *desvios* que as partes não poderiam ter avaliado adequadamente, nem que deles tivessem conhecimento, ou que sobre eles houvessem feito uma determinada avaliação sobre os seus efeitos econômicos. É neste patamar que opera a teoria dos *contratos incompletos*, que tem chegado até nós do direito norte-americano.

Ultrapassada a fase de tratativas, celebrado o contrato, inserida a cláusula compromissória, o surgimento futuro de uma pendência determinada abrirá caminho para a arbitragem que, igualmente, deverá ser desenvolvida segundo aqueles mesmos princípios de probidade e de boa-fé. E aí começa um momento que comporta outras considerações, a serem feitas em nova oportunidade.

A ARBITRAGEM E A VINDA DA FAMÍLIA REAL PORTUGUESA

Ou

Como *andar na moda* pode não ser uma boa escolha

(14.08.2014)

Como alternativa para a solução de problemas jurídicos no campo dos direitos patrimoniais, a arbitragem tem sido cantada em prosa e verso, ressaltando-se as suas vantagens em relação, comparativamente, a uma disputa deflagrada no carcomido sistema judiciário brasileiro. Que há muitas vantagens isto é sabido por todos os profissionais que têm atuado neste setor em franco desenvolvimento no Brasil. Neste sentido, pode-se dizer que a arbitragem *virou uma moda* vivamente em voga nos nossos meios jurídicos. Mas as modas podem ser perigosas e podem acarretar situações desagradáveis.

Conta-se que, quando a família real portuguesa chegou fugida ao Brasil, as damas brasileiras, tomando as da corte como modelo, passaram a raspar inteiramente as suas cabeças que eram cobertas com lenços coloridos, o que se tornou uma moda entre elas. Mas a coisa estava fundada em um equívoco: raspar a cabeça e cobri-la com lenços não se tratava de moda em Portugal, mas a forma mais simples que foi encontrada de se livrarem aquelas damas de uma infestação de piolhos, adquirida na travessia do Atlântico...

No mesmo sentido, o recurso à arbitragem não deve ser tomado como uma moda que, adotada sem os devidos cuidados, pode deixar as partes completamente carecas, pela perda dos seus cabelos por terem sido levadas a andar por um caminho não adequado aos seus

interesses e necessidades. E um dos aspectos que tem se revelado mais problemáticos é o do inadimplemento de uma ou de ambas as partes em relação ao pagamento dos custos da arbitragem, especialmente quando se trata daquela de natureza institucional.

Custos existem, tanto no Judiciário, quanto na arbitragem. Mas nesta eles se concentrarão em um período de tempo relativamente curto e geralmente exigem das partes um dispêndio mensal para a cobertura dos serviços prestados pela câmara arbitral escolhida, além dos honorários dos árbitros, geralmente fixados a partir de um patamar mínimo, que sempre será devido. Estas despesas se agregam às que são normais em qualquer ação judicial ou em arbitragens e pode acontecer que uma ou as duas partes se vejam sem condição de cobri-las.

Diante do inadimplemento de uma parte, o regulamento das câmaras sempre prevê que caberá à outra assumir os valores correspondentes, pagando o seu próprio quinhão e o da outra, podendo ou não recuperar ao final o que lhe for considerado devido. Tanto neste caso, quanto o do inadimplemento das duas partes, a solução dada é a da suspensão inicial do feito para, em algum momento seguinte, a sua extinção no âmbito da câmara de arbitragem. Disto resulta que a prestação jurisdicional não será outorgada ao mesmo tempo que continua vedado o recurso ao Judiciário.

Muitas vezes tem acontecido que a própria parte vencedora, beneficiada por uma sentença parcial, não tem os recursos para sustentar o andamento da arbitragem nos passos seguintes, geralmente relativos à perícia para a apuração dos haveres que lhe foram considerados devidos. A outra parte, perdedora, faz de conta que o assunto não lhe diz respeito, fingindo-se de morta e abandonando o procedimento, inadimplente.

Poderia o vencedor do pleito, excepcionalmente, buscar o Judiciário para a satisfação do seu direito, alegando que sua inadimplência resultaria do prejuízo que lhe teria sido causado pela outra parte e requerer a apreciação do seu pedido perante aquele, sobre o fundamento de que, em caso contrário, teria sido ilegalmente negado o seu direito de acesso à justiça. Mas não se pode até mesmo dizer que a matéria seja controvertida, pois, havendo escolhido, em tese, livre e conscientemente o caminho da arbitragem, o outro lhe seria vedado, pois não lhe seria permitido alegar o desconhecimento dos riscos nos quais incorreria.

Vale dizer que os advogados, quando orientam os clientes nos seus negócios e na celebração de contratos, se entenderem que a inclusão de uma cláusula compromissária com a opção pela arbitragem é a medida mais eficaz, somente assim venham a agir depois de exporem aos seus interlocutores os riscos aos quais estarão sujeitos e neste caso, especialmente o financeiro, cientes de que, uma vez instaurado o feito e a outra parte deixar de honrar as suas obrigações financeiras perante a câmara arbitral, lhes caberá cobrir o débito da outra.

Não atendidos os pressupostos acima, vamos logo buscar a navalha, o pincel, o creme de barbear e um lenço bem bonito para podermos *entrar na moda*.

A arbitragem e a teoria geral do contrato I - Aspectos relevantes quanto aos contratos fechados

Todos que conhecem o instituto da arbitragem sabem que sua atuação se dá exclusivamente no plano dos direitos patrimoniais disponíveis, mesmo

que, conforme modificação legal recente, ela possa ser aplicada no setor público, com as ressalvas previstas.

(21 de novembro de 2016)

Introdução

Todos que conhecem o instituto da arbitragem sabem que sua atuação se dá exclusivamente no plano dos direitos patrimoniais disponíveis, mesmo que, conforme modificação legal recente, ela possa ser aplicada no setor público, com as ressalvas previstas.

Ora, a disponibilidade de direitos patrimoniais somente apresenta um único caminho, o do contrato. Este pode ser do **tipo fechado** (sinalagmático) ou **aberto** (plurilateral ou associativo). O exemplo mais frisante do primeiro é a compra e venda e do segundo as sociedades. No presente breve analisaremos esses tipos contratuais em uma série de artigos, tendo em vista alguns aspectos de sua teoria geral, relevantes e oportunos para a arbitragem, que a eles se aplicam indistintamente, observando que ultimamente se nota sensível desconhecimento a seu respeito, tendo sido deixado de lados os estudos pertinentes. Para que possa se ter uma ideia a respeito, as obras nacionais mais conhecidas de muitas gerações sobre a teoria geral do contrato foram as de autoria de Orlando Gomes e de Darcy Bessone da década de sessenta do século passado, hoje consideradas clássicas[1]. Nota-se mais recentemente um excelente estudo de Teresa Negreiros de 2006, *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, ed. Renovar, 2006 e ficamos somente nisto. Foi esta a razão que nos fez arriscar uma abordagem do tema, objeto do vol. 5 da nossa coleção de Direito Comercial, então publicada em 2015. O lapso de tempo entre aquelas primeiras obras e a deste autor foi, portanto, de mais de sessenta anos, tendo se observado no tempo que passou o advento do CC/02 e a revogação do Código Comercial de 1850, entre tantas outras modificações e novidades legislativas.

1. Características essenciais e oportunas dos contratos fechados no tocante a arbitragem: a função social, a probidade e a boa-fé.

Nos contratos fechados, também conhecidos como sinalagmáticos, as duas únicas partes se encontram em posições antagônicas, credoras e devedoras recíprocas umas das outras. Não se confunda parte com pessoa. As partes podem ser formadas por mais de uma pessoa, mas existem apenas dois centros de interesse econômico e de imputação jurídica em tais contratos.

Como todo e qualquer contrato, esses também se formam pela manifestação livre da vontade das partes, observando-se que qualquer contrato nominado já apresenta a sua licitude implícita, cabendo aos participantes de contratos inominados demonstrá-la, indicando que não afetam a ordem jurídica por meio de alguma ilicitude eventualmente presente. Na verdade, então, não se trataria de contrato, ainda que preenchidos os demais elementos, em razão da própria ilicitude.

Tanto nos nominados como inominados (exceto algumas exceções bem específicas), as partes tanto são livres para celebrá-los, como para regulá-los ou para ceder seus direitos/obrigações a terceiros. Neles estão presentes de maneira geral os chamados direitos patrimoniais disponíveis. Lembremo-nos, a propósito, que o conceito de contrato se traduz como um acordo de vontades, celebrado entre duas ou mais partes, com o fim de constituir,

regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial (na esteira da definição do art. 1.321 do CC Italiano de 1942)

Por sua vez, aceitas por alguns autores na qualidade de cláusulas gerais, duas disposições cuja utilização tem sido bastante discutidas entre nós são encontradas nos artigos 421 e 422 do CC/02: a função social do contrato, a probidade e a boa-fé (objetiva), as quais reproduzimos em seguida para melhor comentá-as nessa curta visão da teoria geral desse instituto:

> *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*
> *Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

Para que o leitor tenha um conhecimento mais aprofundado dessas questões, o remetemos com mais calma precisamente para o volume 5 da nossa Coleção de Direito Comercial, a par de outros textos ali referidos e de muitos outros encontrados nos periódicos jurídicos e em obras de doutrina.

A primeira observação diz respeito à restrição que nos parece inconstitucional, referente ao reconhecimento da presença da liberdade de contratar tão somente nos casos em que os contratos (ou algum deles em particular) preencham o requisito da função social correspondente.

Do ponto de vista econômico ninguém nega que cada contrato realiza um fim determinado, capaz de satisfazer determinadas necessidades das partes. Na compra e venda o vendedor deseja o preço de um bem do qual pretende desfazer-se. O comprador, do seu lado, pretende adquiri-lo para um uso qualquer, pagando o respectivo preço. Essa é a função econômica desse contrato e na medida em que, agasalhada pelo direito e considerado em sua somatória quanto aos infinitos contratos da mesma espécie que são concluídos a cada momento em todo o país, está preenchida a sua função social. E ponto.

No caso acima em qualquer contrato de maneira geral, não existe norma ordinária ou constitucional que obrigue no campo do Direito Comercial que seja atingida qualquer função social como, por exemplo, a prática de um preço mais favorecido ou um prazo mais longo para a parte que, no caso concreto, for considerada hipossuficiente. Lembre-se que o Direito Comercial tutela operações celebradas entre particulares, no exercício da livre expressão de sua vontade.

Nem sequer o Código do Consumidor, que a esse tutela, pode ser visto como um conjunto de normas voltado para proteger o consumidor, lado mais fraco da relação contratual, sob o pretexto do atendimento a uma função social. Existe, isto sim, nos termos do art. 1º daquele um *interesse social*, que é muito diferente de *função social*. O que está em vista para efeito de uma proteção especial (art. 4º, I), em termos de política nacional das relações de consumo, é a reconhecida vulnerabilidade do consumidor diante da outra parte. Entre dois empresários que celebram contratos no exercício de sua atividade tal vulnerabilidade não se presume: ela pode estar presente em alguma circunstância concreta, a ser identificada individualmente pelo juiz ou pelo árbitro devendo, então, dar-se lugar aos remédios jurídicos cabíveis.

Quando, portanto, se cuida de dois empresários celebrando um determinado contrato, não se pode estender a um deles (aquele tido como parte mais fraca na relação jurídica), mesmo que por analogia, uma disposição protetiva do Código do Consumidor, em flagrante violação dos seus limites legais. Uma prática como essa representaria o completo desvirtuamento do Direito Comercial, à qual não estão imunes os tribunais a exemplo de decisão recente do STJ que considerou o contrato de franquia como formado por adesão, para o fim de se proteger o sempre coitado que é o franqueado.

A segunda observação, respeitante ao teor do art. 422 do CC é típico resultado de uma prática jurídica tão cara entre nós, denominada chover no molhado, largamente copiada pelo infeliz projeto de código comercial que nos assombra todas as noites. Desde que o contrato é contrato, lá em priscas eras, que vão além do Direito Romano, as partes são obrigadas a o celebrarem imbuídas de boa-fé e de honestidade. Ainda mais quando se trata de comerciantes no exercício de sua atividade. Esse artigo é tão inútil em sua expressão escrita do que uma nota de três reais (e tão barato quanto).

Vamos de imediato a uma antiquíssima fonte, tão mencionada no mundo do direito, o famoso Código de Hamurabi em seu art. 123: "*Se alguém deposita o trigo na casa de outro, deverá dar-lhe, como aluguel do armazém, cinco ka de trigo por cada gur de trigo ao ano*". Será que não já estavam presentes nessa norma as obrigações de probidade e de boa-fé?

O velho Moisés escreveu no capítulo 19, versículo 13 do Livro de Levítico, que o empregador não poderia reter o salário do seu empregado (jornaleiro) além do dia em que este tivesse trabalhado, porque o pagamento era feito por jornada.

Não cansarei inutilmente o leitor com o Direito Romano (no qual **pacta sunt servanda**), nem com tudo o que veio de lá para cá em matéria de direitos e obrigações contratuais. Quem de livre e espontânea vontade assumia uma obrigação deveria cumpri-la e pronto! Portanto, ninguém pode alegar que se trata de uma novidade jamais vista e tão importante que era necessário colocá-la de forma expressa e destacada no corpo do CC.

Nosso antigo Código Comercial não cogitou de obrigação semelhante ao artigo 422 do CC, tendo estipulado simplesmente no seu art. 165 que "*os contratos mercantis são obrigatórios, tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e o reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária*". Simples assim e ao que parece sempre se entendeu que honestidade e boa-fé faziam parte integrante dos contratos, especialmente dos comerciais.

Em circunstâncias normais da vida privada e dos negócios, a probidade e a boa-fé são naturalmente esperadas nas contratações. Destas fazem parte integrante, podendo ser entendidas como ***instituições sociais*** segundo a visão de Douglas North, Oliver Williamson e Galgano[4], entre tantos outros. Sem elas não é possível estabelecer-se segurança e certeza nas relações jurídicas. E instituição social é regra e não exceção.

Voltemos aos antigos. No Velho Testamento é contada a aventura de Jacó, filho de Isaque, que não era absolutamente flor que se cheirasse. Por meio de ardis ele usurpou a primogenitura do irmão Esaú (que o jurou de morte) e roubou a bênção que seu pai daria a Esaú, pelo mesmo fato da primogenitura. Fugido de casa para não ser morto, foi para as terras do seu tio Labão, onde se enamorou da bela Rachel. O tio, que era outra flor intragável, prometeu dar Rachel em casamento a Jacó em troca de sete anos de trabalho. Passado o tempo e tendo sido pago o preço, chegou finalmente o dia das bodas. Mas Jacó foi para a

tenda nupcial com Rachel (ele assim achava) e acordou no dia seguinte ao lado de sua irmã mais velha Lia. Nas sombras de sua tenta, certamente um pouco bêbado da festa e não tendo tido o devido cuidado de romper uma assimetria informacional, retirando o véu que cobria o rosto da noiva, ele não percebeu que havia sido enganado até que despertou da carraspana. Tendo reclamado ao sogro, este lhe disse "*já era*", desculpando-se pelo fato de que não podia casar a filha mais nova antes de casar a mais velha. Mas prometeu a Jacó dar Rachel em casamento por mais sete anos de trabalho, ainda que a entrega do produto, uma vez aceito o negócio, tivesse sido feita de forma imediata.

Do ponto de vista institucional, a época era outra, não sendo hoje o caso de Labão repetir a brincadeira sob a forma de reserva mental. Institucionalmente a sociedade seguramente espera que o pai entregue a noiva prometida e não outra e que (infelizmente para alguns sogros) ele não poderá exigir pagamento do futuro genro por meio de trabalho forçado ou em espécie. E esta é a regra dos negócios. Não a respeitar é descumprir o contrato, como sempre foi considerado na história do direito, sem a necessidade de se criar norma expressa a respeito. Assim economiza-se tinta e papel e dores de cabeça para os operadores do direito. Isto porque as instituições sociais alcançam o status de norma, especialmente quando presentes no campo dos contratos.

Portanto, os árbitros nos feitos nos quais atuam, não podem cair na armadilha construída pelos dois dispositivos aqui comentados, porque se arriscam a aplicarem o mau direito.

1 Enquanto isto, no direito italiano (que informa o nosso Código Civil nesse campo) pululam obras a respeito, tal como visto na nossa bibliografia.

2 (REsp 1.602.076/SP), a anulação se deu pela ausência de destaque da cláusula em negrito e assinatura especial, requisitos previstos no dispositivo, que prevê:"Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

3 Aliás, entrou para o mundo do direito, a Teoria Jurídica do Coitadismo, que se alastra como praga, tendo nascido no Direito do Trabalho, passado para o Direito do Consumidor, e atingido desde o Código Civil de 2002 muitos dos contratos privados, sejam eles empresários ou não. É por isso que, por via da desconsideração desnaturada da personalidade jurídica, tendo que se obter resultado positivo em favor do coitadinho a qualquer preço, que se tem responsabilizado o cunhado do irmão do primo da esposa do réu, desde que ele tenha dinheiro. O lema nesses casos é "chercher l'argent".

4 North, "Institutions, Institutional Change and Economic Performance", Cambridge University Press, 1990; Williansom, "The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets and Relational Contracting" "(Australian Journal of Management, 12, I June, 1987, The University of Now South Wales); Galgano, "Diritto commerciale. Le società. Contratto di società. Società di persone. Società per azioni. Altre società di capitali. Società cooperative", Zanichelli, 2013.

_____

A arbitragem e a teoria geral do contrato II - O Equilíbrio Contratual Econômico

(2 de dezembro de 2016)

Introdução

Trata-se de questão que frequentemente necessita ser resolvida em casos sujeitos a solução via arbitral, a qual apresenta algumas dificuldades ligadas ao conceito do instituto e ao seu alcance.

Esse equilíbrio tem sido reconhecido como um dos pressupostos do contrato[1]. Nesse sentido ele se coloca na categoria de um dos fundamentos obrigatórios implícitos do instituto, como condição prévia para a sua conclusão. Se o acordo entre as partes não o apresenta o contrato correspondente é considerado celebrado com vício genético, que resultaria em sua nulidade ou anulabilidade. Como fundamento jurídico indireto dessa teoria teríamos o art. 187 do NCC, segundo o qual o qual seria considerado ato ilícito a imposição de um direito (de contratar, no caso), exercido manifestamente além dos limites ditados pelo seu fim econômico. O fim econômico, aliado à função social do contrato determinaria necessariamente o prévio equilíbrio econômico em relação ao negocio efetuado[2].

Outra expressão normativa sobre o mesmo tema pode ser entendida como a proibição ao administrador de sociedades no sentido de praticar ato de liberalidade em detrimento do patrimônio daquela, sob sua gestão. Essa liberalidade poderia ser exercida por meio da celebração de um contrato no qual a sociedade se encontrasse em situação de desequilíbrio econômico, fato que frustraria a realização do seu objeto social (lei 6.404/196, art. 154, § 2º, "a").

Observe-se que o art. 187 do NCC mostra-se limitado em sua aplicação porque menciona expressamente o termo *imposição*, que significa a subordinação direta de uma parte à vontade da outra. Tal subordinação não está presente na maioria dos casos, que são baseados principalmente em erro ou negligência da parte prejudicada ou, ainda, em uma mudança significativa dos fundamentos econômicos, de natureza externa aos contratantes, passível ou não de ser prevista. Conforme o caso, tais situações são colocadas no plano da imprevisão ou da incompletude contratual.

Conforme os adeptos dessa visão, depois de concluído um contrato em situação de equilíbrio, caso este viesse a ser quebrado em detrimento de um dos contratantes, o contrato estaria extinto se a parte favorecida não oferecesse ao prejudicado a sua modificação equitativa. Fundamentos legais apontados para tal interpretação consistiriam nos arts. 1.467 do CCIt e 478 a 480 do CC/2002.

Mas deve-se ter em conta que tais dispositivos somente se aplicam em relação aos *contratos de execução continuada ou diferida*, não alcançando os contratos de execução instantânea. Quanto a estes o legislador somente prevê sanção para o erro de uma das partes quando o equilíbrio contratual (que vier a estabelecer uma prestação excessivamente onerosa para uma delas) se coloque no *plano substancial* (NCC, arts. 138 e 139). Nesta situação o contrato seria anulável.

2. Conceito de equilíbrio contratual e aspectos relacionados

Contudo, é necessário examinar o que seja o referido equilíbrio contratual econômico, em relação ao qual se deve ter em vista que **não é possível construir um conceito abstrato, passível de ser aplicado à generalidade dos casos**. Será essencial discernir tal equilíbrio no caso concreto e até mesmo reconhecer que em certas hipóteses ele não existe, tendo uma das partes assumido uma prestação aparentemente onerosa em excesso, por conta de interesses que ela

possa ter em um determinado conjunto de operações no qual esse determinado contrato é apenas uma parte.

Não objetivamos discutir aqui os problemas ligados a preços fixados em situação de monopólio, ou no campo do direito do consumidor. Nossa preocupação se dá quanto aos contratos celebrados entre empresários que, por pressuposto, acontecem entre partes juridicamente iguais e economicamente equivalentes, de forma independente do seu porte econômico. Por exemplo, em tese se dá em equilíbrio um contrato fechado entre uma montadora multinacional de automóveis e um pequeno (relativamente) fornecedor de determinada auto-peça que não integra todos os modelos da primeira.

Os preços de mercado determinam frequentemente, dada a sua variação, a mudança dos custos dos contratos, como acontece frequentemente com commodities ou com moedas de curso internacional, a exemplo do dólar. As variações muitas vezes são bruscas e significativas, mas os empresários atuantes nesse campo não podem alegar ignorância, nem reivindicar uma modificação do preço concertado com a outra parte, sob a alegação de que uma modificação futura da base econômica da relação veio a lhe causar prejuízo. Essa foi uma queixa recorrente nos tribunais quando ocorreram crises em determinados mercados, a exemplo do da laranja há alguns anos. A variação de preços faz parte do jogo negocial em tais mercados e as partes têm à sua disposição mecanismos de proteção, a exemplo do seguro, do hedge e do swap.

Lembrando a crise que ocorreu na relação real/dólar em um passado relativamente recente, os tribunais brasileiros determinaram que nos contratos de leasing os empresários e os bancos brasileiros deveriam suportar equitativamente (?!) o custo da variação cambial. Para tanto alguém teria se lembrado do caso do rei Salomão e das duas mulheres que foram até sua presença para disputar uma criança. Ora, as cortes simplesmente esqueceram-se de que os bancos nacionais haviam tomado linhas de crédito no exterior e que os bancos credores não iriam concordar com a solução *salomômica*. Assim, para não ficarem fora do mercado de linhas de crédito internacionais os bancos brasileiros honraram integralmente suas obrigações com os bancos externos e, no frigir dos ovos – a ciência econômica é verdadeiramente ingrata –, a operação de leasing cambial desapareceu completamente das prateleiras de produtos bancários. Quando muito, ainda se mantém, cercadas de todos os cuidados possíveis contra variações cambiais "*inesperadas*" e outras "*não surpresas*".

Outras interferências indevidas do Judiciário na mesma linha de atuação tiveram e sempre terão o mesmo resultado. Como disse alguém em certa oportunidade em situação diversa, mas que aqui se aplica perfeitamente, "*É a economia, estúpido*".

Retornando ao tema da análise do caso concreto com o fim de analisarmos o equilíbrio contratual, verificamos que a aquisição de um bem por um valor maior ou menor pode ter a ver com o problema da assimetria informacional. A parte menos informada (se é empresário não pode deixar de estar consciente desse estado) necessita atentar para a busca de um preço de equilíbrio, procurando aumentar a qualidade de sua informação, ficando esta obrigação no âmbito da sua diligência. A responsabilidade da outra parte somente surgirá no caso em que tenha agido de má-fé.

Uma situação bastante comum em arbitragem está em verificar se o preço em determinados contratos – que havia sido fixado entre as partes a *priori* ou a ser identificado a *posteriori*, segundo algum modelo de avaliação entre elas adotado - veio a ser efetivamente atendido ou se ele teria rompido o equilíbrio contratual. Isto se dá em contratos de execução

continuada, no curso dos quais o surgimento de variações substanciais na base da equação acarretara custos ou perdas em nível elevado.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que nenhum critério de avaliação daqueles comumente adotados no mercado é capaz de representar uma realidade *verdadeira* quanto à fixação do preço de um contrato. Ao adotar algum deles as partes devem estar conscientes de que estão diante de parâmetros arbitrários, ainda que possam ter certa base na ciência econômica ou no negócio da parte vendedora, por exemplo. Assim sendo, não cabe a qualquer parte que se julgue prejudicada em relação ao preço de um determinado negócio desejar valer-se da teoria da imprevisão ou da inadequação do critério de precificação adotado para o fim de rever o contrato. Em segundo lugar, muitas vezes resultados econômicos inesperados se colocam no plano dos custos de transação, também fundados na teoria da informação assimétrica ou na impossibilidade de serem reguladas todas ou a maioria das variáveis às quais os aspectos econômicos do contrato possam estar sujeitos.

No último caso vamos tomar o exemplo da avaliação de uma jazida mineral. Quanto maior for a quantidade de *furos* realizados para a prospecção do terreno, maior a probabilidade de se encontrar o seu potencial real de minério. Mas há um custo limite para o número de prospecções porque o seu custo pode revelar-se demasiadamente elevado. Fixado contratualmente determinado critério de prospecção, as duas partes correrão o mesmo risco, em sentido contrário. Para uma o potencial esperado poderá ser mais elevado do que esperava e teve um prejuízo porque cobrou barato. Para a outra se deu a situação inversa e pagou mais por alguma coisa que valia menos. A solução estará na contratação de um seguro – se for o caso – ou de uma avaliação ao final, segundo parâmetros previamente estabelecidos, pagando uma parte à outra, vendedora ou compradora, a parcela que se revelar a ela devida. Se esses cuidados não foram tomados, "*morreu Neves*". Trata-se de risco do negócio, às vezes cumulado com negligência, fator para o qual o Tribunal Arbitral deve atentar.

O que não é possível ao Tribunal Arbitral em sua decisão é procurar uma forma de reequilibrar o contrato, a não ser que as partes tenham feita a opção pela arbitragem por equidade. Neste sentido, por mais amargo que seja o remédio de uma condenação pesada em relação a uma parte - que a poderá até levar à falência – é preciso sempre reconhecer-se que a atividade econômica é de risco e este não tem patrão.

Mas jamais se esqueça o que foi dito acima por outras palavras. Em muitas decisões sobre este tema, o equilíbrio contratual tem a característica de uma norma, ele é obrigatório. E, portanto, ao restabelecê-lo no caso concreto uma vez identificado o desequilíbrio, o Tribunal Arbitral esta atuando no âmbito da lei e não no da equidade. Esta estaria presente (e caso não prevista pelas partes representaria na verdade uma interferência indevida dos julgadores) nas situações em que viesse a ser atendida a *doutrina do coitadismo*, muito em voga no direito do trabalho e no do consumidor. Tal doutrina não se casa com o direito empresarial.

_____

1 A este respeito, veja-se Massimo Bianca, "Il Contratto", in "Diritto Civile", Vol. 3, segunda edição, Dott. S. Giuffrè Ed., Milão, 2000, p. 464.
2 Sobre a função social do contrato, vide o primeiro artigo desta série.

_____

A arbitragem e a teoria geral do contrato III – O discernimento dos aspectos relevantes, inerentes à vontade contratual

(10 de janeiro de 2017)

Introdução

Como se sabe, a vontade livre respeitante a bens disponíveis é elemento essencial da existência, validade e eficácia dos contratos para os fins da sua sujeição à arbitragem. Qualquer quebra dos parâmetros correspondentes terá efeitos negativos na sua vida jurídica. Nos limites deste texto nos propomos a iniciar a análise da maneira pela qual os árbitros devem discernir o elemento vontade na celebração de contratos, para o fim de tomarem a decisão adequada segundo o bom direito.

Dada a complexidade do tema ele tomará mais de um artigo desta série.

1. A soberania da vontade e a autonomia privada

Em algumas searas jurídicas ainda não foi muito bem percebido que o dogma da soberania da vontade cedeu lugar há muito tempo para a expressão da autonomia privada. O ponto tem a ver não somente com uma nova e mais moderna nomenclatura, mas com o reconhecimento de que a expressão da vontade das partes deixou de operar segundo o exclusivo arbítrio das partes (*laissez faire, laissez passez*) para subordinar-se ao âmbito previamente delimitado pelas constituições nacionais. No direito privado é reconhecida a liberdade das partes para o fim da celebração de contratos, representando o seu poder de autonomia, o qual é colocado dentro de parâmetros bem delineados, considerados de importância mais elevada, segundo os valores atribuídos pelo legislador.

Nos termos acima o voluntarismo (ou dogma da vontade) cedeu lugar em favor de um campo mais limitado do exercício da vontade individual.

2. A vontade contratual como categoria de fenômeno social. Sua formação e identificação

O contrato resulta da manifestação da vontade entre duas ou mais partes. Mesmo limitada, conforme o tipo de cada contrato, apenas as duas únicas partes, a vontade destinada à celebração (e à consequente execução do contrato) é caracterizada como um fenômeno social por dois motivos. Primeiro porque é essencial que se torne externa aos *volentes* (as duas partes do contrato), de forma a que cada uma delas reconheça-a em sua existência e também quanto aos limites do acordo pretendido. Segundo, para que o necessário reconhecimento jurídico e produza os efeitos externos desejados pelas partes.1

Há dois momentos no exercício da vontade, um o da sua declaração (que também pode ser manifestada de forma tácita) e outro relativo àquela dirigida para a produção de efeitos. Em relação a cada contrato, seja nominado ou inominado, essa vontade é específica, segundo a função econômica que as partes pretendem alcançar na sua celebração. Este aspecto também é verdadeiro quando se trata da utilização do negocio indireto, por meio do qual licitamente as partes ajustam um determinado acordo, mas com o objetivo de que ele produza efeitos relativos a outro tipo de negócio (necessariamente lícito). A consciência da opção por um negócio indireto deve estar necessariamente presente na conjugação das vontades das partes. Neste sentido,

não pode a vontade de uma delas estar desvinculada da outra quanto à essência do contrato a ser efetuado.

No sentido acima aprendemos com Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova2 que, na formação da vontade contratual, cada agente parte de considerações mais gerais sobre os seus próprios objetivos, passando a estreitá-la segundo um processo lógico: (i) deseja agir no sentido de um comportamento genericamente expressivo; (ii) passa a agir de acordo com um comportamento particularmente expressivo; (iii) pretende que seu comportamento seja interpretado por terceiros nos termos da expressão da sua vontade; (iv) deseja alcançar o significado do seu comportamento; e (v) deseja a validade jurídica do seu comportamento.

Observe-se que o conteúdo e a extensão da vontade das partes são sujeitos a variação tanto maior quanto mais duradouro for o tempo da execução do contrato, lembrando-nos do fenômeno da *incompletude contratual* sobre a qual já nos referimos nesta série de artigos. Esta situação evidentemente não ocorre nos contratos de celebração/execução instantânea.
No entanto, de acordo com os mesmos autores, problemas de identificação da existência de uma vontade contratual, do seu conteúdo e da sua extensão podem surgir entre as partes, em um processo de *frisson*, uma vez que determinadas circunstâncias podem levar a divergências (reais ou aparentes) entre a vontade interna do sujeito e a declaração correspondente, segundo algumas possibilidades: (i) a presença de um significado subjetivo da declaração do agente, que o árbitro deverá reconstruir, recorrendo a todos os elementos presentes na contratação (que podem ser localizados no tempo em momento anterior, presente e/ou posterior à celebração do acordo); (ii) um significado objetivo que, portanto, se revela claro ao intérprete, verificável no momento da declaração; (iii) um significado relativo (conhecido por terceiro); e (iv) um significado compreendido e concretamente reconhecido pelo destinatário. Observe-se que a hipótese do inciso (iii) acima corresponde, por exemplo, ao franqueador em relação a um contrato de cessão de franquia de um franquiado atual para outro novo.

3. Os contratos privados e os contratos realizados *"no mercado"*

Há uma diferença de tratamento jurídico entre os contratos privados e aqueles realizados no âmbito do mercado. Expliquemo-nos.

Evidentemente a arbitragem se dá preferencialmente no campo do Direito Privado, tendo sido aberta recentemente no Brasil uma janela para sua atuação em relação a acordos concluídos com agentes públicos. Não é neste sentido que o termo *privado* está sendo utilizado neste momento. Como *privados*, desejamos atentar para os ajustes celebrados entre duas partes, que os construíram individualmente, em plena condição de igualdade econômica e jurídica (a qual é implícita quando se trata de empresários agindo cada qual na realização de sua atividade). Tais contratos se caracterizam por uma singularidade, não existindo no âmbito dos celebrantes outro absolutamente igual.

Por outro ângulo, quando nos referimos a contratos realizados *no mercado*, eles correspondem àqueles celebrados em massa, tendo de um lado um empresário (que por meio deles realiza o seu objetivo) e do outro um grupo difuso de partes atuais e potenciais. Estas, na sua individualidade fecham contratos idênticos em grande quantidade, ainda que independentes uns dos outros, geralmente colocados no campo da adesão contratual plena.

No sentido acima, é diversa a maneira pela qual o aplicador da lei (no caso, o árbitro que julgará questões contratuais) deverá avaliar e aplicar a vontade das partes conforme o contrato seja celebrado no plano das relações individuais particularizadas e no mercado.

No primeiro caso dá-se a proteção às partes quanto à obrigação assumida quando os contratos tiverem sido celebrados em situação de erro, violência ou simulação. Portanto, nestes casos a vontade do prejudicado foi manifestada na presença de algum tipo de *defeito*, alheio ao seu intento.

No segundo caso, é necessário conciliar duas situações contraditórias, mesmo que tenha necessariamente havido um acordo de vontades quanto à conclusão dos contratos celebrados no *mercado*. De um lado observamos o empresário que busca o mercado e que em tese assume riscos mais elevados do que os que enfrentaria em relação aos contratos individuais. Isto porque na moderna economia do mercado o direito exige uma plataforma mínima de direitos e mais expressiva de obrigações quanto aos empresários diante dos consumidores, para que os contratos de massa possam garantir aos últimos uma maior certeza quanto à responsabilização dos primeiros nos casos em que surgem problemas com a mercadoria ou o serviço adquirido. Do lado do empresário esse aspecto aparentemente negativo é contrabalançado pela possibilidade de auferir lucros mais elevados, seja porque ele alcança uma quantidade maior de clientes, seja porque no mercado ele reduz os custos de transação, que seriam mais elevados na contratação privada.

Se o risco do empresário no mercado é maior porque ele estará sujeito a uma quantidade eventualmente mais significativa de demandas dentro de um esquema de garantias de peso mais sensível, de outra parte o valor individual daquelas é muito menor (mesmo na sua somatória) do que o prejuízo representado pelo rompimento de um contrato privado de montante elevado.

Evidentemente na situação atual do direito arbitral brasileiro não se chegou ainda à sua utilização para os contratos de mercado. E quanto aos contratos individuais, o julgador precisa ter necessariamente presentes os fatores relacionados à vontade, expostos brevemente neste texto.

No próximo texto daremos continuidade ao importante tema da vontade.

_____

1. Essa matéria foi tratada na nossa T*eoria Geral do Contrato – Fundamentos da Teoria Geral do Contrato*, Ed. RT, São Paulo, 2ª ed. rev. atualiz. e ampl., São Paulo, 2014, pp. 268 e segs.
2. In "T*rattato di Diritto Civile*", 3ª ed., Turim, UTET, 2005, T. 1, pp. 416 a 422, passim.

Por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, sócio do escritório Duclerc Verçosa Advogados Associados. Professor Sênior de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

A arbitragem e a teoria geral do contrato IV - A vontade e os interesses relevantes. Vontade real, declarada e aparente. Ausência de vontade e a anomalia quanto às declarações realizadas

O Direito abandonou o dogma da primazia absoluta da vontade, tendo passado a se reger pela construção de uma situação de equilíbrio e de justiça contratual efetiva.

(27 de janeiro de 2017)

Introdução

No texto anterior (Migalhas de 10/01/17) nos voltamos para o discernimento dos aspectos relevantes da vontade contratual. Na sequência desse tema tão importante o objetivo estará na verificação desses interesses e no exame da vontade real, declarada e aparente.

1. A vontade e os interesses relevantes

Na utilização do contrato como o principal instrumento do exercício da atividade econômica são colocados em confronto os interesses individuais dos empresários ao lado do interesse coletivo do mercado. Observamos, que externamente ao contrato, mas indissoluvelmente ligado ao instituto por determinação legislativa, temos de lidar com a função social da propriedade, da empresa e do próprio contrato, temas que foram objeto de tratamento anterior.

No exercício da atividade empresarial estabelece-se uma rede de contratos entre partes diversas, geralmente estranhas juridicamente umas em relação às outras. Em certos casos estabelecem-se vínculos entre contratantes diversos, os quais não necessariamente os ligam na realização de arbitragens, exceto mediante previsão em cláusulas compromissórias. A questão dos *contratos ligados* é extremamente tormentosa em arbitragem e seu exame ficará para outra oportunidade.

No cenário geral acima descrito, verifica-se que os interesses em jogo não são excludentes, mas devem superpor-se harmonicamente para que os contratos celebrados pelos empresários possam considerar-se validamente constituídos e se revistam da eficácia necessária. Como já verificamos, o direito resguarda a autonomia contratual privada, na medida em que ela se coadune com os interesses gerais da sociedade. Neste sentido, Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova demonstram que a única razão que leva à proteção do tráfico econômico individual está no fato de que as decisões privadas, enquanto perseguem vantagens buscadas individualmente pelos agentes, estão subordinadas ao atendimento do interesse social, tendo em vista os benefícios assim gerados para a sociedade em geral, reduzidas tais vantagens, de forma bastante simplificada, ao oferecimento pelos empresários no mercado de produtos e serviços mais baratos e de maior qualidade.

Mas devemos atentar para o fato de que um contrato fechado apresenta duas facetas aparentemente contrapostas. Em primeiro lugar, os interesses e prestações são contrapostos. No caso de um contrato de fornecimento, por exemplo, uma parte deseja a mercadoria e a outra o pagamento do preço. Mas, em segundo lugar, ambas atuam no mesmo mercado, devendo agir para que o equilíbrio desta permaneça como forma de sua permanência idônea à satisfação das necessidades em geral, atendidas pelos empresários pelo recurso aos contratos.

2. A Vontade real, vontade declarada e vontade aparente

Ao julgador cabe atuar no atendimento da vontade das partes que, como visto, é um dos pontos essenciais das relações contratuais.

O papel fundamental da vontade na interpretação e na execução de contratos apresenta-se algumas vezes problemático, na medida em que a vontade real pode diferir da vontade declarada, apresentando-se uma vontade aparente e, portanto, não verdadeira.

No campo das declarações contratuais, a segurança das relações jurídicas é valorizada e protegida (como segurança individual e do mercado como um todo), a partir daquelas efetivas e ostensivamente demonstradas, como também da aparência de declarações contratuais, neste

caso em benefício do destinatário que as toma como tais. Não se trata aqui dos casos de defeitos do ato jurídico (CC/2002, arts. 138 a 165), isto é, do erro, do dolo, da coação, do estado de perigo, da lesão e da fraude contra credores, os quais têm uma proteção própria estabelecida pelo direito fora do campo do contrato.

A apuração da vontade contratual fica subordinada muitas vezes à necessidade da defesa da segurança das relações correspondentes, a qual é o fundamento da confiança no recurso aos contratos, sem a qual a sua utilização ficaria esvaziada.

Estamos nos referindo aos empresários que se encontram no mercado realizando contratos com outros participantes dispostos a valer-se desse mecanismo para a prática de sua atividade econômica, em relação ao qual é necessária a proteção jurídica em benefício da parte que entende, diante das circunstâncias do caso concreto, encontrar-se um contrato aparentemente concluído, válido e eficaz. A negativa dessa proteção toldaria o mercado. Isto porque se a vontade de um declarante é manifesta no sentido de contratar e, para tanto, preenche os elementos necessários, ótimo, o contrato será devidamente concluído pela conjugação da vontade de outra parte. Mas, por outro lado, se a vontade é aparente, mas esta circunstância não chega ao conhecimento do oblato, que a toma como efetiva, também aqui o contrato será considerado concluído em nome da segurança das relações jurídicas, as quais, no campo empresarial, extravasam o âmbito privado das partes, realizando-se dentro do *mercado*.

A noção acima é nova quando se pensa no regime do contrato clássico, fora do campo empresarial, mas principalmente fora do mercado, cuja construção, permanência e segurança exigem todo um aparato jurídico que é relativamente novo para o pensamento jurídico, conforme demonstrado por Natalino Irti em suas obras, observando-se, ainda, a visão trazida por Coase de que já falamos. Nesses termos, há uma distância infinita em termos de anos-luz jurídicos entre a concepção contratual clássica, a concepção mercantil (enriquecida no Brasil a partir do art. 4º do Código Comercial de 1850, mas muito mais distanciada do pensamento jurídico tradicional quando se pensa em termos de um mercado vivo e eficiente.

Reforce-se a noção de que a referência feita sobre a vontade diz respeito a um sujeito capaz e adequadamente informado a respeito do contrato que pretende celebrar, o qual, portanto, tem condições de manifestá-la de forma válida e eficaz. Conforme afirmam Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova é impossível na vida real deparar-se com uma situação na qual o agente esteja revestido de plena liberdade, plena capacidade de ponderação dos fatores favoráveis e contrários em uma determinada contratação, bem como de pleno conhecimento sobre todos os aspectos envolvidos, o que seria ideal para o efeito do reconhecimento da validade e da eficácia da vontade manifesta no sentido de contratar.[1] Diante deste quadro, o direito dará guarida às situações nas quais se constata a presença de um mínimo de liberdade, de uma capacidade razoável de ponderação e do conhecimento dos fatores mais relevantes de determinado contrato para efeito de sua validade e eficácia. Lembre-se, ainda, que se deve atribuir ao empresário a presunção de que conhece profissionalmente o campo de sua atividade e, portanto, dentro dele tem condições de realizar contratos em benefício de sua empresa. Neste sentido, de longa data dizem os portugueses que *quem não tem competência, não se estabeleça*.

No sentido acima não pode ser aceita a tese que infelizmente tem sido aplicada em algumas decisões judiciais no sentido de que em certos casos existe uma diferença econômica – e consequentemente jurídica – entre empresários dentro de uma relação contratual, de maneira que se entende haver uma situação semelhante às da relação de trabalho e de

consumo. Assim, um pequeno empresário é considerado a parte mais fraca em um contrato por ele celebrado, merecendo dessa forma uma proteção compensadora do julgador.

Quanto à maneira de se encontrar uma solução para a identificação da vontade que será tomada em relação à execução dos contratos, Darcy Bessone lembra a existência de duas correntes, a da **(i)** *vontade real* e **(ii)** *vontade declarada*. De acordo com a *teoria da vontade*, seria preponderante a vontade real, enquanto, para a *teoria da declaração*, prevaleceria a vontade declarada.

O autor citado filia-se a uma doutrina intermediária, baseada no reconhecimento da presença de conveniências sociais (e, acrescentamos, essencialmente jurídicas), de segurança nas relações contratuais, razão pela qual, embora preferível, sempre, a opção pelos efeitos da vontade real, o aplicador da lei deverá ceder seu lugar à vontade declarada, de maneira que não haja prejuízo para uma das partes que confiou na declaração efetiva, a qual, na sua visão, não representa uma *vontade aparente*, mas sim a *vontade verdadeira*.[2]

A segurança jurídica é um preço a ser pago pelos contratantes diante da necessidade de recurso à vontade aparente, mesmo que o autor sob comentário reconheça que nos casos em que esta solução se apresente, o princípio da autonomia da vontade receberá um novo golpe. Mas, conforme se tem dito ao longo do texto já exposto, o direito abandonou o dogma da primazia absoluta da vontade, tendo passado a se reger pela construção de uma situação de equilíbrio e de justiça contratual efetiva.

1. Il Contratto, op. cit., p. 418.
2. Do contrato, op. cit., p. 44 a 47.

A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SIGILO – REGRA E EXCEÇÕES

(02.07.2018)

i) O Regime *"comum"* do sigilo na arbitragem privada

Aqueles que são afeitos à arbitragem privada sabem que o estabelecimento de sigilo é, em regra, uma prerrogativa das partes, por elas livremente estabelecida quando optam por essa via para a solução de conflitos que possam nascer em suas relações. Não se trata de elemento essencial da arbitragem. Essa opção decorre na maioria das vezes pelo fato de que as partes não desejam dar conhecimento a terceiros relativamente aos seus problemas internos, terceiros entre os quais se colocam os seus concorrentes no mercado que poderiam utilizar em seu favor as informações correspondentes.

No entanto, há normas que quebram a opção pelo sigilo, fundado este no princípio do segredo do negócio, quando é dada primazia a outros valores, em função de determinadas situações.

No sentido acima, veja-se que, ainda que uma das partes na cláusula compromissória seja uma companhia fechada, o art. 176 da Lei 6.404/1976, inciso IV, "i" determina que das suas demonstrações financeiras conste nota explicativa sobre a existência de eventos subsequentes à data do encerramento do exercício, os quais tenham ou possam vir a ter um efeito relevante sobre a situação financeira e os resultados futuros da companhia. Essa norma claramente se reporta aos resultados econômico/financeiros de uma pendência arbitral, que possa gerar uma

condenação para a sociedade. Tal situação gera a obrigação do provisionamento de determinada importância e objetiva resguardar o patrimônio da sociedade diante de futura condenação na lide, valorada segundo os princípios contábeis aplicáveis ao caso.

Para o fim de ser resguardado o interesse da sociedade em casos como esse – de sigilo claramente relativo, como se vê – a nota explicativa a ser redigida se restringirá a indicar o objeto da pendência em termos genéricos, e a sua expressão econômica, não sendo necessário particularizá-lo a fundo.

Por sua vez, quando se trata de companhias abertas, a transparência é a regra geral que se coloca perante os acionistas, os investidores e o mercado de capitais, dando-se maior amplitude à informação a ser prestada relativamente a uma pendência judicial ou arbitral. Esse princípio encontra-se erigido em dispositivos da Lei 6.385/19796, conforme veremos rapidamente.

No caso acima cabe à CVM expedir normas sobre a natureza das informações que a companhia aberta deva divulgar e a periodicidade da divulgação (art. 22, § 1º), o que foi objeto da Instrução nº 258 daquele Órgão no que diz respeito à existência de algum fato relevante.

O tratamento desse tema transparece da leitura do art. 4º da lei em apreço e do art. 157, § 4º da LSA, quando, ao cuidar o primeiro da competência conjunta do Conselho Monetário Nacional e da CVM, volta-se para: (i) o funcionamento regular e eficiente dos mercados de bolsa e de balcão; (ii) o uso de informações relevantes não divulgadas no mercado de valores mobiliários; e (iii) o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido. O segundo dispositivo citado impõe aos administradores o dever de prestar essa informação, abrindo-se uma exceção no parágrafo 5º, quando entenderem que a revelação de algum fato possa colocar em risco interesse legítimo da companhia. Neste caso cabe à CVM, a pedido dos mesmos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação da informação e responsabilizar os primeiros, se for o caso quando houve irregularidade na omissão de informar.

De qualquer maneira, o fato da existência de uma arbitragem na qual uma das partes seja uma companhia aberta jamais poderia justificar segredo a seu respeito fundado em fato relevante. Conforme se disse acima, é obrigatória a informação sobre esse assunto, nos limites colocados pela lei, ou seja, divulga-se a existência da arbitragem, eventualmente reservando-se a informar o seu conteúdo, ainda que o valor potencial da condenação deva constar das demonstrações financeiras como nota explicativa e se faça a correspondente provisão.

Por outro lado, de maneira geral o acionista de qualquer companhia, aberta ou fechada, no exercício de seus direitos essenciais, tem a prerrogativa de sobre ela exercer fiscalização, na forma que a lei estabelece (Lei 6.404/1976, art. 109, III). Essa fiscalização não é feita de forma direta, mas por meio do Conselho Fiscal quando em funcionamento, nos termos dos arts. 161 a 165 da LSA. Informações sobre arbitragens em andamento relativamente à companhia constarão obrigatoriamente do relatório desse órgão, que será apresentado à assembleia geral (art. 163, II, V e VII). A lei exige um mínimo de representatividade do corpo social para requerer a instalação desse órgão, correspondente a 0,1 (um décimo) das ações com direito de voto ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito de voto (art. 161, § 2º).

Se o Conselho Fiscal em dada sociedade não estiver em funcionamento e não for possível a um ou a alguns acionistas pedirem a sua instalação, a informação sobre a existência, conteúdo e extensão dos efeitos potenciais de uma arbitragem na qual a companhia seja parte será obrigatoriamente transmitida quando da realização de Assembleia Geral Ordinária. Pode-

se entender que essa informação esteja incluída entre os principais fatos administrativos do exercício findo, que devem constar do relatório da administração, na forma do art. 133, I da LSA.

II) A arbitragem e a administração pública

Introduzido o instituto da arbitragem no direito brasileiro como uma alternativa adequada à solução de conflitos por meio da Lei 9.307/1996, o texto em seu artigo primeiro dispôs que as pessoas capazes de contratar poderiam valer-se dessa opção para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Dando-se que a sua redação é genérica, nada impediria desde o advento dessa lei que a administração pública pudesse recorrer à arbitragem em lugar do Judiciário. Essa já era uma realidade presente em muitos casos, especialmente no tocante a empresas públicas e sociedades de economia mista, dada a sua natureza jurídica. Mas também se aplicava aos contratos administrativos. Isto porque a doutrina entendeu, corretamente, que tanto na administração pública direta, como na indireta, estavam presentes direitos patrimoniais disponíveis quando os contratos celebrados nessa área diziam respeito não ao objeto público propriamente dito (atividade-fim), mas à maneira pela qual ele era realizado (atividade-meio). E precisamente neste último caso os direitos inerentes ao ente público caracterizavam-se como daquela natureza. E, dessa forma, não foram raras as arbitragens realizadas dentro desse cenário. E para compreendê-lo melhor passaremos a examinar outros elementos.

Antes disso, observe-se que a Lei de Arbitragem foi alterada pela Lei 13.129/2015, que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 1º, onde se lê que *"a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade".* Quanto a este último aspecto, a mudança correspondeu tão somente a *chover no molhado*, pois esse princípio sempre fez parte integrante da posição do Estado diante dos particulares, o que incluía também a arbitragem. É o que veremos em seguida.

III) Legislação genérica e especial aplicável à arbitragem no campo público

Inicialmente, deve observar-se que, nos termos do art. 37, XXI da CF, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Trata-se dos chamados *contratos administrativos*.

O dispositivo acima citado foi regulado pela Lei 8.666, de 21.06.1993, a qual estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Subordinaram-se ao seu regime além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deve-se ter em conta, ainda que a Ordem Econômica Constitucional brasileira regula a presença do Estado na economia nos termos do art. 173 da CF, da seguinte forma, no que nos interessa particularmente aos objetivos deste texto:

(i) O exercício direto da atividade econômica pelo Estado somente é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei;

(ii) Essa atividade do Estado é exercida por meio de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de suas subsidiárias;
(iii) Tais entidades estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; e
(iv) Os privilégios das empresas públicas e das sociedades de economia mista são obrigatoriamente os mesmos aos quais têm direito as empresas privada.

Em complementação, a atividade econômica do Estado no campo da prestação de serviços públicos, é disciplinada pela art. 175 da CF, seja pela forma direta, seja por subordiná-la aos regimes da concessão ou da permissão, na forma da lei.

Finalmente não pode se esquecer de que foram promulgadas leis que disciplinam a adoção da arbitragem relativamente a certos setores nos quais atua o Estado de forma direta ou indireta, como pode se verificar na relação abaixo:

- Lei nº 8.987/95 – Lei das Concessões;

- Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações;

- Lei nº 9.478/97 – Política Energética Nacional;

- Lei nº 10.233/01 – Lei de Criação da ANTT e da ANTAQ;

- Lei nº 11.079/04 - Lei de Parcerias Público-Privadas;

- Lei nº 12.462/11 – Regime Diferenciado de Contratações Públicas;

- Lei nº 12.815/13 e Decreto nº 8.465/15 – Setor Portuário.

- Lei nº 12.351/10 – Lei do Pré-Sal;

- Lei nº 13.303/16 e Decreto nº 8.945/16 – Estatuto das Empresas Estatais; e

- Lei nº 13.448/17 – Lei de Relicitação e Prorrogação de Contratos de Parceria[5].

IV) A questão do sigilo na realização de arbitragens com entes públicos

Não é necessário aprofundar-se na doutrina para reconhecer que os princípios da transparência e da publicidade são inerentes aos regimes políticos democráticos. Assim sendo, não se poderia falar em sigilo quando se tratasse da realização de uma arbitragem no âmbito da administração pública. Mas, tanto quanto é possível em relação à iniciativa privada, em alguns momentos poder-se-ia estar diante de uma situação que levasse à necessidade da quebra da regra geral. A questão está em se saber se existe alguma base legal que possa indicar o caminho. E, para mim, um deles pode ser encontrado nos princípios que regem o desusado instituto do *habeas data*, insculpido no art. 5º, XXXIII da CF, segundo o qual "*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".*

Analisando-se a jurisprudência um pouco pobre do STF sobre o *habeas data*, verifica-se que ele tem sido reconhecido como válido no tocante a informações de interesse direto do impetrante e não de terceiro, exercido perante o órgão público contra o qual se busca determinada informação. Ocorre que a leitura é clara no sentido de que tal direito vai além do

[5] Diversas leis sobre o assunto têm sido promulgadas desde de que este artigo foi publicado, destacando-se aquelas que regulara a arbitragem no âmbito de diversas unidades federativas.

interesse particular, envolvendo também os interesses coletivos e gerais, os quais seriam aqueles que justificariam a obrigatoriedade de prestação da informação pretendida que, no caso deste breve estudo, diz respeito à realização de uma arbitragem da qual faça parte um ente público.

O que nos interessa diretamente não é saber sobre a obrigatoriedade da prestação da informação de que se trata (regra), mas de quando ela pode ser negada (exceção), colocando-se no campo do sigilo. E para resolver esta questão devemos nos reportar ao regulamento do *habeas data*, objeto da Lei 12.527, de 18.11.2011, que se aplica, nos termos do artigo primeiro, a todos os órgãos da administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por sua vez, o seu art. 3º, inciso I estabelece a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção. E ainda que o art. 7º traga uma relação de casos de prestação obrigatória da informação, ela não é de natureza fechada, mas aberta.

E, importante, o direito à informação de que se trata, é restringido tão somente, na forma do art. 7º, §1º e 23:

(a) às informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Fora disso não há sigilo;

(b) aquelas que são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso restrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

As hipóteses acima se aplicam claramente às arbitragens das quais o Estado seja parte, direta ou indiretamente.

Conclusão

Portanto, em consonância com os princípios que regem o estado democrático de direito, ao escolher a arbitragem como via de solução de um conflito, a Administração Pública está obrigada à prestação da informação correspondente, revelando-se restritas as exceções à regra geral da transparência.

A MÁ INICIATIVA DA AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL

(14.02.2012)

(Em coautoria com Rachel Sztajn)

Mesmo boas leis ficam velhas e precisam ser atualizadas. Algumas delas já nasceram com alguns defeitos que com o tempo necessitam ser corrigidos. Isto é o que pretensamente o autor do PL 2.937/2011, ilustre deputado Domingos Sávio busca fazer com a Lei de Arbitragem (9.307/1996), mas como pretendo mostrar, com sugestões despropositadas e cujo resultado, se levada adiante a sua proposta, será precisamente o oposto, ou seja, criar sérios problemas para a arbitragem no Brasil.

Nota – Veja-se que a Lei 13.129/2015, que modificou a Lei de Arbitragem na verdade reduziu os casos de nulidade da sentença arbitral ao invés de ampliá-los, tendo com isto fortalecido o instituto, mediante o corte de incisos do art. 32 desta. Dessa forma não se pode mais pleitear a nulidade do processo arbitral se o compromisso for nulo e se a sentença arbitral não tiver decidido todo o litígio submetido à arbitragem. No primeiro caso verifica-se o reconhecimento da validade da arbitragem a partir do momento em que as partes aceitaram discutir o seu litígio, por meio da instituição de um processo ad-hoc ou pelo recurso a uma câmara de arbitragem. Na segunda hipótese deve ser devolvido o processo ao Tribunal Arbitral para que, mediante a reabertura de sua competência judicante, complete sua sentença.

Ao editar a lei em tela, o legislador teve o cuidado de limitar com sabedoria as causas que poderiam causar a anulação da sentença arbitral, versadas em oito hipóteses do art. 32. O exame deste dispositivo indica a existência de fatores externos e internos à decisão, a saber:

a) **Fatores externos**: (i) nulidade do compromisso arbitral; (ii) proferida por pessoa que não podia ser árbitro; (iii) proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; e (iv) proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; e (iv) terem sido desrespeitados os princípios do art. 21.

b) **Fatores internos:** (i) ausência dos requisitos do art. 26; (ii) não haver decidido todo o litígio; e (iii) ter sido proferida fora do prazo.

Três dos fatores externos relacionam-se com o caráter contratual da arbitragem. Se o compromisso arbitral é nulo segundo as normas presentes no Código Civil, ele não pode produzir efeitos, princípio este de longa tradição em nosso direito. Por outro lado, o recurso à arbitragem

é o resultado de uma convenção entre as partes, que deve ser precisamente delimitada em relação ao seu objeto, pois esta é uma exigência decorrente da permissão excepcional que o legislador outorgou às partes para que a solução do conflito entre elas estabelecido seja conduzida fora do Judiciário. Finalmente nesta parte, o art. 21 determina a obediência ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção arbitral. Como diziam os antigos, *pacta sunt servanda*.

Do ponto de vista subjetivo a *licença* concedida pelo legislador para o recurso à arbitragem encontra limites nas pessoas autorizadas a atuarem como árbitros, exteriorizados de forma negativa no art. 14, onde estão presentes situações que presumidamente demonstram a inexistência da imparcialidade que é absolutamente necessária. Acrescente-se que uma sentença arbitral está irremediavelmente comprometida, como é óbvio, quando foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, evidentemente dada em desfavor da parte que era titular do legítimo direito, afastado por uma de tais circunstâncias.

No tocante aos fatores internos, os requisitos formais e materiais previstos no art. 26 objetivam comprovar que o arbitro tomou plena ciência da questão a ele submetida (objetivada pelos termos do seu relatório), analisou as questões de fato e de direito presentes no processo, fatores a partir dos quais ele orientou a sua decisão, devidamente fundamentada. E se o julgamento teve como base a equidade, este critério deve estar expressamente referido na sentença.

A obediência ao prazo da lei, da cláusula compromissória, do compromisso arbitral ou do regulamento do órgão institucional escolhido pelas partes para a administração do feito é fundamental para o atendimento do interesse das partes de terem diante de si um horizonte temporal determinado e este, como se sabe, é um dos grandes méritos do instituto, quando confrontado com a completa incerteza do tempo que pode levar uma demanda no Judiciário, que pode algumas vezes ser contado pelos dez dedos da mão.

Desta forma se verifica que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral estão organicamente e bem e estabelecidas e têm por finalidade última dar segurança e certeza as partes de que nada perdem em utilizar esta modalidade de solução de conflitos, muito pelo contrário, com ela ganham extraordinariamente em eficiência, com significativa redução dos custos de transação.

Ora, a proposta do Deputado Domingos Sávio, tal como está apresentada, terá o efeito de destroçar o instituto, passando a trazer elevadíssimo grau de segurança e de certeza não somente para as partes, mas também para os próprios árbitros, mercê dos defeitos que presenta. Vejamos.

c) Nulidade pelo fato de estar a sentença fundada em erro de fato resultante de atos ou documentos da causa

O que isto quer dizer? Não consigo atinar muito bem. Teria o árbitro apreciado de forma inadequada um ato praticado durante a arbitragem ou interpretado erroneamente o significado de um documento acostado ao processo? E se assim for, em que melhor situação estará o juiz que deverá julgar o caso no seu desdobramento? Veja-se que as partes confiaram na arbitragem porque a formação dos tribunais arbitrais objetiva entregar a causa para alguém que, pela sua vivência profissional, deve conhecer melhor do que o juiz o campo em que a causa se desenvolve. Pela própria natureza de sua atividade, o juiz é um *generalista*, enquanto o árbitro bem escolhido será um *especialista*.

Terá sido o erro de fato decorrente de ato eivado de simulação ou de falsidade ou os documentos do processo poderiam ser falsos ou falsificados? Sendo assim, não incumbiria à

parte prejudicada arguir durante o curso da arbitragem os elementos que tivessem em sua defesa e pedir as providências cabíveis? Lembro de haver apreendido também que o direito não ajuda os que dormem (no latinório, *dormientibus non sucurrit jus).* Se assim é, por que esta seria uma causa de anulação da sentença arbitral?

O que é uma *falsa premissa?* Como avaliar se ela ocorreu no caso concreto? Se o árbitro pela leitura dos autos entendeu, por exemplo, que determinada pessoa exerceu de fato a gestão de uma sociedade, a partir dos elementos que formaram a sua convicção jurídica, e assim formou o seu livre convencimento, mostra-se neste ponto completamente inadequado o fundamento apresentado no projeto de lei sob exame. Fará melhor o juiz?

A questão da não realização de perícia dita indispensável, requerida por qualquer das partes já tem proteção legal pelo cerceamento do direito da parte prejudicada, se tal perícia tivesse sido verdadeiramente necessária, cabendo ao árbitro julgar do seu cabimento.

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL DA ARBITRAGEM

(Relativo é o que não é absoluto, diria alguém muito conhecido dos brasileiros)

(09.08.2018)

Compulsando livros e repositórios jurídicos diversos que tratam da arbitragem verifica-se que, fundamentalmente, os temas sobre os quais se tem escrito não abordam questões de direito material. E note-se que, precisamente, o fulcro da discussão que se estabelece entre as partes se encontra preso a esse aspecto do direito, especialmente no que diz respeito ao contrato, seja no tocante ao contrato sinalagmático/fechado, quanto ao contrato associativo/aberto.

Na verdade, não existe um direito material próprio da arbitragem, cabendo sob esse aspecto aos árbitros aplicarem a lei ou, quando permitido, recorrerem à equidade. Portanto, a chamada feita no título deste artigo consiste em uma maneira destacar que existe no meio arbitral uma preocupação muito mais significativa com o direito que suporta a arbitragem do ponto de vista do devido processo legal do que com aquele que é o fundamento das decisões.

É possível que essa ênfase no direito processual arbitral se dê porque nele existem problemas específicos, não devidamente regulados pela lei (tomado esse termo em seu sentido mais amplo, incluídos os tratados internacionais pertinentes) nem pelos regulamentos das câmaras arbitrais nacionais, estrangeiras ou internacionais. Tendo em conta, ainda a novidade trazida na reformulação da lei brasileira de arbitragem, é claro que muito se tem abordado ultimamente temas relacionados com a chamada *"arbitragem trabalhista"* ou com a *"arbitragem com entes do direito público"*.

A preocupação deste texto está em saber se o direito material aplicável à arbitragem (sobre direitos patrimoniais disponíveis) está no domínio pleno dos árbitros que decidirão as lides nos quais são colocados os problemas correspondentes; se a legislação é satisfatória; se a doutrina tem tratado dos pontos mais importantes e estabelecido linhas claras, relativos à sua definição e solução; e se a jurisprudência tem se fixado no atendimento efetivo aos pleitos que são colocados, servindo de inspiração para os árbitros na construção de suas decisões.

Aproveitamos para destacar que, do ponto de vista da última colocação acima, não estamos aqui preocupados com o tema dos precedentes e sua aplicação à arbitragem.

Segundo essa ordem de ideias, vejamos o que acontece com o direito material, voltando a nossa atenção primeiramente para os processos arbitrais nos quais são discutidas questões societárias.

Não há dúvida no sentido de que as fontes doutrinárias a respeito do direito societário são abundantes e boas, ainda que aqui e ali sejam encontradas posições doutrinárias que chamaríamos de problemáticas. Tirando o malfadado Código Civil vigente que maltratou profundamente o direito societário e detonou a sociedade limitada, podemos dizer que as companhias têm uma lei boa e eficaz, já devidamente amadurecida ao longo dos mais de quarenta anos de sua vigência, quase sem ter sofrido ataques disparatados vindos de legisladores desavisados.

Como, podemos imaginar, as disputas no campo das sociedades limitadas não encontram na arbitragem um caminho satisfatório (principalmente por causa do custo do processo arbitral, muitas vezes incompatível com discussões de pequeno valor). As inúmeras inconsistências do Código Civil não são objeto de decisões frequentes e a insegurança jurídica que se vê presente na órbita daquele emaranhado de normas não fica tão evidente no meio arbitral.

Ainda que o fosse, um tribunal arbitral bem preparado nesse campo do conhecimento jurídico poderia fazer integrar a sua decisão de elementos advindos da teoria geral do direito societário que tivessem o efeito de afastar ou ao menos minimizar a aplicação de normas do Código Civil que contrariem a construção feita por aquela, demonstrando-se uma incompatibilidade entre uma e outro. Como sabemos, a iniciativa de se colocar a sociedade limitada no colo da sociedade simples somente poderia ter vindo da cabeça de algum jurista alucinado, completamente jejuno das razões pelas quais esse tipo societário surgiu no Direito Comercial.

É evidente que, quando se trata do mercado de capitais e das companhias abertas, o nível jurídico das discussões se eleva de forma significativa não somente pela complexidade desse microssistema, mas também pela intensa atuação da CVM na produção de normas regulamentares que, reconhecidamente, *complicam* a vida dos que operam o direito nessa área. Por essa razão discussões nas arbitragens que se instalam nesse campo se revelam de significativa dificuldade jurídica. Mas, mesmo assim, boa parte delas ainda se localiza, no fundo, em questões de teoria geral do direito societário, que é filha direta da teoria geral do contrato, como nos ensinaram os doutrinadores italianos, principalmente.

É interessante observar-se, a propósito, que a experiência de anos como árbitro tem demonstrado que grandes causas colocadas nas mãos de tribunais arbitrais no campo do direito societário muitas vezes não são resolvidas pela aplicação de um determinado artigo da lei própria, mas que a solução é dada pelo recurso a princípios fundamentais do direito societário.

No entanto, problema maior quanto direito material em processos arbitrais é notado quando se trata do contrato sinalagmático/fechado, em suas diversas modalidades. E isto se dá tanto nos casos de contratos nominados/típicos, quando no de contratos inominados/ atípicos, formados estes pela vontade das partes segundo lhes permite o princípio constitucional da autonomia privada.

Quando se está diante de um contrato típico a fundamentação para a solução de questões entre as partes poderia ser considerada de fácil alcance para o tribunal arbitral resolver, considerando-se que *legem habemus*. Se fosse assim, por exemplo, não seriam tantos os processos arbitrais que se multiplicam às dezenas no campo das franquias. Há muitos pontos não resolvidos pela lei correspondente, reconhecidamente falha em sua construção. E cada caso é um caso, como bem sabem os que têm atuado nesse campo.

De outra parte, os contratos típicos apresentam nuances diversas, que podem se originar do estabelecimento de subtipos – como resultado do recurso à mesma autonomia da vontade – dando-se à luz sub modalidades contratuais dentro daquela área da atividade empresarial, a enriquecer o direito com novas criações do espírito, dando lugar para novos tratamentos jurídicos. E, muitas vezes, a questão que se coloca na decisão a ser tomada é saber se vale a regra geral que deu ao mundo jurídico aquele instituto ou se é válido e eficaz um desvio operacional voltado para o atendimento de nova necessidade, nas suas particularidades. E a resposta estará em discernir se esse novo caminho se identifica como fraude à lei ou se pode ser considerado dentro da família do negócio indireto.

Por sua vez, na seara dos contratos inominados eles podem apresentar outras facetas na sua interpretação e alcance das normas criadas pelas partes. Em primeiro lugar eles são instituídos a partir de contratos nominados ou inominados. No primeiro caso eles se apresentam como uma variedade enriquecida daqueles, a ser examinada segundo o seu modelo básico, frente à mutação que tenha sido criado pelos interessados. No segundo caso tratar-se-á de *uma criação de segunda linha*, um pouco ou mais distante do modelo básico, cabendo discernir como e em que limites o seu pai mais distante será uma influência para sua interpretação.

E é diante dessas situações, precisamente, que compete atuar a teoria geral dos contratos, à qual, como tem sido aqui o nosso objeto demonstrar, não tem se apresentado como objeto de grande preocupação pelos arbitralistas. E dificuldades várias aparecem nesse momento.

A mais relevante delas está na constatação de que o estudo da teoria geral do contrato no direito brasileiro anda morto ou, no mínimo, em estado letárgico. Vejamos. As obras que ainda são referência nesse campo referem-se a Orlando Gomes (*"Contratos"*; e a Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *"Do Contrato"*, ambos da Editora Forense). Seus escritos são da década de sessenta do século passado, muito tempo em termos da ciência jurídica. Claro que não consideramos aqui os manuais e cursos de Direito Civil que têm sido publicados porque sua abordagem sobre a teoria geral do contrato sempre foi muito restrita.

Vejam os leitores que todas as mudanças legislativas importantes desses últimos sessenta anos praticamente não mereceram a atenção de doutrinadores brasileiros, mesmo quando se fala que temos em vigor desde 2002 um *"novo"* Código Civil. Entre os autores que se debruçaram sobre este tema contam-se, ao que sabemos, Teresa Negreiros (*"Teoria do Contrato: Novos Paradigmas"*, Ed. Renovar, 2006) e duas obras deste escriba (*"Contratos Mercantis e a Teoria Geral do Contrato - O Código Civil e a Crise do Contrato"*, Ed. Quartier Latin, 2010; e *"Teoria Geral do Contrato – Fundamentos da Teoria Geral do Contrato"*, em co-autoria com Rachel Sztajn, 2011-2014. Brevemente chegando ao mercado a terceira edição pela Quartier Latin).

Essa ausência de estudos monográficos sobre a teoria geral do contrato se nota também quando fazemos um levantamento nos arquivos de dissertações de mestrado e teses de doutoramento de nossas principais universidades. Em confrontação que pode nos deixar em

estado de profunda depressão jurídica, basta olhar para a Itália, por exemplo, para ver como naquele país tem se dado enorme atenção para essa tão relevante área do pensamento jurídico. Esses autores são amplamente conhecidos: Ascarelli, Betti, Messineo, Gorla, Galgano, Bianca, Roppo, Sacco, De Nova, e tantos outros. E nós, pobre de nós brasileiros!

De outro lado, nada melhor para combinar com tamanha desatenção do que os paupérrimos currículos das faculdades de direito, que se preocupam com a teoria geral do contrato, quando muito, como um capítulo meramente introdutório do curso de Direito Civil, partindo o programa desde logo para o estudo do código correspondente. A situação fica como a do aluno de Medicina que parte diretamente para auxiliar em uma cirurgia de coração sem ter tido qualquer aula de anatomia.

Aliás, tempos atrás um assessor de uma determinada faculdade de direito propôs que ao mesmo tempo em que o aluno fizesse determinada matéria no curso de graduação, ao concluir os créditos ele pudesse desde logo ser considerado um especialista. Dessa maneira, ao se formar, o indigitado aluno seria ao mesmo tempo bacharel e especialista em todas as áreas que tivesse cursado. E não somente isto, para que perder tempo com teoria geral, ainda mais pensar em seu estudo obrigatório? Deixemos essa disciplina como matéria optativa e vamos logo ao que interessa e que dá emprego nos escritórios. E assim tem se construído os programas das faculdades de direito, colocando o que verdadeiramente interessa como faculdade de escolha do aluno e enchendo o currículo com matérias específicas como de natureza obrigatória. E viva a liberdade de se elaborar uma bela colcha de retalhos!

Mas, diriam alguns, não haveria qualquer problema pela falta de estudo da teoria geral do contrato no direito brasileiro. Qualquer aluno pode desde logo resolver qualquer problema nesse campo aplicando com a maior facilidade os artigos 421 e 422 do Código Civil que cristalinamente nos ensinam que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato e que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Ora, como todo mundo sabe o que são esses institutos, sobre os quais não remanesce qualquer dúvida, nada mais fácil do que trabalhar com eles para resolver a maior parte das lides no campo do contrato, judiciais ou arbitrais.

Evidentemente esse descaso com as matérias fundamentais, especialmente a teoria geral do contrato, somente pode redundar em falhas sérias na formação jurídica, ao que parece, com reflexos na arbitragem. Isto porque nota-se uma tendência em favor da escolha de especialistas para a formação de tribunais arbitrais, sem que esteja presente a preocupação no sentido de que se eles são altamente qualificados nas respectivas áreas de sua experiência jurídica, não menos importante é que eles tenham também uma visão adequada do todo. É a velha brincadeira relativamente ao médico que é especialista no dedo mindinho da mão direita, nada sabendo da mão como um todo, bem como do braço e do corpo da qual ela faz parte.

Esperemos tempos melhores para o direito material, qualquer que seja o campo de sua aplicação.

PROCESSUALISTAS E *"MATERIALISTAS"* NA ARBITRAGEM - IMBRICAÇÃO E NÃO CONCORRÊNCIA

(20.03.2018)

O instituto da arbitragem está desde algum tempo definitivamente radicado no direito brasileiro para o fim da solução de conflitos no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, mormente quando se trata da arbitragem institucional, aquela que é conduzida no seio de uma câmara ou centro especializado em oferecer serviços nessa área.

Como sempre, nem tudo são rosas, lembrando-se de que, por mais belas, coloridas e perfumadas, seu caule apresenta espinhos que ferem os dedos dos seus aficionados. E na arbitragem muitos espinhos foram eliminados ao longo da experiência arbitral, restando outros ainda para serem extirpados. Isto jamais acontecerá totalmente, de forma que a experiência na sua adoção não venha a "*ficar sem graça*", deixando como, sempre acontece muitas vezes, os usuários em suspense, sem saber que surpresa poderá vir de repente de qualquer lado. Das boas e das más.

Generalizações sempre são superficiais e simplistas na sua utilização, mas pode ser dito que encontramos árbitros com duas formações distintas, as quais os levam a agir dentro de uma arbitragem com olhos e coração de certa forma viesados na apreciação dos fatos e nas orientações que deverão por eles serem adotadas. Nesse sentido dois grandes times são encontrados: os dos processualistas e o dos materialistas puros, nos quais predomina um desses dois qualificativos. Claro, existem nuances, mas colocados em uma balança de precisão se notará quase sempre alguma inclinação em favor de um dos dois lados. Como o centro entre esses dois polos sempre representará a perfeição, os árbitros deverão continuamente se autopoliciar, para não verem a sua índole jurídica interna prejudicar a formação do seu convencimento.

Ora, **processualistas** serão aqueles árbitros cuja orientação mental está formada a partir de uma visão nascida de sua familiaridade com o Código de Processo Civil, em sua vida profissional diária, tenha ela surgido da vivência como advogado ou como acadêmico, ou as duas coisas juntas. Sabemos que o CPC não informa a arbitragem, exceto por alguns dispositivos de sua versão mais recente ou quando do recurso à analogia, nos momentos em que outras portas não existem, por meio das quais possa ser encontrada uma saída para algum problema difícil na arbitragem.

É evidente que os princípios fundamentais do acesso à Justiça fazem parte naturalmente da arbitragem e se encontram agasalhados na lei própria e nos regulamentos das entidades de arbitragem. Falamos, evidentemente, do devido processo legal, da imparcialidade do árbitro, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade e da lealdade entre as partes, da livre investigação e apreciação das provas, do impulso processual/arbitral, da motivação das decisões arbitrais, etc. Quando eles não são atendidos o processo ficará mortalmente viciado.

Do seu lado, os "**materialistas**" sempre pensam no predomínio absoluto do conteúdo sobre a forma. Quer dizer, na busca da solução a forma processual representa um óbice a ser superado, serva subserviente que deverá ser ela em favor do direito substantivo. Este, afinal de contas, é a fonte na qual a decisão deverá se abeberar na busca e na aplicação da justiça por meio da sentença arbitral. *Nem tanto ao mar e nem tanto à terra*, diria alguém. Há de se estabelecer um equilíbrio entre as duas posições, não se aceitando que os "*materialistas*" pretendam diminuir a importância do Direito Processual pela alegação de que este é *meio e não* fim. Sabe-se, isto sim, que o direito material sem o atendimento da segurança jurídica na busca

da justiça, poderá ser completamente iníquo na sua aplicação. Que o diga o acusado que somente confessou o crime porque foi violentamente torturado, inexistente qualquer prova de sua conduta criminosa disponível para o acusador.

Atente-se para o fato de que os árbitros quando aceitam uma indicação para tal devem avaliar se estão preparados para a solução da questão do ponto de vista material, olhando para o universo jurídico dentro do qual deverá atuar. Não será desdouro recusar uma arbitragem quando perceber que ela transcorrerá em um campo do Direito Comercial alheio ao seu conhecimento mais profundo. Esse ramo do direito é tão vasto que o galho da árvore jurídica que a ele corresponde revela-se tão grosso que quase rivaliza com o próprio tronco. E não há comercialista por mais versátil e estudioso que seja capaz de dominar todas as áreas compostas pelos mais diversos microssistema do Direito Comercial. E deve ser reconhecido, infelizmente, que nesse campo também está grassando uma super especialização, quando, por exemplo, se dá o caso de que um profissional conhece de forma profunda apenas o tipo societário com o qual mais atua em sua vida profissional, deixando até mesmo de ter conhecimento dos princípios gerais desse mesmo microssistema.

No sentido acima – abrindo-se parênteses -, a experiência deste autor tem mostrado que frequentemente a solução das questões apresentadas para decisão não se encontra em um determinado artigo de lei ou de regulamento, mas na seara de princípios fundamentais da área em questão ou do próprio direito de forma mais ampla. E quanto à teoria geral, ela "*djá*" era no seu ensinamento das faculdades de direito, nas quais predomina uma malfadada antecipação de especializações, combinada com a liberdade maior ou menor do estudante na montagem do seu currículo acadêmico. Assim, muitas vezes, por conveniência própria e pela ausência de opções na grade curricular, os alunos terminam por cursar uma mixórdia de matérias desconexas umas em relação às outras. Não haverá *chacoalhão* na cabeça desse aluno que possa organizar os seus conhecimentos, pois os espaços em branco estão presentes e de preenchimento impossível de ser feito. A não ser começar do zero, passando a estudar tudo de novo, *com ordem e progresso*. Afinal de contas, *Roma não se fez em um dia*, disse um empreiteiro conhecido.

Vistos esses dois planos, têm sido notadas críticas segundo as quais os processualistas são acusados de sempre procurarem uma *pedrinha no sapato* processual do caso para o resolverem sem ser necessário encontrar o fio da meada inerente à questão fundamental, que muitas vezes se revela um osso petrificado de um dinossauro extinto há milhões de anos: muito duro de roer.

Em contrapartida existem aqueles que acusam certos árbitros de deixarem de lado os princípios processuais (o que é mais raro) ou os relativizarem, de forma a que resolvam o problema de fundo, que pode ser para eles de apreciação mais clara e mais direta. Dessa forma, certas *fraquezas processuais* cederiam o seu lugar ao que verdadeiramente apresentaria, qual seja, o valor a ser buscado em uma arbitragem, isto é, a justiça em favor da parte que tem razão.

Sem dizer que somos partidários gratuitos dos "*materialistas*", somos obrigados a reconhecer que, infelizmente em muitos processos arbitrais, alguns advogados das partes procuram explorar ou até mesmo "*plantar*" certos problemas de natureza processual nos quais desejam enredar os árbitros que terão imensa dificuldade em encontrar a saída. É um aspecto altamente negativo na atuação arbitral e também indesejável, mas quem atua nesse campo sabe que ele está presente. Essa atuação de uma ou de ambas as partes claramente fere os próprios princípios processuais cuja relação foi vista mais acima.

Os remédios estão nas mãos dos árbitros que deles não podem se alhear, sob pena de não atenderem o dever que assumiram quando aceitaram a sua indicação. Um deles, bem amargo e em relação ao qual existe certo receio quanto à sua aplicação está na cominação de multa para a litigância de má-fé. Mas, muitas vezes, quando se nota que uma das partes começa a provocar situações processuais indesejáveis, não restará outra alternativa, senão a de aplicar tal penalidade, caso contrário a parte inocente será grandemente prejudicada pelo indesejável alongamento do feito e pelo risco de se abrir uma porta para que, no futuro, o provocador siga para o Judiciário com o intuito de alcançar a anulação da sentença.

Outro remédio será o de cortar o mal pela raiz, determinando-se, por exemplo, o desentranhamento do processo de petições extemporâneas e abusivas, frequentemente repetitivas, as quais voltam muitas vezes ao mesmo fato e a algumas antigas acusações dentro do processo arbitral que já foram resolvidas pelo tribunal arbitral no passado, o que representa, portanto, matéria preclusa.

Vamos mais longe, enriquecendo o raciocínio acima. Tem se visto que o direito de peticionar pode ser feito de forma abusiva, quando as alegações de uma das partes e seus pedidos se estendem em demasia e fora do contexto do caso, trazendo para os autos temas estranhos ao feito. Isto exigirá do lado dos árbitros a necessidade de se pronunciar a respeito pela negativa do atendimento dos pleitos indevidos, com perda de tempo precioso que deveria ser utilizado para o estudo e solução das verdadeiras questões sob a sua jurisdição.

Pedidos de provas sem interesse real para o caso têm representado outro meio de procrastinar um feito e de torná-lo muitas vezes extremamente custoso para a outra parte, que se vê sem condições de atender as despesas correspondentes e será prejudicada na defesa dos seus interesses. Em tais situações o tribunal arbitral não pode ficar à mercê da parte que se utiliza indevidamente do direito de provar as suas alegações, quando o faz de forma abusiva, não podendo ser tolerada tal prática com base no receio de que a negativa ao pedido feito poderá ensejar uma futura nulidade do processo. Se os árbitros têm plena convicção da inutilidade de uma prova pericial, por exemplo, devem negá-la de forma justificada, para tanto tendo a prerrogativa de exigir que sua necessidade seja claramente justificada pela parte que a requer, dando-se todo o direito à outra de contestá-la.

Diante desses aspectos, não pode haver condescendência nem de processualistas, nem de "*materialistas*", pois dentro da caracterização da posição de árbitro encontra-se o estabelecimento legal no sentido de que ele é juiz de direito e de fato em relação ao caso para o qual foi assim investido. O processo arbitral não pode se tornar viciado pela ação de uma parte que age de má-fé.

Enfim, vamos somar esforços, processualistas e "*materialistas*", procurando ter uma mente aberta para dar lugar a um novo aprendizado. Como dizia o querido e saudoso professor Oscar Barreto Filho aos seus alunos: "*A ignorância é um estado provisório*", significando que a cada dia se deve aprender ao menos alguma coisa nova. Claro, para confirmar a regra, há ignorantes eternos, como sabemos em relação a certos políticos.

ARBITRAGEM POR EQUIDADE: POR QUE TEMOS MEDO DELA? – BREVE ANÁLISE NO CAMPO DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

"Honeste vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere" - "Viver honestamente, não prejudicar ninguém, dar a cada um o que lhe pertence" (Ulpiano).

(18.05.2016)

No meu tempo de acadêmico do curso graduação a frase da epígrafe acima era uma das mais repetidas durante os cursos de Direito Romano e Civil, a qual (como o ideal do direito em uma sociedade equilibrada e racional) poderia resumir segundo penso toda uma constituição escrita, sem a necessidade de mais palavras. Parece que no nosso Brasil dos últimos anos ela foi levada ao paroxismo com um sinal negativo: "*viver desonestamente, prejudicar a quem for possível e tomar de todos os que lhes pertentem*". Vivendo agora novos tempos, depois do adeus a alguns nada queridos, quem sabe aquela equação não toma lugar entre nós, dentro de um ideário de justiça efetiva?

Quando nos voltamos para o instituto da arbitragem, sabemos que ela pode ser realizada de direito ou por equidade. No primeiro caso o árbitro deve aplicar a lei, pura e simplesmente. No segundo penso que ela expressa precisamente o terceiro elemento da epígrafe, quando a sentença atribuirá a cada parte aquilo que lhe pertence, no âmbito de cada caso concreto. Mas as arbitragens por equidade no Brasil têm tido uma aplicação praticamente inexistente e, segundo penso, isto se deve ao fato de que as partes têm muito medo dela. Melhor ainda, receiam a maneira pela qual o árbitro entende o que ela seja e como deve ser aplicada. Daí a preferência pela arbitragem de direito. Afinal de contas a lei é conhecida (ou deveria) e poder-se-ia esperar com algum grau de segurança e certeza qual seria o resultado da decisão que viesse a ser proferida em uma demanda, seja perante o Judiciário, seja via arbitragem.

Mas se o mundo do direito fosse tão previsível e de fácil entendimento e realização, qual a razão da existência de tantas doutrinas diversas sobre um mesmo tema e de tantas decisões que se contrariam na aplicação da lei? Como temos visto a jurisprudência nos mostra que as sentenças podem ir do "*oriente ao ocidente*", tal como parece fazer o sol no seu aparente no seu transcurso diário pelos céus do nosso planeta.

Os motivos são os mais diversos possíveis, um deles, mais direto, diz respeito ao fato evidente de que o direito não é uma ciência exata e sua concepção legal, seguido de sua interpretação e aplicação, seguem processos lógicos extremamente complicados. Que o digam os sociólogos e exegetas jurídicos. De qualquer forma a arbitragem de direito encerraria (ou pareceria encerrar) evidentemente um nível de segurança muito maior do que deixar ao árbitro decidir segundo a equidade, com todo o eventual subjetivismo que na sua concepção pareceria (e poderia mesmo) estar presente.

Uma coisa é certa: não se pode confundir a equidade com a tal da função social da propriedade, da empresa ou do contrato. Cada vez que eu tenho diante de mim uma sentença que usa a função social dentro de um dos campos acima citados, adotando-a como o seu fundamento, eu tremo nas minhas bases e preciso urgentemente tomar um antialérgico jurídico bem eficaz. Isto porque o conceito de função social tem sido introduzido no direito brasileiro de forma casuística e oportunista, dentro de um modismo destinado a proteger não disfarçadamente aquela parte em uma relação jurídica na qual é considerada objetivamente

como mais fraca (e isto somente porque a outra é "mais rica"), dando-lhe quase que automaticamente ganho na causa. Alô, alô, trabalhadores e consumidores e invasores de propriedades alheias.

Eu já afirmei em outra oportunidade que a história do nascimento da função social não é nada exemplar, tendo ela feito parte do Código Civil Italiano da era fascista, muito utilizada nos tempos do camarada Mussolini, em situação não por coincidência aparentada com o nazismo contemporâneo. Nos dois sistemas político/jurídicos estava presente a ideia (melhor dizendo, "desculpa") do bem comum em favor do povo e do Estado, tão disfuncional quanto uma maçã na qual foi injetado um veneno. Que o diga Branca de Neve. Portanto, falando-se em função social, "modus in rebus". Claro que não se pode defender o extremismo do capitalismo selvagem, como tem sido designada a exploração da atividade econômica isenta de qualquer nível de irresponsabilidade. Mas é também condenável o outro lado da moeda, defensora do Estado ilimitadamente paternalista que não vê fronteiras em sua irresponsabilidade fiscal. Será que alguém deseja amanhã ser a Venezuela de hoje?

Mas se a arbitragem por equidade pode trazer algum pavor, naquela de direito podemos encontrar alguns desvios na sua aplicação: **(i)** a utilização pelo julgador de uma eventual ideologia preconceituosa, causadora de distorção da norma utilizada; **(ii)** uma decisão pode ser o resultado da pura preguiça do julgador em estudar o caso com profundidade. Neste sentido, sabe-se como é fácil aplicar a jurisprudência dominante (ou alguma jurisprudência "*especialmente selecionada*"); **(iii)** o uso de uma súmula construída em um dado momento histórico do direito, mas que se torna rapidamente superada dentro de um dinamismo social e jurídico cada vez mais acentuado, especialmente no Direito Comercial; e **(iv)** como *novidade palpitante do direito pátrio*, a aplicação de um determinado *enunciado*, elaborado em alguma jornada jurídica qualquer durante um fim de semana ensolarado dentro de um resort cinco estrelas situado na beira da praia, realizada por um organizador nada isento.

Particularmente eu considero a utilização direta e gratuita de enunciados pelos julgadores como um verdadeiro *crime jurídico* praticado pelo juiz precipitado. Mas vejam que sua utilização estaria no campo da arbitragem de direito (ainda que torto) em completa frustração da segurança e certeza que dela seria de se esperar.

E sobre essa mesma arbitragem de direito, diz-se à boca pequena que em algumas decisões o árbitro procuraria dar um jeito de "*equilibrar*" uma situação que ele julgasse injusta sob algum aspecto em relação à parte perdedora. Em favor desta o árbitro procuraria fazer algum ajuste na sua decisão, fundada em algum preceito de direito positivo que entendesse ser suscetível de aplicação. Eu pessoalmente desconheço um caso em que se tenha adotado tal tipo de saída, na minha experiência pessoal que já passou de três lustros.

A questão é que o direito no seu sentido estrito não costuma se mostrar tão claro como deveria e isto se dá em uma enorme quantidade de situações apresentadas para uma solução, seja no Judiciário, seja no campo da arbitragem. Trata-se principalmente de questões nascidas na execução de contratos complexos de longa duração e que, por isto mesmo, se têm caracterizado como *incompletos*. Incompletos não segundo a teoria da imprevisão, mas na sua regulação consciente pelas partes no sentido de que, dados os elevados e insuportáveis custos de transação que estariam presentes em um clausulado exaustivo, não são e nem poderiam ser explicitados todos os problemas passíveis de aparecimento no futuro, ao lado da solução justa previamente acordada pelas partes. Muitas vezes uma tarefa como estas se revelaria tão impossível quanto se achar um político "*inteiramente*" honesto.

Diante de um contrato incompleto, como ele seria resolvido por arbitragem segundo um dos seus dois modelos?

Na arbitragem de direito o árbitro procuraria verificar de forma estrita os termos da avença e sua eventual modificação pelas partes ao longo tempo de sua execução. Muito comum tem sido o caso da adoção nas relações contratuais duradouras no tempo de determinadas formalidades que as partes devem atender estritamente (notificações específicas dentro de determinados prazos sobre pontos da execução de uma obra civil de grande porte, v.g). Mas, encontrando-se as partes inicialmente de boa-fé (caráter que tende a desaparecer progressivamente conforme o andamento da carruagem se problemas surgirem) e considerada a *dinâmica* da obra, tais formalidades deixam aos poucos de serem feitas e exigidas de lado a lado. Isto significa, no fundo, que o contrato sofreu durante a sua execução alterações de aceitação recíproca pelas partes, ainda que de forma tácita. A prova neste sentido, muitas vezes é difícil e até mesmo irrealizável do ponto de vista efetivo, dando-se no plano dos chamados *comportamentos conclusivos*. A maneira pela qual as partes agem em muitas ocasiões não dá indícios seguros de que houve uma alteração contratual superveniente e em que sentido ela ocorreu.

Em tais situações, suponhamos que o contrato tenha sido efetivamente modificado de fato, do qual resultou um ônus não previsto para uma das partes, mas cuja prova não tenha sido feita nos autos em vista de alguma dificuldade concreta. A decisão de direito dos árbitros terá de obedecer aos termos originalmente estabelecidos, passando-se por cima do prejuízo experimentado por uma das partes o qual, inclusive, poderá levar ao inadimplemento das obrigações fundamentais do acordo com a frustração do negócio e até mesmo a futura quebra da empresa prejudicada. Este resultado evidentemente não é bom para o mercado em razão do desaparecimento de uma unidade produtiva. Assim, não se realiza o negócio ou a obra encomendada e perdem com tal resultado as duas partes e a economia como um todo.

É neste momento que o árbitro, mesmo que dentro de uma arbitragem de direito, pode ser indevidamente levado a procurar uma solução de justiça equitativa e desobedecer à determinação prévia das partes quanto ao tipo de solução com a qual expressamente concordaram. Para isto ele terá de distorcer os termos do contrato ou de uma lei, de alguma maneira que não seja acintosa. Mas dificilmente a percepção de que isto aconteceu escapará à parte prejudicada em detrimento da confiança no instituto da arbitragem. E esta percepção não ficará no âmbito privado das partes em vista do sigilo do processo, mas passará para o conhecimento do mercado em geral se aquela que perdeu a causa vier a buscar satisfação perante o Judiciário, com ou sem razão, diante das hipóteses legais previstas em *numerus clausus* de anulação da sentença arbitral.

Se, por outro lado, a arbitragem tivesse sido escolhida na modalidade de equidade, as situações de desequilíbrio nascidas durante a mudança dos fundamentos econômicos de base no curso da execução de um contrato incompleto, seriam reconduzidas pelo árbitro a um ponto que não permitisse os efeitos negativos acima mencionados, preservando-se o acordo para que atingisse a finalidade originalmente estabelecida. No fundo, a decisão buscaria verificar a solução em favor da qual as partes – desde que boa-fé e considerando os riscos naturais inerentes ao negócio - teriam optado, caso tivesse sido prevista a eventualidade negativa (fato que, como vimos, deixou de ser feito no exemplo dado em função dos custos de transação), levando assim o acordo a bom termo.

Este exercício do árbitro seria feito não na base do *achômetro*, mas fundado em elementos objetivos, tais como perícias técnicas e contábeis, e realizável mesmo que o conjunto

probatório não fosse suficiente para uma decisão fundada no direito, se este tivesse sido o caminho adotado.

Mas também um caminho seguro para o árbitro na arbitragem por equidade seria a adoção, por analogia, de dois pontos presentes na conhecida *business judgement* rule: **(i)** verificar se os efeitos danosos do contrato teriam se manifestado ainda que a parte causadora tivesse agido com base nas informações disponíveis e que tivessem sido razoavelmente adequadas diante de uma decisão que tenha sido tomada; e que **(ii)** a mesma decisão tivesse sido adotada como a mais adequada na situação concreta de um determinado contrato, segundo parâmetros racionais do exercício da atividade empresarial. Tais orientações informariam a decisão por equidade, ainda que viesse a contrariar a letra expressa do acordo.

Evidentemente na arbitragem por equidade não têm os árbitros o direito de passar por cima de atos de culpa grave ou de dolo da parte que causou a quebra do contrato, tendo acarretado prejuízos para a sua contraparte. De outro lado, a culpa leve poderia ser considerada justamente para minorar a responsabilidade do causador de um dano, sempre tendo em conta um princípio razoável de equidade. Por exemplo, nas circunstâncias segundo as quais a parte culpada tenha buscado um determinado nível de informações para uma tomada de decisão, que depois se mostrasse abaixo do padrão mínimo aceitável para tal finalidade.

Ou seja, a arbitragem por equidade quando realizada segundo o principio de que se deve dar a cada um o que lhe pertente, não constitui um bicho papão do qual o mercado possa ter assim tanto medo. Tirar de alguém o que é seu mediante uma ação judicial ou arbitragem consistiria, isto sim, em uma indesejável expropriação privada.

ARBITRALISTAS, TEMOS UM SÉRIO PROBLEMA! (DESGRAÇA POUCA É BOBAGEM) – I

(Em coautoria com Rachel Sztajn)

23 de agosto de 2017

Falar mal do que fazem ou deixam de fazer os nossos *"representantes"* no Congresso Nacional nunca será demais. Trata-se de um esporte pátrio dotado de um efeito catarse em quem o pratica, como forma de chegar ao estado zen, em que não sejamos afetados pelas jabuticabas (enlevo de uma centena de verões) e esperançosos de que um dia as coisas mudem para melhor. *"Sonhar é preciso"*, já disse alguém, pois pesadelos os temos demais. Deputados e senadores capricham em nos surpreender, estimular debates e queixas e, o que é pior, sem que haja mecanismo de *recall* ou de *devolução por defeito do produto*. As eleições periódicas que temos não servem para isto. De lastimar.

Pois bem, não satisfeito com a regulação de uma enorme variedade de profissões nem sempre justificáveis para que o resultado desejado seja otimizado, o nobre deputado federal Nelson Marquezelli, talvez ansioso para deixar a sua *marca* no duvidoso plantel de autores de projetos esdrúxulos, nos assusta com a proposta da regulamentação do exercício da arbitragem e da mediação numa espécie de reserva de mercado. É claro que não se trata dos

árbitros que sopram seus apitos durante partidas do famoso ludopédio (esporte fazedor de alguns milionários), nem de mediadores profissionais em brigas de casal, nem dos mediadores que apelam para princípios religiosos a fim de harmonizar disputas. Cuida-se, isto sim, da solução jurídica de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis por via que "concorre com o Judiciário".

No tocante à arbitragem, desde 1996 o Brasil conta com alei 9.307, moderna e bem construída, que, recentemente, sofreu alterações visando a aperfeiçoá-la. Neste sentido, desde que o STF julgou a favor da sua constitucionalidade, essa lei tem permitido que partes em litígio resolvem suas pendências por meio da arbitragem, ou por mediação.

Para favorecer a instituição e o bom funcionamento *da* arbitragem foram criadas câmaras especializadas que, institucionalmente, recebem os pleitos e auxiliam os árbitros, sem fechar as portas para mecanismos conhecidos como *ad hoc*, ou seja, sob medida, elaborados mediante acordo entre partes. No primeiro caso a arbitragem se desenvolve sob o roteiro determinado pelo regulamento da câmara, o qual pode ser modificado em alguns pontos considerados não essenciais, segundo o interesse dos litigantes.

Para facilitar a indicação dos árbitros pelos usuários do procedimento, as câmaras de arbitragem organizam rol de profissionais, disponível nos seus *sites*, facultando a nomeação de pessoas estranhas à lista as quais se submetem às regras da câmara. De regra os tribunais são, geralmente, formados por três árbitros, e o regulamento estabelece que, naquela câmara, o presidente do painel será escolhido, necessariamente, entre os membros do referido rol. Quanto aos dois outros árbitros, as partes podem elegê-los livremente. Em favor dessa lista de árbitros pesa o nome da câmara, que implicitamente se *avaliza* (não no efeito jurídico) os indicados como pessoas dotadas de alto nível profissional nas áreas de suas respectivas especialidades. Por oportuno se diga que essa relação fechada de árbitros tem sido algumas vezes entendida como um não desejável sistema de *reserva de mercado*.

Os números disponíveis indicam que a arbitragem e a mediação têm crescido de forma significativa nos últimos anos e que os casos de busca do Judiciário para o fim da anulação das sentenças arbitrais têm se revelado porcentagem insignificante. Ou seja, o mecanismo é satisfatório e eficiente, ainda que, como toda iniciativa humana, não seja evidentemente perfeito e não aperfeiçoável.

Ora, ao vir com a ideia de regular a tal *profissão de árbitro e de mediador*, o Sr. Marquezelli provocará, como resultado indesejável, o *desandar da massa* e o descrédito dos institutos objeto de sua sanha legislativa, absolutamente inoportuna e, o que é pior, eivada de inconstitucionalidades. Vamos ver do que se trata, por partes.

Diz o art. 1º do projeto em tela que as profissões de árbitro e mediador serão caracterizadas pela *realização do interesse social e humano*, que importe na implementação de alguns objetivos dos quais falaremos mais adiante. Interesse humano quando se trata de direitos disponíveis? Onde ficará a autonomia privada?

Veja-se que tais institutos operam no campo dos direitos patrimoniais, ou seja, aqueles a respeito dos quais as partes têm o poder de transigir, cuidando-se de sua atuação em uma esfera privada e não pública, ou que afete o interesse público e/ou o social, como se tem interpretado o termo atualmente, de forma direta. Se duas sociedades mercantis têm uma divergência quanto à execução de um contrato por elas celebrado, ainda que seu controlador, administradores e sócios sejam representantes do *homo sapiens*, que interesse

social e humano tal causa apresenta? Acho que a palavra *social* ingressou no vocabulário de pretensos legisladores, os quais não sabem direito do que se trata e, tal como no experimento de Pavlov, ficam babando assim que a ouvem. Não é de hoje que tudo é pelo *social*, não se fazendo aqui referência ao famoso bigode de um ex-presidente da República. O mesmo quanto à expressão função social, que anda nos dando engulhos, cada vez que a ouvimos.

De cara o PL ora examinado aparentemente estaria no *campo dos direitos patrimoniais disponíveis, o que é negado pelo campo que propõe ao profissionalizar (isto é, criar barreiras à entrada) a profissão de árbitro e de mediador*. Isto porque, logo em seguida, enumera como próprio dessa nova *"profissão"* a pessoa seja especialista, além de disputas ou controvérsias negociais e contratuais (qual a diferença?) aquelas relativas a *questões familiares, escolares, trabalhistas, educacionais, comunitárias, hospitalares, médicas e ecológicas*. Ufa! O que tem uma coisa a ver com a outra? Se o passante incauto sobre isso fosse perguntado pela esfinge, com toda certeza seria devorado em um ápice.

Que maravilha! Se o marido ou a esposa têm uma briga entre si nada melhor do que buscar um profissional especializado, com carteirinha de árbitro ou de mediador e chamar o outro lado para uma solução. E aí, como nada se fala de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, não haverá como se fugir ao *convite*, porque o pedido do autor se tornará de obediência tão obrigatória como a citação de um juiz em uma ação judicial. E se o problema for com um filho, cunhado, sogra, sobrinho, ou toda a parentela juridicamente assim considerada, o efeito será o mesmo. E veja, caro leitor, também não se falou a respeito de quem pagará a conta dos serviços a serem prestados pelo profissional ou profissionais que serão, obrigatoriamente, contratados para tal fim. Certamente será o perdedor, mas alguém precisa começar gastando. Não há almoço de graça, como alguns sabem.

A vontade do convocado de não participar desse joguinho é completamente ignorada. Parece-nos que liberdade constitucional e a disposição do nosso rico dinheirinho ficam em ingente perigo se essa novidade for convertida em lei.

Levar a arbitragem e a mediação para disputas escolares representará, claro, um enorme progresso. O aluno ao invés de bater no professor, o carregará para uma pendência desse tipo, onde poderá acusá-lo de ilícitos que terá cometido. Da mesma forma, os professores contra os alunos; os professores entre si ou contra os diretores das escolas e vice-versa; os inspetores de classe contra os patrões, o pipoqueiro da porta da escola porque o seu direito de vender aos alunos estará sendo prejudicado; etc., etc., até o infinito. Se a ideia era facilitar a solução de questões financeiras entre instituições de ensino e alunos/pais, a possibilidade de que outras questões sejam incluídas é não desprezível.

Quanto às disputas trabalhistas eu simplesmente remeto o dileto deputado para a jurisprudência do STF que já resolveu a respeito do problema, tendo dito que direito individual dessa natureza não é disponível, não se esquecendo do papel dos ricos sindicatos que pretensamente representam os trabalhadores das diversas categorias. Seriam estes, os sindicatos, que formariam os árbitros especializados em matéria trabalhista? Vale também para questões previdenciárias?

Mas o leitor acha que é só isto? Pois é bom se sentar e botar o cinto de segurança para esperar o que vem em seguida: também estão incluídas no seio dessa nova atividade as disputas de natureza comunitária, hospitalar, médica e ecológica! Ora viva!

Se pudermos chamar uma arbitragem para obrigar a prefeitura a tirar da nossa porta uma inútil ciclovia que nela foi pespegada, acharemos isto uma maravilha. E só poderão contestar nosso pedido a meia dúzia de usuários, se tanto, que passam pela *vermelhinha* diariamente! Essa é sem dúvida uma disputa comunitária. E se não desejarmos um jogo de futebol ou um show de rock pauleira durante a semana que nos tire o sono e nos deixe imprestáveis para o trabalho no dia seguinte? Não seria uma legítima disputa comunitária?

No tocante ao setor da medicina, vamos pegar um médico que receitou um medicamento em relação ao qual o paciente alega que lhe causou efeitos colaterais graves. Se a prescrição se deu em hospital, ambos, profissional e instituição de saúde estarão submetidos à arbitragem. E se for instituição hospitalar pública (UBS, por exemplo), instituída uma arbitragem a fórceps, os réus evidentemente terão o direito de defesa, pedindo uma perícia para aquilatar causa e efeito. E agora? O perito também não teria de ser um profissional dessa nova atividade, para tanto também devidamente considerado profissional? Por que deixar tal caso nas mãos de um perito que para tanto não tenha merecido seu registro no Conselho Federal cuja criação o PL propõe?

Mas a cereja do bolo refere-se a disputas ecológicas. Uma das cerejas, porque esse bolo mais parece uma cesta de cerejas. Senhor deputado, o que é uma disputa ecológica? É uma briga entre um fabricante de sabonete comum e outro do orgânico? É um particular instituindo uma arbitragem contra o governo porque não despoluiu os nossos rios? É a invasão de terras com destruição da vegetação sob o argumento de que é preciso construir moradias? Esperamos ansiosamente o seu esclarecimento.

Outras cerejas seguem. De um lado, na arbitragem e na mediação as partes, segundo proposto, devem colaborar com a criação e circulação de riqueza no âmbito nacional e internacional. Que pretensão, não é verdade? O mundo inteiro que se cuide! E o nosso legislador não deixa de ter razão. Sendo uma das partes condenada em uma arbitragem (como se espera) e recebendo polpuda indenização da outra, pagando regiamente os árbitros e seus advogados, eles podem escolher gastar o dinheiro em férias na Bahia, em um cruzeiro marítimo, ou nos shoppings de Miami. Isto, sem dúvida alguma, acarretará a criação e a circulação da riqueza no Brasil e no exterior. Mas o nosso deputado aqui falhou em um detalhe. Para que toda essa riqueza seja distribuída de forma equânime, seria necessário estabelecer uma quota máxima de 50% da receita para cada uma dessas duas áreas a serem favorecidas. Seria isto o mínimo do equilíbrio econômico merecedor de respeito.

Tem mais, também é procurada a implementação da geração de confiança nos negócios entre nacionais e destes com estrangeiros. E aí perguntamos, senhor deputado: o sigilo da arbitragem será mantido? Se o for, como todos os interessados serão tão positivamente influenciados por uma sentença arbitral? Ou nesses casos afasta-se o sigilo da disputa?

Caro leitor que está sofrendo junto conosco. Vamos parar por aqui porque a dose está ficando letal. Deixemos para falar daqui a alguns dias sobre uma indesejável e inconstitucional reserva de mercado que essa brincadeira de mau gosto pretende perpetrar, com a decretação da exclusividade da mediação e da arbitragem para os dignos profissionais que merecerem o registro no órgão próprio. Líderes sindicalistas, mais um negócio rendoso à vista. Além da verificação de que os cursos universitários deverão se adaptar à realidade de novas especialidades no seu currículo e por aí vai.

Como foi dito lá e cima no texto: "desgraça pouca é bobagem!".

ARBITRALISTAS, TEMOS UM SÉRIO PROBLEMA! (DESGRAÇA POUCA É BOBAGEM) - II

(Dedicamos este artigo aos leitores que sobreviveram à leitura do primeiro)

(Em coautoria com Rachel Sztajn)

(30 de agosto de 2017)

Vamos lá!

Entre os objetivos inefáveis do projeto de lei ora comentado, alguns deles já apresentados no artigo anterior, há que ressaltar outro (caso seja possível destacar uma séria impropriedade ao lado de muitas outras) concernente à colaboração dos árbitros na busca da *paz socia*l das pessoas e das instituições, de forma a que seja *introduzido na cultura brasileira* novo componente para a solução de problemas, como sejam a *inteligência e a criatividade*. Acentue-se – introduzir na cultura mediante lei!

De início note-se haver o nobre deputado afirmado que até este momento o Judiciário e o instituto da arbitragem não têm agido com inteligência nem com criatividade, componentes que seriam *novos*! Portanto, colegas árbitros, até agora nos processos arbitrais e em nossas decisões (quando ocupamos ou *temos estado* de árbitros) teremos sido "burros, asnáticos", queiram nos desculpar os termos, mas é, desafortunadamente, o que se depreende da leitura do texto de tal projeto.

De outro lado, vindo a ser aprovada a proposta (verdadeiro pesadelo, não?), aos árbitros caberá uma séria responsabilidade, pois suas sentenças deverão ser voltadas para que seja alcançada a paz social e a das instituições. Que instituições?

O que seria *paz social* em uma arbitragem? Considere-se que ela tem como integrantes duas partes, simples ou plurais (complexas), e que os efeitos da sentença arbitral não poderão ultrapassar os limites da lide, ou seja, da controvérsia definida pela inicial e contestação. *Ad argumentandum*, suponha-se que a referência tenha sido feita no âmbito de sociedades empresárias, nas quais os sócios estejam, indesejavelmente, em atrito interno uns com os outros, almejando-se que a paz entre eles seja alcançada em benefício da continuidade das atividades empresariais. Sócios em briga, vocês se esqueceram de que se reuniram dentro do espírito do escopo comum, que alguns advogados pedantes chamam de *affectio societatis*?

E, além disto, de que instituições se trata nessa seara? As instituições sociais, que preservam a democracia, por exemplo? Neste caso nossa responsabilidade se tornará muito mais agravada, pois, conforme seja proferida sentença que não seja aceita como promotora da paz social, vale dizer, extra societária se isto for possível, o estado democrático de direito se encontrará em grande perigo.

Por outro lado, requerer-se criatividade na arbitragem, além da inteligência dos atores nos parece alguma coisa contrária à legalidade. Isto porque os árbitros (tal como os juízes togados), não podem (melhor, não devem) ser criativos. Seu papel é o de pura e simplesmente aplicar a lei, especialmente quando se trata de arbitragem de direito. E mesmo no caso da arbitragem por equidade, isto não significa que os árbitros tenham recebido um cheque em branco das partes para modelarem sentença que considerem justa, segundo critérios de natureza subjetiva que, demais disso, teria de ser unânime.

Seguindo adiante na análise desse projeto, ele se mostra como um gigantesco enredo de filme de terror, pois a narrativa assustadora vai crescendo conforme os fatos se desenrolam na tela do nosso *laptop*.

Somente poderão ser árbitros as pessoas que atendam aos requisitos de capacidade e demais exigências legais (quais?), segundo os quais a *profissão de árbitro* somente poderá ser exercida dentro de um regime de pura reserva de mercado, desde que os favorecidos possuam: **(I)** diplomas ou certificados devidamente registrados nos Conselhos Regionais e/ou Federal, de escolas oficiais ou reconhecidas no País; e **(II)** diploma de faculdade ou escola estrangeira de ensino mediante diploma devidamente revalidado e registrado em nossas plagas, ou tenha exercício amparado por convênios internacionais de intercâmbio. Há uma abertura no final (que maravilha!) para quem tenha comprovado o exercício de dois anos, leia-se, tenha experiência prática, junto ao Conselho dessa profissão, a quem será conferido o direito de continuar a exercê-la nem que, para tanto, a comprovação dependa da quebra do sigilo relativamente às arbitragens nas quais o interessado tenha anteriormente trabalhado. Estamos salvos!

Esta segunda possibilidade desejamos ardentemente ver efetivada, pois teríamos a oportunidade de estar diante de um verdadeiro milagre, uma vez que não temos conhecimento de que haja, no mundo inteiro, escolas que diplomem árbitros, nem jamais ouvimos falar de convênios de tal natureza.

A partir do momento em que o projeto seja aprovado, somente pessoas autorizadas poderão usar o título de árbitro ou mediador, considerando-se exercício ilegal da profissão quem o fizer em descumprimento com as exigências legais.

O projeto também cuida da responsabilidade dos árbitros, dotado de normas exclusivamente voltadas para o campo penal. Neste sentido, podem responder por crimes de peculato, nas suas modalidades de apropriação ou posse; extravio, sonegação ou utilização de livro ou documento; concussão, quando exigir vantagem indevida; excesso de exação, se exigir, taxas e emolumentos indevidos; corrupção passiva, quando solicitar ou aceitar vantagem indevida; prevaricação, quando retardar ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício; condescendência criminosa em relação a funcionários subordinados; violência arbitrária no exercício da função e violação do sigilo funcional.

Uma pergunta, a quem caberá a denúncia? A qualquer das partes, violando assim o sigilo da arbitragem, especialmente quando se tratar de crime de ação privada? Apropriação do que, considerando que os árbitros não têm disponibilidade dos bens do autor e/ou do réu na arbitragem? Dessa forma, nenhum deles poderá dirigir um Porsche, uma Ferrari, ou viajar em um jato de 60 lugares e totalmente equipado, de qualquer das partes, o que será uma pena.

Quanto ao excesso de exação, perdoem-nos a ignorância, mas, pelo que sabemos, trata-se de crime previsto no art. 316 do Código Penal, típico de funcionário público contra a administração pública, não sendo esta parte nas arbitragens privadas.

No tocante à prevaricação, correspondente a praticar ou deixar de praticar indevidamente ato de ofício, como isto poderia acontecer, tendo em conta que se revela como ato praticado pela Administração Pública independente de pedido do interessado. Ora, na arbitragem são os próprios árbitros ou as partes que executam os atos relativos à condução do processo arbitral, e não terceiros estranhos seja ao Tribunal Arbitral, seja não envolvidos no procedimento, e muito menos a Administração Pública.

Violência arbitrária revela-se coisa muito séria, pois os árbitros perderiam a liberdade de aplicar penalidades por litigância de má fé contra a parte que, sistematicamente, age para obstruir o bom andamento do processo arbitral.

É claro que um projeto como este não poderia deixar de prever as penas a serem aplicadas aos árbitros pelo descumprimento de suas obrigações. E elas são a advertência reservada, a censura pública, a multa, a suspensão temporária do exercício profissional e o cancelamento do registro. Essas penalidades teriam lugar nos casos do exercício ilegal dessa nova profissão, o que se coloca no simples plano de uma irregularidade formal. E sua imposição poderá ser feita pelas câmaras especializadas dos conselhos previstos pelo projeto ou pelos conselhos regionais, dos quais falaremos em seguida.

A operacionalidade das disposições do projeto se dará pela atuação dos órgãos por ele criados, na forma, principalmente, de um conselho federal e de conselhos regionais, criando-se todo um aparato burocrático para agir na defesa da tão *honrosa profissão* de árbitro. Será uma verdadeira festa para quem for indicado como gestor de tais conselhos e dos seus sub órgãos, todos merecedores de justa remuneração. E esta, somada ao custo desse aparelhamento da arbitragem, deverá ser paga, evidentemente, por quem dela fizer uso, o que, imagina-se, ficará certamente muito mais caro do que os custos hoje suportados na esfera da arbitragem institucional.

Não vamos perder tempo na descrição do sistema de autorização e de fiscalização da profissão de árbitro. A canseira já nos derrubou, foi demais.

Depois de todo esse pesadelo, podemos passar os olhos para a justificação apresentada para essa jabuticaba, esse projeto, terminando pelo que deveria estar no começo. A opção pela discussão pregressa foi construir um exercício indutivo, útil para verificar se nossas conclusões encontram respaldo para a criação de toda a parafernália aqui apresentada.

Não deu outra. Os termos da aludida justificação falam de redução do *"custo Brasil"*, que se relaciona à incerteza legislativa, ao fato de que neste país, como já disse alguém, até o passado é incerto, colocando nas mãos dos árbitros responsabilidade que, nós árbitros mortais jamais havíamos tido qualquer percepção. Somos importantes mesmo, não é verdade? No plano nacional, internacional e em um futuro não remoto, quem sabe, intergalático.

De outro lado, a litigiosidade do processo arbitral deverá ceder lugar para a técnica, a inteligência e a criatividade. Neste sentido propomos, como exigências complementares, que candidatos a árbitros sejam avaliados pelo seu QI (Quociente de Inteligência e não *Quem Indica*), a par da demonstração de serem tecnicamente capazes e para conseguirem inventar

um novo direito. Abaixo a Força e a Coerção! Somente executará a sentença o perdedor que voluntariamente assim o desejar, para tanto movido pelo seu sentimento de nacionalidade e de consciência de sua participação em um mundo global. Afinal trata-se de fomentar a paz social e mundial em relação às quais somos plenamente a favor, tanto como as candidatas a *"miss"*.

Vamos todos nós, árbitros, tal como requer o projeto, contribuir para o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza, mancha que a sociedade humana não conseguiu apagar em todos os milênios de sua existência.

Ave árbitros, os que forem agraciados com o vosso trabalho vos saúdam!

UMA ARBITRAGEM MORTAL I

(29.03.2017)

O paciente encontrava-se sozinho em seu quarto na UTI de um hospital. O médico acabara de sair e lhe dera uma notícia nada boa. Depois dos preâmbulos de praxe e dentro do acordo que haviam feito no sentido de nada ser escondido, o médico dissera ao paciente que ele teria um horizonte de vida de um a dois meses, dependendo de como evoluísse (ou pior, *involuísse*) a sua situação de saúde.

- Entre um a dois meses?

- Isto mesmo. E não há mais nada que possamos fazer. A hemodiálise está começando a não resolver o seu problema e o seu coração está muito fraco. Continuaremos fazendo tudo o que for possível, inclusive o milagre de um duplo transplante de rins e de coração, se surgirem órgãos compatíveis. Mas não sei se seu organismo aguentaria uma intervenção cirúrgica como essa.

- Obrigado, doutor. Pode deixar que eu falarei com a minha família. Enquanto isso não diga nada.

Logo depois o enfermeiro entrou no quarto e levou o paciente para o centro de hemodiálise, onde passaria um bom tempo tentando purificar o seu sangue. Ali enquanto a máquina trabalhava, o paciente ficou ruminando os últimos acontecimentos. De volta ao quarto e já em sua cama, apertou a campainha chamando o enfermeiro de plantão. Sabia que era a hora do Samuel.

- Bom dia, *dotô*, cumprimentou o enfermeiro. Como vai essa força?

- Que força nada, Samuel, se não acontecer nada você vai ficar livre de mim não demora muito. Mas alguma coisa vai acontecer sim e você irá me ajudar.

Durante o tempo de sua já longa internação, nascera uma amizade entre o paciente e os enfermeiros e no tempo em que podiam, conversavam bastante sobre muitas coisas.

- Samuel, me diga uma coisa, tem gente aí que está chegando nos *"finalmente"*?

- Tem, *dotô,* a dona do 11. O médico já avisou a família que ela se vai a qualquer momento. Não voltará do coma e o coração dela está por um fio. Ela está sempre sozinha porque a família já perdeu as esperanças e o pessoal dela somente passa por aqui no horário da noite, se revezando. Mas por que?

- É que eu tive uma ideia. Quando a situação chega perto do clímax os aparelhos dão um alarme, não?

- Sim. É apito por todo o lado.

- Então quando isto acontecer e for o seu plantão, você lá no quarto 11 lerá em voz alta o que estará escrito em um papel que vou lhe entregar. Haverá alguém ouvindo. Só isto. Não se preocupe. Não é qualquer coisa espírita. É somente um recurso jurídico que vou dirigir a certa velha senhora.

- *Dotô*, o senhor está me assustando.

- Que nada Samuel, você já viu por aqui coisas muito piores. Me coloque na poltrona e me dê o meu laptop.

Durante o resto do dia o paciente ficou trabalhando no laptop e fez o mesmo acordo com os demais plantonistas da UTI. No momento em que a paciente do 11 exalasse o último suspiro seria lido e voz alta o texto do papel de que cada um receberia uma cópia. Nele estava escrito:

"Ilustríssima Senhora Morte:

Por meio deste instrumento particular fica V.Sa. intimada para a instalação de uma arbitragem com o fim resolver a questão da vida (ou da morte) e da saúde do signatário, nos termos do art. 9º, § 2º da Lei de Arbitragem, devendo V.Sa. fazer o devido contato no quarto 17, para o fim da assinatura do competente compromisso arbitral.

São Paulo, (...) de (...) de (...)

Ass.

O Paciente".

Passados alguns dias, a internada do 11 deixou este mundo tão quietinha como a luz de um candeeiro que se apaga lentamente quando o pavio vai se acabando. Foi no plantão do Samuel que, um pouco branco de medo, entrou no quarto do paciente e disse que havia feito o combinado e lhe devolveu o papel que havia recebido.

- Obrigado, Samuel disse o paciente. Agora só resta esperar.

- Esperar quem, perguntou o enfermeiro?

- Depois você saberá. Agora vou dormir. Estou um pouco cansado.

Depois de algum tempo o paciente sentiu uma presença no quarto e ao lado de sua cama estava uma senhora elegante e de boa presença, na casa dos cinquenta ou sessenta.

- Boa tarde, senhor! Isto é bastante inusitado, mas muito fiquei curiosa com o sucedido. Foi a primeira vez que aconteceu de alguém pedir uma audiência prévia comigo e logo para requerer uma arbitragem?

- Boa tarde, D. Morte, ou devo chamá-la por outro nome, respondeu o paciente? E onde está sua famosa roupa preta e sua foice?

- Pode ser D. Morte mesmo, não me importo. Quanto à roupa e à foice, trata-se de lenda urbana. Me apresento conforme a ocasião. Às vezes sou horrenda, às vezes sou linda e desejável. Mas a que vem isto?

- Quanto tempo em tenho de vida? Meu médico disse que viverei entre um ou dois meses apenas. É isto mesmo?

- Não costumo dar informações sigilosas aos meus clientes, mas já que se trata de situação nova, é isto mesmo.

- Então vamos prosseguir com o meu pedido de instauração de uma arbitragem *ad hoc*. Aquele documento que o Samuel leu para a senhora é uma convocação para a assinatura entre nós dois de um compromisso arbitral. A senhora sabe o que é uma arbitragem *ad hoc*?

- Claro que sei. O que eu não aprendi durante todos esses últimos milênios? Muitos advogados passaram pelas minhas mãos. Trata-se de uma alternativa para solução de conflitos entre particulares. E *ad hoc* vem do latim e quer dizer *para esta finalidade*, ou seja, trata-se de uma roupa sob medida, diferente da arbitragem institucional que é do tipo *prêt-à porter*, ou seja, um *pacote pronto* a ser comprado em uma câmara de arbitragem. Mas uma arbitragem entre nós dois para que?

- Porque eu vou requerer nesta arbitragem a anulação do decreto da minha morte, juntamente com o acréscimo de mais vinte anos de vida com saúde e que quando eu morrer seja passamento do tipo *dormiu e acordou morto.*

- Mas a arbitragem é destinada a direitos patrimoniais disponíveis e sua vida não preenche esses requisitos.

- Claro que sim, eu posso resolver me matar, não? Então tenho direito disponível sobre a minha vida. A mesma coisa com relação à minha saúde: posso beber até cair no chão; fumar até ficar verde e morrer de câncer; varar noites sem dormir em farras e assim arruiná-la; e posso gastar todo o meu dinheiro no jogo. Ou, de outro lado, cuidar bem da minha saúde e do meu dinheiro. A livre escolha – e, portanto, o meu direito – é minha. E sobre a questão patrimonial, se a vida das pessoas não tem um valor a esse título, por que fazer seguro de vida e por que tantos herdeiros mataram tantas pessoas, inspirando tantos romances policiais?

- São argumentos, afirmou a D. Morte. Mas isto abre um precedente perigoso e eu preciso consultar o meu superior. E estou atrasando o meu trabalho. Tem muita gente esperando para ser levada.

- Um pouco de demora não faz mal a ninguém, disse o paciente. Tenho mais alguns pontos a colocar para serem apresentados ao seu Chefe. Tem que ser arbitragem por equidade e não de direito.

- Por que, indagou a Morte?

- Porque com esses milhares de leis jurídicas e morais que existem por aí, quem é que, mesmo agindo de boa-fé como eu, não quebrou algumas ou até mesmo muitas?

O senhor mostra-se ser um pouco presunçoso. E o que pretende a título de arbitragem por equidade, redarguiu a vetusta senhora?

- É fácil! Está tudo resumido no velho ensinamento do Direito Romano que a senhora deve conhecer muito bem: *"Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere"*(para quem não sabe, *"viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu").* Para mim isto representa a essência da equidade.

- E como iremos instituir essa arbitragem perguntou a Morte?

- Eu sugiro um tribunal de três árbitros, que dá mais segurança. Claro que temos de procurar um critério de escolha de árbitros imparciais. Se eu escolher um anjo bom e a senhora optar por um anjo mau o voto deles já está definido. Além disto, eles jamais chegarão a concordar sobre a escolha do terceiro árbitro que será o presidente do Tribunal e, portanto, com voto de Minerva, decisivo no caso de empate.

- Mas qual o critério, afinal?

- Faço a seguinte sugestão: qualquer do povo. O Samuel no dia da sua folga irá até uma agência de empregos (tem uma aqui bem perto) escolherá entre as pessoas que ali estiveram duas para serem árbitros e elas escolherão o Presidente.

- Até vejo a cena, disse a Morte, será muito engraçada: *"Vocês dois desejam ser contratados para árbitros em um caso?".* É claro que eles pensarão que o convite é para uma partida de futebol e eu sei que esta piada já é bem antiga.

- O Samuel poderá convidá-los para um café e irá explicar-lhes a coisa bem direitinho. E eles aceitarão, principalmente porque o pagamento será muito bom.

- Quanto você pretende que os árbitros recebam por esse trabalho e quem arcará com as consequências, perguntou D. Morte? Eu é que não. Não tenho dinheiro. Meus mortos não deixam heranças para mim.

- Eu pago tudo. Pretendo oferecer cem mil reais para cada árbitro. Acho que será bom para eles e justo para o meu caso. Se a senhora perder, sua condenação será suspender seu trabalho por um mês inteiro, no mundo todo. O local da arbitragem será aqui no meu quarto.

- Bem que eu preciso de umas férias. Como disse, estou atrasada. Volto para o trabalho e trarei a resposta em dois dias, depois de consultar a Administração Superior.

- Por que não amanhã mesmo? O tempo está passando rápido, disse o paciente.

- Porque amanhã não tenho qualquer compromisso marcado neste hospital.

- Paciência, até depois de amanhã então, despediu-se o paciente.

(O leitor aguarde paciente o próximo capítulo. Vamos a um intervalo para os nossos comerciais)

UMA ARBITRAGEM MORTAL II

(17.04.2017)

A primeira parte desta terminou quando a senhora Morte combinou com o paciente que faria uma consulta à Administração Superior a respeito do insólito pedido da realização de uma arbitragem para o fim de resolver questões ligadas à morte do interessado, então prevista para um horizonte muito curto à sua frente. É hora de voltarmos aos fatos ocorridos desde então.

Como acontecera da última vez, de repente o paciente sentiu a presença da Velha Senhora, antes mesmo de vê-la. Desta vez ela vestia um costume de um rosa discreto e na lapela do seu casaco notava-se uma flor de um branco imaculado.

- Boa tarde, Senhora, seja bem vinda, ainda que não muito na verdade, disse o paciente. Roupa nova, não?

- É que acabei de passar pelo quarto de um recém-nascido. Achei essa roupa apropriada.

- E a Senhora não sente qualquer remorso nesses casos?

- Não sou dada a esses luxos. Além disso, do jeito que está este mundo, eu sou a melhor solução. Melhor assim do que crescer em meio a tanto sofrimento.

- Discordo, redarguiu o paciente. A esperança nunca morre. Então, como ficamos?

- Estou autorizada a prosseguir. O Chefe está curioso para saber qual será o resultado. Se bem que ele já sabe, claro.

- Eu esperava por isto. Preciso apenas de dois dias para organizar as coisas. O Tribunal Arbitral já foi escolhido pelo Samuel. Depois de amanhã estará bom para a senhora?

- Essas paralisações do meu trabalho me matam. De acordo. Vamos adiante.

- Vamos marcar às 9 horas. Tudo bem? Depois informarei o local da audiência. Mas precisamos estabelecer os termos. A minha sugestão é a seguinte. Será tudo verbal. Não precisamos de Termo de Audiência ou de Carta de Missão escritos. Fica tudo combinado *no fio do bigode.* Depois que o Tribunal Arbitral declarar que a audiência está instalada eu começarei com as minhas Alegações Finais com direito a meia hora de duração. A Senhora responderá no mesmo tempo. Depois eu apresentarei minha Réplica em quinze minutos e a Senhora fará a Tréplica também em quinze minutos. Em nossas falas não interromperemos um ao outro. A qualquer momento o Tribunal Arbitral poderá fazer perguntas, devendo ficar parado o relógio enquanto isto acontece. Não haverá testemunhas. Pericias só *post mortem,* há, há! Em seguida o Tribunal Arbitral terá meia hora para se reunir e depois dará a sentença que será definitiva. Eventualmente cada um de nós poderá pedir o suprimento de omissões, contradições ou incompletudes da sentença. O Tribunal Arbitral terá quinze minutos para responder, encerrando-se o processo com o resultado definitivo. Quem perder cumprirá a sentença de boa fé. Devo lembrar que se trata de arbitragem por equidade. Alguma observação?

- Do meu lado nenhuma. E eu sempre cumpri a minha palavra. Que sobre isto não reste dúvida. Meus *clientes* jamais se queixaram. Mas preciso ir. Tenho muito que fazer.

Depois que a Vetusta Senhora se foi, o paciente começou a tomar as providências necessárias para a audiência marcada. Não precisamos enfadar o leitor com a descrição de tudo o que aconteceu. Basta dizer que as coisas ficaram muito facilitadas porque durante a sua longa estadia naquele hospital o paciente fizera amizade com um dos diretores. O lugar da audiência seria uma das salas especialmente reservadas para as famílias de pacientes em risco iminente

de deixar esta vida, as quais podiam contar com ajuda psicológica e/ou religiosa conforme desejassem, em um lugar recôndito e tranquilo.

No dia e hora designados, todos os participantes encontravam-se presentes na sala que havia sido preparada para a audiência. Antes disto, bem cedo pela manhã quando o paciente tomava café, o enfermeiro Samuel disse que precisavam conversar.

- O que foi, perguntou o paciente?

- Preciso lhe contar uma coisa, *dotô*. Quando eu fui procurar as pessoas para serem árbitros, não tive coragem de dizer a verdade. E nem eu mesmo até agora acredito em tudo isto. Então eu falei para eles que se tratava de uma peça de teatro, em que eles seriam atores.

- Samuel, você me traiu, disse o paciente enfático!

- Dotô, desculpe, mas o povo na agência de empregos ia achar que eu estava maluco. Eu até poderia ser mandado embora do hospital se alguém me denunciasse.

O paciente coçou a cabeça por uns instantes e disse:

- Acho que foi até melhor mesmo. Assim eles se sentirão mais à vontade. E a execução da sentença qualquer que seja não dependerá de qualquer medida dos árbitros. O *enforcement* virá de cima. Mas então o dinheiro prometido seria muito alto para apenas uma breve encenação.

- Dotô, eu ofereci bem menos e mesmo assim será uma boa grana para os três.

Na pequena sala estavam todos reunidos: partes, árbitros e o enfermeiro Samuel que funcionaria como secretário e copeiro. A Inefável Senhora viera vestida com um terninho cinza, blusa branca e sapatos altos pretos. Em seu pescoço brilhava um colar de pedras de cor verde, azul, vermelho, amarelo e negro.

- De cinza hoje, perguntou o paciente?

- Sim, respondeu a Ré. Cinza é a cor da indefinição, não é mesmo? Não sei o que acontecerá neste dia.

- E o colar?

- Representa os resultados prováveis do julgamento: amarelo, cuidado; verde, esperança; negro, seguirei em frente; azul e vermelho, um dos seus dois destinos finais, caso perca a causa.

Os três árbitros (José, Pedro e Antônio, vamos chamá-los assim. Antônio era o Presidente) mostravam-se um pouco nervosos e inquietos, mesmo depois que o paciente lhes deu todas as instruções necessárias. Chegou, então, depois das formalidades de praxe, o momento das Alegações Iniciais do paciente.

- Senhores Árbitros, disse ele, serei breve e objetivo. Este Tribunal Arbitral foi requerido para mudar a sentença de morte que pesa sobre a minha cabeça, por motivo de doença incurável, a cargo da Requerida aqui presente (Senhora Morte). Segundo o meu médico, tenho entre um a dois meses de vida, o que foi confirmado pela Ré. Desejo reverter essa decisão, tomada em âmbito superior, do qual ela é o instrumento de execução. Este é o meu primeiro

pedido, ao qual está ligada uma extensão da minha vida por mais vinte anos. Terceiro ponto: quando eu morrer, bem lá na frente, desejo uma morte tranquila, sem dores e sem sofrimento, o apagar de um passarinho.

Enquanto o paciente falava, os árbitros se entreolhavam sem saber muito bem qual deveria ser a sua *deixa* naquela trama.

- Senhor paciente perguntou então Antônio, nós vamos ouvir tudo o que for dito aqui e daremos uma sentença a seu favor ou contra. E depois? A peça termina?

- Sim. O enredo estará definido, respondeu o paciente, pensando uma coisa, enquanto os árbitros pensavam em outra.

- Prosseguindo, disse o paciente, trata-se de uma arbitragem a ser decidida com fundamento na equidade. Este Tribunal Arbitral analisará os argumentos que passo a expor. Na verdade, eu desejo que no meu caso seja aplicada uma solução de justiça equitativa. Mas antes de expor os meus pontos sobre a matéria de fundo, desejo reforçar o que já disse sobre o aspecto de versar o meu pedido sobre bens patrimoniais disponíveis. Como disse, posso dispor da minha vida e outros (como assaltantes que matam para roubar) também podem fazê-lo. Posso atentar a favor ou contra a minha saúde. Posso preservar o meu patrimônio ou dissolvê-lo inteiramente em uma mesa de jogo. Posso fazer um seguro de vida ou deixar que os herdeiros se virem sem uma previsão em tal sentido. Não há dúvida, portanto, quanto a este aspecto.

O paciente acomodou-se melhor em sua cadeira e prosseguiu.

- Durante toda a minha vida eu tenho procurado ser honesto e não lograr qualquer pessoa em relação aos seus direitos. Pelo contrário, sempre procurei reconhecer e agir em relação a cada um segundo o seu merecimento. Posso ter falhado em um ou outro ponto, mas quando descobri que assim havia agido eu prontamente procurei reparar o prejuízo causado. Não fiz diferença entre rico e pobre; preto ou branco; letrado ou analfabeto; católico ou budista; homem ou mulher; criança ou adulto. Ajudei muitas instituições. Posso muito ainda fazer pelos outros e para isto preciso de mais tempo.

O paciente tomou um gole de água e prosseguiu.

- Além disto, pensando em mim mesmo. Na idade em que me encontro, cheguei a um tempo de tranquilidade, podendo me dedicar mais à minha família e aos meus amigos. E olhe que ainda tenho tantos livros para ler, tanta música para ouvir, tantos lugares para conhecer. Tomando a equidade como uma forma de retribuição da prática da justiça, vejam que injustiça está presente em se antecipar a minha viagem definitiva. Enquanto muitas pessoas sobram neste mundo pelo seu extremo egoísmo e por sua inutilidade, tenho certeza de que nele eu farei alguma falta. Por isto eu peço que os meus pedidos sejam julgados procedentes.

Outros argumentos foram apresentados pelo paciente ao Tribunal Arbitral, mas os acima reproduzidos formaram o cerne de suas pretensões. Nada tendo para perguntar, o Tribunal Arbitral passou a palavra para a D. Morte.

- Prezados Senhores, esta arbitragem é um total absurdo. Preliminarmente eu sou parte ilegítima neste processo. Não é contra mim que o paciente deveria tê-la ajuizado. Eu não sou o responsável pelo fim da vida das pessoas. Sou apenas aquela que recolhe suas almas e as encaminha para os seus respectivos destinos. Sou a bala que mata, mas não sou aquele que puxa o gatilho. Obedeço às ordens que recebo sem questionar. Trato todos igualmente, tanto como o paciente diz que fez em relação aos seus semelhantes. Levo comigo no mesmo dia um

imperador e o mais miserável dos mendigos, se assim sou ordenada. Deixo um inocente e encaminho um culpado. Não faço juízos de valor. Outra coisa: eu não existia, fui inventada no dia em que Caim matou Abel. Portanto, eu mesma fui criada pela ação do próprio homem e desde então minha atuação depende de um comando superior que assumiu a gestão do negócio. Não sou autônoma.

D. Morte levantou-se de sua cadeira e caminhou um pouco no espaço da pequena sala – Não me sinto bem quando estou parada, explicou. E deu continuidade às suas alegações.

- Por outro lado, não é verdade que o objeto desta arbitragem corresponda a um campo de direitos patrimoniais disponíveis. O paciente até poderia ser vendido como escravo que isto não lhe daria razão. Se ele der cabo de sua vida ou arruinar sua saúde ou o seu patrimônio, tais atos não se encontram *no campo do comércio*, digamos assim. A vida e a saúde colocam-se no plano da dignidade humana. E a existência de patrimônio é acidental. Milhões de pessoas não possuem qualquer bem, além da própria vida. E se ela não é respeitada, a culpa está na maldade humana.

A Antiga Senhora estava bastante agitada, andando de lá para cá, falando mesmo sem olhar os árbitros.

- E do ponto de vista do mérito, o que o paciente alegou não subsiste. No fundo, se é verdade tudo o que ele disse sobre o seu comportamento, não fez mais do que sua obrigação. Afinal de contas o dever principal de cada pessoa na vida em sociedade depende de um mandamento, amar o seu próximo como se ama a si mesmo, tirando o caso daqueles que se matam porque se amam demais. E quando se trata de um mandamento, então o julgamento é pela lei e não por equidade. E o que ele deseja, no fundo, é de natureza egoísta e não altruísta como ele afirma. Ele quer **para si mesmo** o benefício da vida para dividi-la com sua família e amigos; para ler; para ouvir música; e para viajar. E se afirma que ajudará outras pessoas, como disse que tem feito, mais uma vez eu enfatizo, não fará mais do que sua obrigação na sociedade em que vive.

Os árbitros e Samuel estavam como que embasbacados diante da veemência da Requerida. E para nós, ou era uma grande atriz ou acreditava mesmo em tudo o que dizia.

- Senhores membros deste Tribunal Arbitral, a pretensão do Autor se deferida irá desequilibrar todo o sistema da sociedade humana. Pela mesma regra da equidade então qualquer pessoa terá direito a suspender a sua sentença de morte para que se mantenha mais tempo no bom caminho ou tenha outra oportunidade para arrepender-se e mudar de rumo. Não haveria mais *passamentos*. Ou quase nenhum. Eu ficaria desempregada ou em regime de *free lancer*, sem carteira assinada. Outro efeito seria o da superpopulação da terra e a rápida perda de sua sustentabilidade para alimentar tanta gente. Daí que somente morrendo pessoas aos milhões é que a situação voltaria à normalidade. Tal como a peste negra, que teve o seu lado bom. Mas isto seria, portanto, um paradoxo. Insisto, portanto, em que todos os pedidos do Autor sejam julgados improcedentes.

Caros leitores, eu sei que desejam conhecer o resultado do julgamento, mas como antes teremos a réplica, e a tréplica, convém parar com a narrativa neste ponto, dando-lhe fim na próxima oportunidade.

UMA ARBITRAGEM MORTAL III

(27.04.2017)

Caro leitor, o caso está chegando ao fim e retomamos a narrativa pela réplica do paciente. Antes disto houve uma pausa e todos os presentes confraternizaram educadamente ao lado de uma mesa na qual havia sido colocado um gostoso lanche que constava de salgadinhos, bolos, doces, sucos, refrigerantes e café. É sabido que no campo da arbitragem o *fair play* entre partes, advogados e árbitros é um princípio que sempre deverá regê-la, pois seu objetivo é a busca da verdade, animosidades à parte. Ninguém conversou sobre qualquer aspecto do processo, tendo tratado apenas de *amenidades*, o que no Brasil atual representa uma grande dificuldade e um único assunto que normalmente seria trivial, ligado a um posto onde se lava carros a jato. O paciente comeu e bebeu de tudo porque qualquer que fosse o resultado do julgamento, a dieta não teria mais sentido para ele.

Pouco depois, tendo os participantes retornado aos seus lugares, o paciente tomou a palavra para iniciar a sua réplica.

- Prezados senhores árbitros, tratemos inicialmente os pontos colocados pela Requerida. Claro que ela é parte legítima neste processo arbitral. Minha relação direta é com ela mesma e, se ela tem um monopólio inerente ao seu campo trabalho, concertado com terceiro, isto não me diz respeito. Se ela desejasse, poderia ter requerido o ingresso do seu Chefe como parte interessada ou até mesmo alegar que se trataria de parte relacionada, assunto sobre o qual este tribunal arbitral deveria então resolver. Mas não o fez e o seu eventual direito neste campo, portanto, está precluso. O fato da sua alegada imparcialidade a respeito de quem leva ou deixa nesta terra é irrelevante na presente arbitragem. Apenas observo que ela tem mais trabalho com pobres do que com ricos, mas não discutirei as causas dessa situação.

- Não repetirei argumentos a respeito da *patrimonialidade* e disponibilidade do meu direito, o que para fim está suficientemente provado. E, considerando-se que vivemos em uma sociedade extremamente egoísta, a prova de que agi com bondade e misericórdia em relação ao meu próximo mostra que consegui superar de forma eficaz e benfazeja a índole malévola que caracteriza o nosso DNA comportamental. É uma vitória pessoal, digna de merecimento, sou obrigado a dizer em relação a mim mesmo. Eu poderia ter tido o melhor sítio em Atibaia ou o melhor apartamento no Guarujá, mas preferi condições mais modestas para o descanso do meu corpo cansado. Meu único luxo foram os meus livros e algumas viagens que fiz ao exterior apenas com o intuito de conhecer a diversidade de culturas que formam o nosso mundo e para compreender melhor a sociedade em que vivemos. Neste sentido, tenho direito ao deferimento das minhas pretensões dentro de um julgamento por equidade.

- De outro lado, não se trata de pedir que a Ré perca o seu emprego e, com isso, fique subvertida a ordem que reina na terra ("*ordem*", tem até graça!). Mas eu fiz o meu pedido e outras pessoas se desejarem façam o mesmo. Para este efeito não tenho procuração da humanidade.

- Finalmente, eu trago um argumento definitivo: requeiro a aplicação de um precedente. Se não sabem os ilustres árbitros porque não são experts no *métier* jurídico, especialmente quanto ao direito anglo-norte-americano, afirmo que se trata de uma decisão tomada anteriormente por algum tribunal que se torna de adoção obrigatória nos futuros julgamentos de casos idênticos.

- Cerca de sete séculos antes de Cristo, reinava o rei Ezequias em Israel (mais precisamente no Reino do Sul ou de Judá, com capital em Jerusalém). Um dia, quando estava doente, Deus mandou avisá-lo por meio do profeta Isaias que ele não seria curado e que deixasse seus negócios em dia porque era chegado o tempo da Ré (ou seja, de sua morte). Tendo o profeta ido embora, aquele rei virou-se no seu leito para o lado da parede e fez um pedido: *"Ó Senhor, lembra-te como sempre me esforcei por te obedecer e te agradar em tudo o que fiz".* Tendo ouvido esta petição, o Senhor mandou naquela mesma hora que Isaias retornasse e dissesse ao monarca que ele havia sido atendido e que seria curado, tendo se lhe dado mais quinze anos de vida.

- Este é o meu precedente. As lágrimas que escorreram durante estes últimos meses pelo meu rosto provam que tenho repetido o mesmo pedido daquele rei até a exaustão e, não tendo sido ouvido até o momento, requeri a presente arbitragem. E aqui termino a exposição do meu caso.

Os presentes estiveram completamente silenciosos durante a defesa do paciente, notando-se que os árbitros se sentiram tocados pelas palavras daquele. Logo em seguida a Senhora Morte tomou a palavra para fazer sua tréplica.

- Senhores membros deste Tribunal Arbitral. Ainda que a situação pessoal do Requerente possa ser considerada bastante triste, aqui não é lugar para sentimentalismos. Não tem qualquer árbitro o direito, mas sim o estrito dever de aplicar os princípios que devem reger seu julgamento. Neste caso a equidade, que não pode ser confundida com a vontade de se conceder ao Autor um benefício indevido sob aquele título. O paciente ao recorrer à equidade neste caso está desejando fugir à aplicação da lei, que existe e é vigente desde que eu surgi neste planeta. E não se esqueça de que os tribunais arbitrais têm sido acusados de condescendência, aplicando penas menos graves quando sentem os julgadores que o peso da condenação poderá ser muito grave para o perdedor. Não se trata disto. Lei ou equidade (a verdadeira), cada uma delas deve ser aplicada em toda a sua extensão, conforme o caso, sob pena de desmoralização do instituto da arbitragem.

- O precedente invocado pelo Requerente não tem lugar neste caso. A cura e a sobrevida do finado (finalmente) Ezequias não estiveram fundadas na equidade e muito menos na lei. Sua base foi a graça, princípio que sempre regeu o relacionamento entre meu Superior e a raça humana. Nas relações com o Conselho Máximo de Administração cada indivíduo tem um tratamento de natureza particular e não se pode discutir o mérito das orientações que são tomadas particularmente quanto a cada ser humano. É estabelecida uma determinação de transporte para o destino final e eu a cumpro. E, somente para argumentar, se tal precedente pudesse ser aqui aplicado, então o médico que anunciou a doença e morte do paciente seria unicamente aquela mesma pessoa responsável por trazer a boa nova da sua cura, tal como foi o papel do profeta Isaias. Senhores membros do Tribunal Arbitral, já externei todos os meus pontos de vista. Aqui encerro meus argumentos.

Os árbitros, não tendo perguntas a fazer e tendo sido instruídos pelo secretario *ad hoc* Samuel, pediram que o paciente e a Senhora Morte se retirassem da sala para que pudessem deliberar sobre a decisão a ser tomada. Foram ambas as partes para o quarto do paciente, onde aguardariam o resultado, porque este estava bastante fatigado com a duração da audiência.

E agora, caros leitores, sinto que os frustrarei, mas aqui encerro a minha narrativa por determinação expressa do paciente. A cada um caberá imaginar como foi a decisão daquele terminal arbitral. Na verdade, tomem vocês mesmos o lugar dos árbitros e construam a sua

decisão segundo a sua própria convicção e, se forem bondosos para com este escriba, me informem como teria sido a sua sentença.

Entrevista com um ET sobre a arbitragem

Há mais o que aprender lá fora do que imagina a nossa vã filosofia

- 13 de fevereiro de 2019 -

Chegou-me por e-mail uma mensagem em que me era solicitada uma entrevista sobre o instituto da arbitragem a respeito do qual, com toda a modéstia, eu tenho algumas luzes. A missiva eletrônica era assinada por alguém chamado ***º§'** (não sei como se pronuncia), dizendo-se ser membro do *Instituto Intergalático de Direito Comparado*, com sede em um planeta da constelação de Andrômeda. O mais certo é que fosse uma brincadeira de alguém comigo, talvez um aluno. Se fosse assim, eu agiria com todo o *fair play* que ela mereceria. Mas, nestes dias de globalização, com planos para se chegar em Marte, eu não estranhei muito que pudesse existir vida lá fora e que, menos ainda, ETs muito mais avançados em tecnologia do que nós, que andassem viajando pelo espaço. Só não entendi a existência de alguma preocupação com a arbitragem, já que em uma sociedade verdadeiramente desenvolvida os conflitos deveriam ter desaparecido. Mas, afinal de contas, se cá na terra sempre existiram divergências familiares, tribais, nacionais e internacionais, porque não se daria o mesmo quanto a conflitos intergalácticos?

Respondi a ***º§'** dizendo-me pronto para a entrevista e, depois de trocadas algumas mensagens, agendamos a data. Quando lhe disse que iria informar o meu endereço, ele respondeu que isto era desnecessário, saberia como chegar ao meu *home office*. É claro, para quem lá de Andrômeda sabia o meu e-mail, meu endereço era fichinha. Desconhecendo o que ele aceitaria, preparei-me para servir café, chá, água, sucos e refrigerantes, a serem acompanhados de mini salgadinhos e de biscoitinhos doces. Quem sabe, ele não gostaria de saborosos pães de queijo bem quentinhos?

Na hora aprazada o porteiro do prédio avisou que havia chegado um senhor para me visitar, mas que não havia entendido o seu nome. Claro, mandei que subisse. Curioso, esperei na porta do elevador onde atendi um homem (?) vestido com um terno bem cortado, gravata e óculos escuros no rosto. À luz do *hall* de entrada eu vi que a pele dele era de uma cor morena bem acentuada, como se ele fosse marroquino, por exemplo, o que correspondia aos seus cabelos escuros. No conjunto, ele parecia *"normal"*.

- Bom dia, prof. Verçosa, disse ele em uma voz um pouco metálica e com um sotaque do tipo paulista.

- Bom dia, senhor. Queira entrar. Nos acomodamos na minha sala destinada a receber os clientes e lhe ofereci que bebesse alguma coisa – Por enquanto estou bem, disse ele. Tenho pouco tempo para ficar e gostaria de encaminhar logo o assunto. Sei que o professor tem muitas perguntas a fazer, que poderão ser respondidas oportunamente. Enquanto isso, ele tirara os óculos enquanto a pele do seu rosto e mão mudavam progressivamente de tonalidade, passando para um verde suave (claro, todo *"marciano"* tinha que ser verde). Seus

olhos eram amarelos como os de um gato. Mas para mim o resultado era até agradável, ainda que exótico. Aí eu tive certeza de que ele era mesmo um ET. Não atinava como, de outra forma, alguém pudesse mudar de cor daquela maneira. Só se fosse um camaleão disfarçado.

- Desculpe-me, professor, mas manter a cor da pele diversa da nossa é um pouco cansativo. Como disse, estou representando um instituto de direito comparado intergaláctico e tenho algumas perguntas a fazer sobre arbitragem. Sabemos muita coisa sobre a Terra, mas não somos oniscientes. Nossas pesquisas partem de sondas enviadas pelos nossos dirigentes para planetas habitados em todo o universo e meu departamento é responsável pela área de conflitos.

- E como me acharam?

- Seu nome surgiu na tela dos nossos computadores como resultado da utilização de algoritmos de pesquisa, especialmente em um dia no qual um texto seu usou o termo *astrônomo jurídico*. Ficamos intrigados. Não conhecíamos essa especialidade e começamos a pesquisar melhor a sua pessoa.

- Ah, disse eu, foi um artigo chamado *"O Astrônomo Jurídico Míope"*, já um pouco antigo. Nada a ver com astronomia.

- Esse mesmo, disse ele. Mas podemos começar a nossa entrevista?

- Claro, disse eu, mas antes, posso fazer uma pergunta um tanto indiscreta? O senhor é uma pessoa ou um robô muito avançado?

- As duas coisas, afirmou ele. No nosso estágio de evolução tudo está integrado, natureza e tecnologia. Nascemos naturalmente, já com um conjunto tecnológico integrado ao corpo, material e imaterial e um dia *morremos* conforme a nossa *programação*, passando a nossa memória e as nossas experiências para um sucessor. Mas não a consciência, que se perde. Professor, desculpe a pressa, mas não posso perder a janela do tempo necessária para o meu retorno a Andrômeda e fazer o meu relatório. Me diga, por favor, o que é a arbitragem, como instrumento destinado a resolver conflitos.

- Senhor ***º§'**, como tudo em direito, posso dizer que há algumas definições sobre a arbitragem. A mais aceita atualmente pelos doutrinadores afirma ser ela um *meio* ou *instrumento adequado de solução de conflitos* e isto, como já deve ser do seu conhecimento, quanto a direitos patrimoniais disponíveis.

- Conhecemos essa noção, mas, como seres essencialmente racionais (o seu filósofo Descartes é um dos nossos preferidos), ela nos parece um pouco inconsistente, ambígua e contraditória. Sabemos que na história recente da Terra, especialmente no mundo ocidental, a justiça é realizada regularmente pelo Estado, por meio do Judiciário. Então, se a arbitragem é o *meio adequado*, então o Judiciário seria o *meio inadequado*?

- Não é bem assim. Cada uma das duas maneiras de buscar a justiça tem o seu lugar.

- Sei que arbitragem e Judiciário não são excludentes. Então, trata-se de uma opção do interessado? Uma escolha? Uma alternativa?

- Nossos doutrinadores têm preferido não usar o termo *alternativa*, como maneira de mostrar, entre outras razões, que a arbitragem não tem por objetivo diminuir a carga de

processos no Judiciário, especialmente no Brasil, onde ajuizar ações parecer ser um esporte nacional, especialmente até pouco tempo no Direito do Trabalho.

- Professor Verçosa, mais uma vez eu recorro à lógica. Dizer que a arbitragem é meio adequado para resolver questões me parece não ter nada a ver com a falência do Judiciário em dar conta do recado e, como explicação, chegar-se a uma conclusão no sentido de que alguém poderia pensar tratar-se de uma forma de tirar dos juízes um tanto de processos por ano. Deste lado, milhões deles; do lado da arbitragem apenas algumas centenas.

- Senhor ***º§'**, não há dúvida de que tem bastante razão. De outro lado observo que, diante de tantos tipos de conflitos que podem surgir, o Judiciário tem maiores dificuldades para resolver pendências de natureza técnico-jurídica em relação a temas, por exemplo, ligados aos negócios internos e internacionais. Do lado da arbitragem, um Tribunal Arbitral pode ser constituído como uma roupa sob medida para vestir determinada situação, melhor do que o *pret-a-porter*, disponível no Judiciário. Não que este seja ineficaz em termos absolutos, mas *menos eficaz*, digamos assim. Acontece que em direito não funciona a eficácia relativa.

- Mas para assuntos do comércio, especificamente, não têm sido criadas as chamadas *"varas empresariais"*, nas quais os juízes seriam preparados para resolver questões negociais de forma *adequada*?

- *Modus in rebus*, respondi eu – Ou, como diz o caipira, *"aí vareia"*.

- Como assim?

- Primeiro não é possível criar varas especializadas em todas as comarcas, somente nas grandes, mas grandes mesmo. *Xiririca de Trás dos Montes* jamais poderá ter uma vara especializada e, na maioria das vezes, a que tem faz de tudo. Nesses casos o juiz precisa se virar como pode com tanta coisa diferente na sua mesa. De outro lado especialização não significa dizer conhecer tudo, muito pelo contrário, é conhecer bem uma coisa de um todo mais vasto. O problema é que as questões jurídicas estão se mostrando cada vez mais variadas e integradas em diversos microsistemas, e teríamos de ter uma miríade de juízes especialistas e com uma visão abrangente, o que é uma total impossibilidade. Segundo cada cabeça, cada sentença. O direito não é uma ciência exata e, portanto, sujeita a uma avaliação fundada em valores, por mais que a lei procure delimitar a liberdade interpretativa.

- Sabemos disso e também que essas sentenças são sujeitas a uma fieira de recursos, não tendo se aproveitado muito também os tribunais dotados de câmaras especializadas. Daí que um processo judicial pode levar mais tempo do que uma sonda sair da terra em viagem normal e chegar na estrela dupla *Eta-Karinae*. Essa demora certamente justifica a opção pela arbitragem. E por falar em fieira de recursos, nos parece que vocês criaram o labirinto perfeito. Quem entra jamais encontra a saída.

- Tem duas saídas no Judiciário, expliquei para o sr. ***º§'**: a prescrição e a decisão sem julgamento de mérito. Na arbitragem essa *saída* não funciona. Veja, senhor ***º§'**, que por mais que desejemos não é possível escapar quanto à arbitragem de uma escolha entre dois caminhos, o dela e o do Judiciário, este, menos adequado para certos casos, como já dissemos.

- Para mim, disse ***º§'** a procura de uma explicação assim construída, na busca de afastar que a constatação de que, no fundo, em arbitragem se trata de uma escolha (subordinada evidentemente a determinadas condições), me parece uma discussão do tipo

das teses medievais da Europa aqui na Terra, como nos foi possível verificar. Uma delas tinha o título *"Uma hydra no espaço, de que se alimenta?"*. Tenho viajado muito por aí e nunca vi uma hydra, muito menos ela comendo. Outra tese se intitulava *"Quem amou mais, Eurípedes ao Sol, ou Endeminhão à Lua?"*. Discussões um tanto vazias, não?

- Senhor ***º§'**, às vezes nós podemos exagerar um pouco. Mas é certo que chegar a uma arbitragem resulta de uma reflexão ponderada quanto a certos fatores e não há como se fugir de uma comparação com o caminho do Judiciário. Para uma escolha, evidentemente. Se o objeto do litígio não corresponde a direito patrimonial disponível, esqueça a arbitragem. No caso afirmativo, vamos ver custo, prazo, o tipo do problema a ser resolvido (quanto mais complexo, deve ficar mais longe do Judiciário, certamente) entre outros fatores. Além disso, há uma questão que diz respeito à flexibilidade da arbitragem em relação ao Judiciário, especialmente quando se trata de grandes obras a serem executadas durante um longo período de tempo, a utilização dos *disputes boards*. Esse seria precisamente um caso em que a arbitragem é O MEIO ADEQUADO e não o outro.

- Conhecemos essa vantagem, disse ***º§'**, quando se está no campo do contrato incompleto, no qual se torna mais difícil estimar todos os problemas que poderão surgir ao longo do tempo do que saber quem ganhará na sua Mega Sena. Prof. Verçosa, voltando à competência do árbitro para dar conta dos seus casos, principalmente quando esses são complexos, a arbitragem pode eventualmente não ser o meio adequado?

- Senhor ***º§'**, posso lhe responder que todo processo envolve certo nível de risco, inclusive na arbitragem. Se as partes não podem escolher o juiz, mas podem fazer isto em relação aos árbitros, compete àquelas zelarem pela busca das pessoas que melhor conheçam a matéria em discussão mediante a busca das informações sobre o seu currículo. E os árbitros, por sua vez, devem tomar as mesmas medidas quando se trata de indicarem o presidente do Tribunal Arbitral. Há uma assimetria informacional a ser quebrada, o que se dá em menor grau quando se trata da arbitragem institucional, uma vez que se espera das câmaras de arbitragem a organização de um rol de profissionais de qualidade e dentro de um leque amplo de competências. Mas sempre existe um risco de uma sentença mal elaborada. Contudo, dentro de estatísticas mesmo empíricas, é muito mais fácil uma sentença judicial inadequada do que um laudo arbitral. Claro que as primeiras podem ser corrigidas por meio de recurso, em tese, enquanto as segundas geralmente são *imexíveis*, como diria alguém. Senhor ***º§'** mais uma vez insisto, o direito não é uma ciência como a matemática.

- São dificuldades, sem dúvida, afirmou o sr. ***º§'**.

- Existem ainda outras circunstâncias negativas, como a da escolha do *árbitro mágico* e do *árbitro tartaruga*. O primeiro desaparece frequentemente durante o processo arbitral e o segundo tem no seu DNA algum gene semelhante ao do dono daquela famosa tartaruguinha conhecida como *The Flash*, que andava mais rápido do que ele, que era muito *devagar*.

- Professor Verçosa, outra coisa, temos visto a existência de uma demora em processos arbitrais terráqueos que se diria injustificável e em nossas pesquisas inferimos três causas principais, aquela relativa a um grande valor formal que se tem dado aos feitos; a litigiosidade excessiva; e a grande perda de tempo com questões periféricas ou mesmo completamente desligadas do caso.

- Isso é verdade, senhor ***º§'**. Tem-se procurado superar tais dificuldades.

- Pois eu vou lhe dizer como no direito comparado intergaláctico isto foi resolvido. Desenvolvemos alguns algoritmos que se expressam por meio de sinais transmitidos aos árbitros durante o processo arbitral. Se em uma petição ou em uma audiência um dos patronos das partes ou ambos passam do limite de civilidade aceitável, luzes coloridas indicarão nos documentos correspondentes o nível de gravidade, no que corresponderia no espectro terrestre a verde, amarelo, laranja e vermelho. Há penalidades progressivas para a parte culpada quando a cor chega ao laranja e, pior ainda, quando marca o vermelho. No tocante à formalidade excessiva e às discussões desconectadas da causa, especialmente o seu cerne, temos um aplicativo denominado de *Instrumento de Identificação e Exclusão de Argumentos Falaciosos e/ou Desnecessários (IIEAFD)*. Esse algoritmo, usado depois das razões finais, passa um pente-fino em todas as petições e depoimentos, analisando-os de forma integrada, excluindo da leitura dos árbitros tudo o que não interessa ao caso. Por causa do nome muito longo um dos nossos observadores da terra o batizou de *Rolando Lero-Lero*.

- Fico com inveja, Sr. ***º§'**. Um aplicativo desses certamente daria aos árbitros uma capacidade muito maior de resolver os seus casos em menos tempo.

- Professor Verçosa, infelizmente a sua tecnologia digital não está ainda preparada para uma solução dessas. É incompatível com o nosso sistema operacional. Além disso, em compensação, temos observado que os árbitros, especialmente os brasileiros, desenvolveram uma maneira subjetiva muito eficaz para interpretar os fatos e declarações nas arbitragens dentro do sentido do nosso *IIEAFF*, que é o *desconfiômetro*. De outro lado também percebemos a existência de outra invenção, utilizada pelos patronos das partes para limitarem no seu interesse as suas ações eventualmente deslocadas do foco ou que seriam ineficientes (ou perigosas para eles), que vocês chamam de *Simancol*. Dizem que tomar um *Simancol* todas as manhãs é sempre muito bom, mas não sei como se adquire esse aplicativo.

- Para isso, sr. ***º§'**, seria necessário que vocês fizessem um estágio conosco.

- Bem, professor Verçosa, meu tempo está se esgotando. Preciso ir embora. Muito obrigado pela entrevista. Teríamos ainda muita coisa para falar, mas fica para outro dia.

- O mesmo digo eu, sr. ***º§'**. Para mim foi muito proveitoso o nosso encontro.

- Professor Verçosa, teremos um congresso intergaláctico de arbitragem em breve e fui encarregado de convidá-lo. Será um prazer tê-lo conosco dividindo a sua experiência e conhecendo o que fazemos por aí fora.

- Mas Sr. ***º§'**, uma viagem dessas de ida e volta é o tempo de uma vida. Não sei como vocês as realizam, mas para mim seria impossível. Tenho o meu trabalho.

- Professor Verçosa, usando a nossa tecnologia, o tempo de ir, de ficar algumas semanas e de voltar seria o mesmo que uma visitinha ao banheiro. Ninguém notaria. E poderia levar a sua esposa sem qualquer custo, seria um grande prazer nosso.

- Bem nesse caso eu aceito. Não gosto de viajar sem a minha *metade-mais-cara*.

- Prof. Verçosa, até lá então.

- O Sr. ***º§'** apertou a minha mão e desceu pelo elevador que eu havia chamado. Notei que progressivamente a sua pele começou a tomar a coloração com que havia chegado, certamente para não ser estranhado pelo porteiro do prédio ou por qualquer vizinho. Olhando

pela janela eu o vi atravessando a rua e chegando à viela que fica próxima onde, sem ser notado por ninguém, simplesmente se esvaneceu.

Teria sido um sonho? Parece que não, porque sobre a minha mesa brilhava o seu cartão de visita. Não consegui pegá-lo na mão e pouco a pouco ele também desapareceu.

A cláusula compromissória e o art. 117, caput, da lei de recuperação de empresas e falência

(Em casa que não tem regra, todos brigam e ninguém fica com a razão).

(9 de janeiro de 2020)

Uma discussão bastante intensa tem versado sobre a submissão da cláusula compromissória (por meio da qual se institui a arbitragem para o fim da solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis) ao art. 117, *caput*, da LREF, onde se lê:

> *Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.*

Dessa forma, caso se entenda que a cláusula compromissória tem a natureza jurídica de um contrato na modalidade bilateral, o dispositivo acima não se lhe aplica e, portanto, fazendo-se a sua interpretação a *contrario senso*, o advento de uma falência causaria a resolução automática da cláusula compromissória, em detrimento da solução por arbitragem, seguindo-se os demais efeitos decorrentes da aludida exegese.

A solução da disputa no âmbito da doutrina parece ser simples, à primeira vista, bastando verificar qual é o conceito jurídico de contrato e se a cláusula compromissória a ele se amolda.

Em obra de nossa autoria, na qual tomamos o contrato como o seu objeto precípuo[1], valemo-nos da definição desse instituto conforme dada pelo art. 1.321 do C.Civ. Italiano de 1942, como seja:

> *Il contratto e' l'accordo di due o piu' parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.*

Conforme exposto na obra citada, segundo entende a doutrina predominante, o conceito acima pode ser apropriado em toda a sua extensão pelo direito brasileiro, na falta no ordenamento pátrio do tratamento legal correspondente.

Observe-se que outros acordos de vontade podem ter o mesmo escopo, faltando-lhes para o fim de caracterizar-se como contrato o elemento relativo à essencial patrimonialidade da relação entre as partes. Caminha-se dessa maneira para o campo do negócio jurídico. Essa é a razão pela qual discordamos do entendimento de Leonardo de Faria Beraldo, que toma a convenção de arbitragem como contrato, na sub modalidade de acessório[2].

Busquemos, por sua vez, o conceito de cláusula compromissória, entendendo-a Carlos Alberto Carmona situar-se na seara do *negócio jurídico de processual* não pertencendo, portanto, ao campo do contrato[3]. Observe-se, a propósito, que o art. 4º da nossa Lei de Arbitragem teve o cuidado de designar o instituto como uma *convenção* e não como contrato, existindo diferenças precisas entre uma e outro, apresentando a primeira diversos signficados, interessando-nos aquele que a toma como significando um ajuste ou um acordo entre partes interessadas.

Lembre-se de um princípio essencial de interpretação jurídica no sentido de que a lei não apresenta termos inúteis. Assim sendo, se o termo utilizado foi o de convenção e não o de contrato, deste não trata o art. 4º da Lei de Arbitragem.

Voltando ao ponto central da presente discussão, deveríamos ter em conta que o art. 117 da LREF designa como o seu objeto específico os contratos bilaterais. Mais ainda, ele cuidaria de um aspecto excepcional do tratamento legal dado aos acordos de vontade no âmbito da falência, não se podendo, assim, fazer-se uma interpretação extensiva. Quer dizer, o destino normal (digamos dessa forma) dos acordos de vontade na falência, exceto os contratos bilaterais seria o de sua resolução como efeito automático da sentença declaratória da falência.

Essa interpretação mostra-se coerente com esse instituto?

Observando-se o intuito do art. 43, dispositivo similar na lei anterior de falências (decreto-lei 7.661/45), Waldemar Ferreira destaca o *interesse da massa falida* como o critério sobre o qual o síndico fundaria a sua decisão de dar sequência ou não aos contratos bilaterais. Como no direito contemporâneo àquele autor não estava consolidada entre nós a teoria geral do contrato tal como a vemos hoje, não teria passado pela cabeça do legislador a ideia de construir um tratamento do tema segundo uma classificação sistemática dos acordos de vontade. Observe-se que no mesmo trecho sob análise Waldemar Ferreira assimila o ato jurídico ao contrato, tendo tomado este como o ato jurídico em sua mais alta compreensão, seguindo no caso lição de Carvalho de Mendonça[4].

Desde já se faz um alerta no sentido de que, como intérpretes da lei, não nos é permitida uma exegese anacrônica, que corresponderia aritmeticamente em atualizar institutos da lei anterior para sua aplicação à nova e vice-versa.

Passando para a leitura do mesmo tema na LREF, temos que, no referido art. 117, da mesma forma que na lei anterior, os mesmos contratos bilaterais não se resolvem pela falência, podendo ser cumpridos pelo administrador judicial se essa medida resultar em reduzir ou em evitar o aumento do passivo da massa falida ou se for necessário para a manutenção e preservação dos seus ativos, mediante autorização do Comitê de credores. Por outras palavras, deve o administrador judicial dar segmento a esses contratos no interesse da massa falida, tendo se mantido o critério anterior.

No mesmo sentido dispõe o art. 118 da LREF que pode ser dada sequência aos contratos unilaterais, no interesse da massa.

Por sua vez, *os patrimônios de afetação* (que, evidentemente, não se colocam no campo do contrato bilateral) constituídos não são atingidos pela decretação da falência, nos termos do inciso IX do art. 119 da LREF, permanecendo válidos e eficazes até o advento do seu termo ou até o cumprimento de sua finalidade. Poder-se-ia indagar se neste passo o

interesse da massa é presumido como existente ou se trata de uma escolha casuística do legislador

Quanto ao *mandato mercantil*, aquele que, segundo o art. 120 da LREF, é destinado à realização de negócios, os seus efeitos cessam com a decretação da falência, devendo o mandatário prestar contas de sua gestão. Considerando-se que esse instituto se encontra classificado como *contrato bilateral*, então o tratamento e ele dado corresponde a um expresso afastamento dos efeitos do art. 117, resolvido automaticamente pelo advento da falência, não sendo o caso de verificar se o seu prosseguimento poderia ser ou não de interesse da massa falida[5].

Outro contrato bilateral taxativamente resolvido pela decretação da falência é o de *contas correntes*, na forma do art. 121 da LREF, devendo apurar-se o respectivo saldo. Esse contrato muito em uso na atividade mercantil, não foi disciplinado especificamente pelo antigo Código Comercial Brasileiro de 1850[6], muito menos pelo CC/02, tendo sido deixado mais propriamente para a sua versão bancária (que aqui não examinaremos) que é espécie de um gênero.

Trata-se de um *contrato por meio do qual um dos contratantes remete ao outro, ou dele recebe, dinheiro ou valores não destinados a emprego determinado, mas em plena propriedade, com a só condição de ter o equivalente ao dispor do remetente, mas com obrigação do que recebe de creditá-la ao remetente, salvo regulamento por compensação, até a devida concorrência, das remessas respectivas, sobre a massa inteira do crédito e do débito*[7]. Considerando sua natureza de contrato bilateral, mostra-se aqui mais uma exceção expressa à regra do art. 117 do qual estamos cuidando neste texto.

Caminhemos em seguida para uma tentativa de solução sistemática do tema geral aqui apresentado, que é o do destino das relações jurídicas estabelecidas pelo empresário que veio a ter a sua falência decretada, devendo-se ter em vista os seguintes pontos:

1. A lei não tem um tratamento uniforme para os mesmos casos, relativos aos contratos bilaterais, apresentando-se exceções taxativas;
2. O critério da verificação da presença de interesse da massa para o fim de dar oportunidade ao prosseguimento de contratos também não é uniforme, nem sequer se dando margem a uma avaliação caso a caso;
3. Apesar de ser a LREF relativamente bem posterior no tempo à Lei de Arbitragem, aquela não tratou do tema. Disto resultaria na busca de uma solução pela identificação da natureza da cláusula compromissória que revelou não ser um contrato, mas um negócio jurídico processual.
4. Observe-se que, apesar de tudo, o interesse da massa falida tem sido um critério histórico da nossa legislação falimentar, mesmo que o seu tratamento tenha se dado de forma errática na LREF, mas que está claramente presente em seu art. 75, uma vez que ela *visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa*. Este disposto corresponderia ao guarda-chuva sob o qual deveria sempre operar a falência.

Assim sendo colocam-se três interpretações antagônicas:

I – Deve ser mantida uma *leitura fechada* do art. 117, no sentido de que o legislador cuidou somente dos contratos bilaterais e, como a convenção de arbitragem não é contrato, o advento da falência a resolveria, extinguindo-se essa jurisdição escolhida pelas partes, cujo caso deverá seguir obrigatoriamente para o Judiciário;

II – Tomando-se o *critério do interesse da massa falida*, o Administrador Judicial poderia entender em favor da validade da cláusula compromissória e da solução por arbitragem, ouvido o Comitê de Credores, o que a faria depender de um elemento externo incerto;

III – Dado o silêncio do legislador, e considerando-se que a Lei de Arbitragem (Lei Especial em relação à LREF instituiu um *negócio jurídico processual* com a cláusula compromissória, ela seria mantida independentemente de qualquer consideração, dando-se valor ao interesse da massa falida e, consequentemente, dos credores.

O leitor escolha a sua opção por sua conta e risco.

Eu gosto da solução II, mas ela carrega a arbitragem para um futuro incerto. Assim sendo eu fico com a III.

_____

1 "Teoria Geral do Contrato – Fundamentos da Teoria Geral do Contrato", em co-autoria com Rachel Sztajn, 2ª ed., rev., atualiz. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, focando-se especialmente o Cap. 4.
2 In "Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96", Ed. Atlas, São Paulo, 2014, p. 161.
3 Cf. "Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96", 3ª ed. rev., atualiz. e ampl., Ed. Atlas, São Paulo. 2009, p. 102.
4 In "Tratado de Direito Comercial", 14º vol., "O Estatuto da Falência e da Concordata", Ed. Saraiva. São Paulo, pp 511 e segs.
5 Vide a esse respeito nosso "Direito Comercial Vol. 5 – Contratos Empresariais em Espécie (Segundo a sua Função Jurídico-Econômica), em coautoria com Alexandre Demetrius Pereira, Rachel Sztajn, Renato Buranello e Renato Stephan Pelizzaro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 174 e segs.
6 Objeto de observações apropriadas por Waldemar Ferreira no Vol. 8 do seu Tratado de Direito Comercial, cit., pp. 56 e segs.
7 Cf. Waldemar Ferreira, Tratado, Vol. 8, cit., p. 59, tendo recorrido a definição de Delamarre & Lei Poitvin, "Traité de Droit Commercial", Paris, 1840, vol. III, p. 421.

Honorários contratuais e de sucumbência na arbitragem

No tocante aos interesses dos advogados patrocinadores de tais causas lembremo-nos do que diziam os antigos: o que é contratado não sai caro. E nem barato, acrescento. Sai de forma justa.

(18 de novembro de 2019)

Há alguns dias esses temas foram objeto de uma reunião do Comitê de Arbitragem do CESA, brilhantemente apresentados pelos distintos colegas Helena Abdo e Ricardo Aprigliano, sob a coordenação de Gisela Ferreira Mation e de Renato Stephan Grion. Na ocasião tive a oportunidade de suscitar alguns pontos os quais, por falta do tempo adequado, deixaram de ser mais bem discutidos e aprofundados, sugerindo-se que sejam levados para uma próxima oportunidade.

Entrementes, eu procurarei fazer algumas considerações sobre os assuntos em foco, como um ponto der partida, tendo em conta uma sempre necessária análise sistêmica.

Em primeiro lugar é sempre oportuno lembrar a natureza jurídica do direito material da arbitragem que é a do contrato, no qual é evidente a presença de direitos patrimoniais disponíveis. E ele se desdobra tanto em relação aos contratos sinalagmáticos (de prestações contrapostas), quando aos contratos associativos (de prestações convergentes para um fim comum). Não se pode tomar a arbitragem como um instituto de natureza processual porque o processo não é um fim em si mesmo. Sua natureza é instrumental. E na arbitragem ele é a expressão da autonomia privada, partindo dos parâmetros próprios da lei de Arbitragem. Estes são complementados pelo regulamento institucional quando adotam exercer o procedimento arbitral por meio câmaras arbitrais) ou *ad hoc* (quando as partes estabelecem o andamento do feito sob a sua própria iniciativa e responsabilidade. Nesses dois ambientes o Termo de Arbitragem expressa as particularidades do caso, determinando elementos complementares aos que já tenham sido contemplados pela cláusula compromissória.

Outra observação diz respeito à maneira pela qual os operadores do direito devem trabalhar com os microssistemas jurídicos. De maneira muito simples, como se sabe, vemos que o nosso modelo de direito é o romano-germânico, que o constrói na forma de uma pirâmide de base invertida, com a CF no topo, comandando, digamos assim, as leis que ficam debaixo dela, em ordem hierárquica. Mas outra imagem dessa organização legal sistemática, mesmo que imperfeita, a toma na figura de uma árvore frondosa, cheia de galhos, todos ligados ao tronco e este, por sua vez, à raiz, que é formada pela CF e pelos princípios gerais de direito. Neste caso cada galho é um microssistema relativamente fechado porque ele se comunica naturalmente com o tronco e este com a raiz, dessa forma ligado indiretamente aos demais galhos pertencentes à árvore.

Sendo assim, cada microssistema é alimentado fundamentalmente pela fonte principal, à qual se subordina e vive relativamente independente dos demais. Dessa forma, na busca da solução de determinado caso concreto, o julgador chama para si os elementos formadores do microssistema e, se esse revelar-se incompleto, toma subsidiariamente outro pertencente ao galho maior, que com ele seja compatível e aqui a compatibilidade deve ser observada com rigor para que não se dê lugar a um enxerto defeituoso, na forma de um *Frankenstein jurídico*. No sentido acima o direito processual da arbitragem é aquele que se encontra agasalhado na lei própria, como foi dito acima. Neste caso é sabidamente não aplicável de forma direta o CPC, reconhecendo-se que nele se encontram tratados os princípios gerais do processo, que também são aplicáveis ao direito arbitral, tais como o do devido processo legal, da igualdade entre as partes do contraditório, da imparcialidade, do livre convencimento. etc. Tais princípios devem ser considerados acima do texto do CPC propriamente dito, uma vez que a sua matriz é constitucional (CF, art. 5º). Assim, para aplicá-los não é necessário citar qualquer dispositivo desse *corpo oficial* de normas procedimentais. Eles são altaneiros e, em última análise, independem até mesmo de uma forma escrita.

Ora, quando se fala em honorários contratuais e em sucumbência no campo da arbitragem, eles fazem parte não do direito processual próprio, mas do direito material que forma esse microssistema e precisamos verificar se e como foram tratados esses institutos pela lei de Arbitragem e por outras fontes compatíveis, superiores ou complementares.

No sentido acima observa-se que a lei 9.307/96, em seu art. 27, estabelece que a sentença arbitral decidirá sobre as *custas e despesas com a arbitragem*, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver. Isto significa que tais custas e despesas não correspondem a um elemento essencial (portanto, inafastável) desse instituto, pois as partes podem deliberar na convenção arbitral que nada será pago a tal título. Para os árbitros que julgarão o feito, esse é o melhor dos mundos, pois deixam de ter de sujeitar-se a uma

quase certa longa e problemática discussão, que poderá levar a um resultado não unanime, não só desagradando as partes quanto ao resultado alcançado, mas, pior ainda, podendo eventualmente deixar de aplicar o melhor direito.

Por oportuno, note-se a existência de divergência na doutrina quanto à interpretação e alcance expressão custas e despesas acima referida. Para um lado ela abrangeria os honorários contratuais e os de sucumbência. Para o outro, essa interpretação estaria equivocada. Conforme Ricardo de Carvalho Aprigliano, essa distinção apresenta uma finalidade didática, sem efeitos relevantes para a discussão que ora se coloca1.

Carlos Arberto Carmona afirma que a lei de arbitragem evitou qualquer remissão às regras de sucumbência, tendo tratado o assunto ao seu ver, como cláusula facultativa do compromisso. Mesmo diante dessa omissão legal, esse autor afirma que, ausente qualquer avença entre as partes sobre a incidência de honorários advocatícios, o tribunal arbitral estaria autorizado a utilizar para tanto os parâmetros estabelecidos pelo CPC (art. 20 do CPC/73 e 85 do CPC/15)2. Trata-se segundo a minha visão de uma interpretação contraditória, destacando-se que o termo *autorizado* mostra um significado ambíguo.

Nessa mesma linha de argumentação, tendo em conta a ausência de previsão expressa na cláusula compromissória, Eduardo de Albuquerque Parente designa o art. 21, § 1º e o art. 27 da lei de Arbitragem para que, de forma conjugada, sejam utilizados pelo árbitro para o fim da fixação dos honorários de sucumbência3. Há aqui, com todo o respeito, um reparo a ser feito. Uma coisa é a lei dar ao árbitro poderes para estipular acerca do procedimento (ou seja, *como fazer andar o processo*), outra bem diferente é assumir um direito no plano material, ao condenar a parte perdedora a pagar tal verba.

O pior dos mundos para os árbitros é a ausência de tratamento do assunto na convenção de arbitragem, o mesmo acontecendo com os regulamentos sobre as quais determinado feito tramite sob os cuidados de uma câmara especializada, naquilo que se costuma chamar de *arbitragem institucional*. E acrescente-se a hipótese da existência de um desentendimento amplo verificado entre as partes no preciso momento em que celebram o termo de Arbitragem, que não concordem quanto à pretensão sobre o pagamento desses itens.

Na situação acima, ao prolatar a sentença, o tribunal arbitral corre o risco de ver sua decisão levada ao Judiciário para que, depois de prestados os esclarecimentos requeridos pela parte interessada e mantida uma decisão de não conceder honorários de sucumbência, seja julgado pedido de suprimento da aludida omissão, nos termos do art. 33, § 4º da lei de Arbitragem.

Assim sendo, se não há na lei de Arbitragem outra norma que cuide desse tema e que nem o faça o regulamento da câmara onde ela se desenvolve, caberia buscar outra fonte para suprir essa *lacuna legislativa*, se é disso que se trata. Na opinião corrente o CPC não se aplica e, portanto, não sendo necessário fazer menção dele.

A respeito da inclusão dos honorários contratuais e de sucumbência na sentença arbitral, ausente uma previsão expressa da convenção de arbitragem e nos documentos segundo as quais ela se desenvolverá, Leonardo Faria Beraldo está com aqueles que entendem dever o árbitro incluí-los em sua decisão, uma vez que eles estariam enquadrados entre as custas e despesas da arbitragem4.

Na mesma linha coloca-se Ricardo de Carvalho Aprigliano na obra citada, para quem aplica-se o estatuto da Advocacia, o qual contempla os honorários de sucumbência como uma modalidade remuneratória própria dos litígios, não estando restrito ao universo do processo estatal. No entanto, parece haver uma contradição interna no trecho citado, na medida em que esse autor, no final, afirma que na falta de acordo entre as partes acerca da incidência dos honorários, a tarefa do tribunal arbitral seria a de investigar, à luz do ordenamento aplicável à controvérsia, se incidem honorários contratuais (sempre mediante pedido) e/ou sucumbenciais e, diante das circunstâncias do caso concreto, quais os parâmetros objetivos para a sua fixação pela sentença arbitral.

A dúvida acima está em saber se a controvérsia reside na própria incidência desses honorários ou apenas quanto ao seu montante.

Em parte, nessa mesma linha de argumentação, Rafael Francisco Alves entende que se nada dispuser a convenção de arbitragem a respeito, nada impediria que o árbitro, atendendo a pedido das partes, determine o pagamento de verbas sucumbenciais, além do reembolso dos honorários advocatícios, devendo fazê-lo com parcimônia, segundo o princípio da razoabilidade5.

A hipótese acima citada é peculiar porque, mesmo no silencio da convenção de arbitragem as duas partes podem pedir a condenação da outra em honorários contratuais e de sucumbência. Entendo que se nenhuma das duas refuta o pedido da outra estaríamos dentro de uma complementação implícita daquela convenção. Mas se uma delas não faz tal pedido em seu nome e contesta o da outra (certamente poderá tal opção estar legitimamente fundada no receio de perder a causa), o ambiente não seria o de um acordo, mas de uma divergência, não cabendo ao tribunal arbitral superá-la por sua própria iniciativa.

Dessa forma, segundo a interpretação que julgo mais adequada, não existe lacuna na lei de Arbitragem quando em seu art. 27, deixa de cuidar dos honorários vertentes. Como se sabe, o silêncio tem valor em direito e se isso aconteceu deveu-se à vontade do legislador. Até mesmo muitas vezes o silencio é retumbante. Entende-se, portanto, que a lei de Arbitragem remeteu o assunto para a livre vontade das partes. Lacuna ocorre quando, ao tratar de um determinado assunto, a norma revela-se incompleta para a sua aplicação. Como a lei de Arbitragem não cuidou absolutamente do tema em apreço, logicamente não existe lacuna. Elementar, meu caro Watson, diria um Sherlock jurídico.

Pretende-se, segundo as correntes sobre a matéria, encontrar, conforme cada orientação adotada pelo intérprete, a fonte da obrigação do pagamento de honorários advocatícios contratuais e de sucumbência no recurso aos artigos 186, 187, 389, 402 e 403 e 927 do CC/2002 e o art. 22, *caput*, da lei 8.906, de 4/7/94.

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*
>
> *Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Lei 8.906/94, art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Vejamos inicialmente o último dispositivo legal acima transcrito. No caso em que se entenda tenha ele aplicação à arbitragem, mesmo no silêncio absoluto de todas as fontes que a regem em determinado caso, isto implicaria em reconhecer a existência de um direito líquido e certo dos advogados a tal verba, do que resultaria a ineficácia de cláusula compromissória que deles a afastasse. Parece-me que isso representaria uma afronta à autonomia da vontade das partes na escolha desse meio para a solução de conflitos entre elas. Ou seja, na visão ora criticada, jamais poderia se estabelecer por meio de cláusula compromissória que não caberia ao tribunal arbitral fixar honorários contratuais e de sucumbência, uma vez que tal iniciativa desatenderia o art. 22 acima citado, significando, como resultado, um ataque ao fundamento contratual da arbitragem.

Caso se tenha em conta o aspecto mandamental na arbitragem da obrigação acima surge novo problema, correspondente ao critério a ser adotado na sentença arbitral para a determinação desses honorários.

Ora, trazer para a condenação todos os valores apresentados pela parte vencedora relativa aos honorários advocatícios contratuais e despesas com pareceres, seria uma decisão que poderia representar eventualmente um encargo extremamente pesado para a devedora, tornando-a até mesmo inadimplente. Ora, poderia dizer alguém, quem entra em um contrato tem direito a todos os benefícios e está sujeito a todos os ônus, dentro de uma situação de risco, pois tal contrato se coloca no plano empresarial, na maior parte das vezes. Seria esta uma ocasião perfeita para a aplicação do princípio da função social desse instituto, segundo o art. 421 do CC/02 (não contando com a minha concordância), que impediria a uma parte levar a outra à insolvência como efeito de uma condenação vultosa em honorários advocatícios e de sucumbência e de outras despesas.

Seria em tal circunstância, então, cabível ao tribunal arbitral, fixar esses critérios de acordo com algum parâmetro de razoabilidade? Lembre-se o leitor que a hipótese com a qual estou trabalhando é a de omissão desse tema na convenção de arbitragem e nos demais documentos pertinentes. Se é para se recorrer ao art. 22 supra, ele não admite flexibilidade, tal como se apura pela sua leitura pura e simples, não permitida interpretação diversa, dado faltar espaço para uma exegese razoável, que seria de natureza subjetiva.

Ficaríamos, portanto, diante de um impasse: condenação em honorários segundo um montante incompatível com o porte da parte perdedora, disto decorrente o risco de tornar-se insolvente, vindo ela eventualmente a desaparecer do mercado, deixando de prestar uma função social de geração de empregos e de enriquecimento da economia como um todo.

Mas, deixando de lado esses argumentos de natureza axiológica, para mim a solução cabível, conforme a lei de Arbitragem (tomada sob esse aspecto como um microssistema fechado), é no sentido de que, diante do silencio das partes, não cabe ao tribunal arbitral fixar em sua decisão honorários contratuais e de sucumbência. E, em tal caso se estaria no campo da liberdade contratual, resultante simplesmente de uma escolha das partes, não cabendo ao tribunal arbitral fazer uma interpretação subjetiva desse silêncio, ao procurar ver nas entrelinhas do caso concreto, na falta de tutela desse tema na convenção de arbitragem, a presença de uma omissão ou de um desentendimento entre aquelas, a ser suprido pela sentença.

Reforce-se aqui a noção: o regime legal da arbitragem no Brasil é autossuficiente, em termos quase que absolutamente estritos, regulado no campo do contrato. Essa bolha (recorrendo ao termo referido por Ricardo de Carvalho Aprigliano, já citado) teria lugar tão somente nas situações de lacunas e recorrendo-se a normas hierarquicamente superiores à lei 9.306/96, não se podendo recorrer àquelas de natureza paralela. Ou seja, do galho da árvore jurídica, em escala ascendente, para o tronco e deste para a raiz, e não de um galho para o outro.

Portanto, em sede de arbitragem, não se aplicaria o art. 22 da lei 8.906/94, perdoem-me os caros colegas causídicos. Para dar atendimento aos seus interesses legítimos, devem estabelecer com os seus clientes o pagamento dos seus honorários, de forma independente do resultado do feito.

Para José Roberto de Castro Neves (depois de haver cuidado do respeito à plena autonomia das partes sobre esse assunto) não existe na lei arbitral brasileira qualquer determinação sobre o tratamento a ser dado aos honorários advocatícios na sucumbência. Esse teria sido o efeito de uma solução inteligente e pensada do nosso legislador pátrio. Para esse autor, dado que a lei de Arbitragem não menciona a sucumbência dos advogados, diante do silencio das partes o tribunal arbitral não está autorizado a estabelecer esse ônus6.

O mesmo autor, produzindo um argumento no campo do processo, alega que o impedimento do árbitro em condenar a parte na sucumbência quando para tanto não autorizado, encontra-se no campo da inércia. Neste caso um julgamento condenatório nessa área seria caracterizado como *extra petita.*

Duas outras abordagens podem ser feitas quanto aos demais dispositivos legais acima referidos, devendo ser examinados do ponto de vista do ato ilícito e do descumprimento de uma obrigação pela parte perdedora.

Do ponto de vista da realidade, danos podem resultar tanto da prática de ato ilícito, como do descumprimento de uma obrigação. No caso de ato ilícito, nos termos dos arts. 927 e 186 do CC/02, cabe ao agente indenizar a vítima. Observe-se que nas normas em questão não há referência aos honorários contratuais e de sucumbência. Quanto ao primeiro caso há decisões do STJ segundo a qual honorários advocatícios contratuais integram o montante das perdas e danos materiais7. E aí, voltamos ao mesmo problema acima alvitrado, tratar-se-á do montante total dos ditos honorários contratuais ou do montante que razoavelmente venha a ser determinado na sentença arbitral?

No caso acima há uma solução pelo recurso ao art. 402 do CC/02, no sentido da fixação de honorários contratuais dentro de um patamar de razoabilidade, a ser identificada no caso concreto pelo tribunal arbitral. E, sendo assim, os honorários de sucumbência não são alcançados por essa norma. Mas, destaque-se, fazendo parte do título IV do Livro I da parte especial do CC/02, o art. 402 em foco tem lugar tão somente no plano do descumprimento de uma obrigação, não cabendo ser utilizado quando se está diante de um ato ilícito.

Mas o alcance do disposto no art. 402 é, por sua vez, limitado pelos termos do art. 403, segundo o qual*, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato*. Dessa forma somente caberia ao tribunal arbitral condenar a parte perdedora em honorários contratuais, uma vez considerados como integrantes dos prejuízos efetivos experimentados pela parte vendedora o que, convenhamos, corresponde a uma interpretação bastante livre e abrangente desse dispositivo. Isso porque um prejuízo decorrente de quebra de obrigação contratual dificilmente poderia ser entendido como integrado por futuros honorários contratuais dentro de uma arbitragem.

Como se verifica, a pretexto de uma conclusão sujeita a chuvas e trovoadas, além de se dever considerar a lei de arbitragem como autossuficiente nessas matérias, respeitando-se a sua especialidade como um microssistema jurídico, a solução de não extravasar os seus limites no silêncio da cláusula compromissória e das demais fontes aplicáveis traz maior segurança e certeza para os operadores desse ramo do direito, especialmente para os árbitros e para a sentença por eles proferidas. No tocante aos interesses dos advogados patrocinadores de tais causas lembremo-nos do que diziam os antigos: *o que é contratado não sai caro*. E nem barato, acrescento. Sai de forma justa.

_____

1 - Vide entre outros, de José Rogério Cruz e Tucci, *"Fixação dos Honorários Advocatícios de Sucumbência no Processo Arbitral",* in Consultor Jurídico de 03.09.2019; e Ricardo de Carvalho Aprigliano, in *"Alocação de Custas e Despesas e a Condenação em Honorários Advocatícios Sucumbenciais em Arbitragem",* "20 Anos da lei de arbitragem", pp. 667 e segs.

2 - In *"Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96",* Ed. Atlas, São Paulo,

3 - In *"Processo Arbitral e Sistema",* coord. de Carlos Alberto Carmona, Ed. Atlas, São Paulo, 2012, p. 296.

4 - In *"Curso de Arbitragem na Lei 9.307/96",* Ed. Atlas, São Paulo, 2014, p. 344.

5 - Cf. "*Sentença Arbitral", in "Curso de Arbitragem",* coordenado por Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 275.

6 - In "20 Anos da lei de arbitragem", pp. 639 e segs.

7 - Cf. AResp nº 809.029/SC, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin: 1. O STJ já se manifestou no sentido da possibilidade da inclusão do valor dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais. Precedentes: AgRg no AREsp 606.676/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma; AgRg no REsp 1.312.613/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma; AgRg nos EDcl no REsp. 412.965/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma; REsp 1.134.725/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma.

II) BANCÁRIO - MOEDA E CRÉDITO

BRONCA DE NOIVA E OS SETE ASNÕES

Ou

A História de Como Sete Asnões Mataram Sete Galinhas dos Ovos de Ouro

(27.02.2013)

Pequena introdução

Nos últimos dois anos quebraram sete bancos no Brasil, tendo as causas se caracterizado, fundamentalmente, como de gestão fraudulenta. O mercado anda desconfiado que o Banco Central não exerceu com eficiência o seu papel de agente fiscalizador, razão pela qual as fraudes naquelas instituições financeiras floresceram durante algum tempo até que a tampa da panela de pressão explodiu e todo o seu conteúdo se espalhou no meio financeiro. Esta pequena fábula pretende ilustrar a situação apresentada e, como em toda alegoria, certas personagens não existem no mundo real e outras foram adaptadas no seu papel e seus nomes foram mudados. Mas todo mundo sabe que são. Bom divertimento.

Nota - Desde que esse texto foi escrito não ocorreram quebras significativas de instituições financeiras no nosso mercado que, salvo chuvas e trovoadas inesperadas, encontra-se estabilizado e seguro. De qualquer maneira, as observações que foram feitas mantêm a sua atualidade e importância.

A fábula

Bronca de Noiva está uma fera. Não dá nem para chegar perto dela porque sobra desaforo para todo mundo. Afinal de contas, Sete Asnões mataram sete maravilhosas Galinhas dos Ovos de Ouro do Seu Galinheiro Real e isto não está pegando bem junto à Confraria do Mercado, especialmente fora dos limites do reino.

O reinado andava em paz depois que a praga da Bruxa da Crise Malvada de 2008 não afetou muito as finanças. Mesmo que não tenha sido somente uma *marolinha*, deu para equilibrar as coisas e, por sorte, a Confraria do Mercado não tinha muitos outros lugares onde arriscar o seu rico dinheirinho.

A criação de Bronca de Noiva era muito especial. Suas galinhas botavam um ovo de ouro cada uma, por dia, sem falha. Sua produção era tão certa como as horas de um bom relógio

suíço (aqueles da Suíça, não da 25 de Março). Para se ter uma ideia de como as coisas eram por aqui, em outros reinos, cada galinha só botava, no máximo, um ovo de ouro por semana. Ninguém batia pelo mundo afora a produção das galinhas de Bronca de Noiva. Acontece que o galinheiro havia crescido tanto que Bronca de Noiva teve de abrir franquias porque não dava conta sozinha do atendimento do mercado. Assim, ela abriu a possibilidade à Confraria do Mercado para que esta entrasse direto no ramo da criação daquelas galinhas.

Quem escolhia os franqueados era o antigo Caçador, que agora tinha o título de Autorizador e Fiscalizador Mor do Reino e os critérios para a escolha eram a grana dos interessados e a sua fama de bons criadores de galinhas de ouro. Mas parece que o Caçador não deu boa conta do recado e deixou que entrassem no mercado alguns Asnões que não sabiam como criar galinhas dos ovos de ouro e que também não sabiam muito bem a diferença entre o dele$ e o no$$o. Além disto, o Caçador deixou a coisa correr meio solta, sem tomar conta direito dos franqueados.

Os Sete Asnões desastrados tiveram uma boca maior do que o seu estômago. Podiam ter continuado numa boa, a cada dia recolhendo um ovo de ouro de suas galinhas e repassando para Bronca de Noiva a parte que lhe era devida. Mas não, um ovo de ouro por dia não era suficiente. Aí eles começaram a dopar as galinhas com alguns produtos que eles mesmos inventaram, entre os quais uns tais de *milhos derivados*, que no começo faziam as galinhas dispararem a produção de ovos de ouro, um atrás do outro, enchendo os cestos. Mas, sem muita demora, a qualidade começou a cair e, de ouro 24, as galinhas passaram a fornecer ouro 18; de 18 para 14; e de catorze para zero. E, o pior de tudo, é que os ovos começaram a ficar ocos, com somente uma casquinha de um dourado ralo.

Diante do estrago representado pela produção de poucos ovos ocos, os Sete Asnões resolveram enganar a Confraria do Mercado, fabricando ovos de papelão, pintados de dourado, os quais vendiam àquela com grande desconto. No começo até que o logro funcionou, mas a Confraria do Mercado logo começou a perceber a fraude e deixou de fazer negócio com os Sete Asnões. Quem descobriu que havia sido enganado, ficou quietinho e tentou passar adiante o *mico*, digo os ovos de ouro, mas um dia a cascata terminou mesmo, de verdade.

Bronca de Noiva soube que, enquanto isto acontecia, o Caçador, que morava lá na Ilha da Fantasia, se contentava com os relatórios mandados pelos Sete Asnões por pombos correios, tendo deixado de fazer visitas periódicas diretas aos galinheiros. Boa parte daqueles relatórios era *para inglês ver*, mas o Caçador não se deu conta disto.

Tudo foi descoberto quando os Sete Asnões não tinham mais dinheiro para a compra de milho. As galinhas enfraquecidas e sem comida foram morrendo e a produção se acabando. Foi aí que o Caçador acordou e fez intervenções naqueles galinheiros. Tentou até curar algumas galinhas com a ajuda do Galo Garantia, mas não deu mesmo. Elas estavam irremediavelmente fracas e ninguém mais aceitaria os seus ovos, pois a fama de ovos ocos pegou de vez. O jeito foi minimizar o prejuízo dos compradores dos ovos falsos e fechar aqueles sete galinheiros, com grande prejuízo.

Depois que Bronca de Noiva deu uma bronca para valer no Caçador, este resolveu que as coisas iam mudar nos galinheiros. Além de pombos correios, ia começar a colocar uns cães de guarda dentro deles para tomarem conta dos franqueados e acabar com aquela farra dos Sete Asnões. O caçador afirmou que a casa agora estava em ordem.

Mas a Confraria do Mercado está ressabiada. Será que não tem ainda algum Asnão com um galinheiro cheio de galinhas de ovos ocos? Por via das dúvidas, a Confraria anda cobrando

mais caro pelo milho e está diversificando um pouco os seus investimentos, operando um pouco mais do lado de fora do reinado de Bronca de Noiva.

Parece que a história não termina por aqui.

BRONCA DE NOIVA E OS SETE ASNÕES: O RETORNO

(14.08.2014)

A fábula jurídica *Bronca de Noiva e os Sete Asnões ou Como Sete Asnões Mataram Sete Galinhas dos Ovos de Ouro* (Migalhas de 27.02.2013), causou alguma perplexidade entre muitos leitores, que imaginaram interpretações diversas da proposta deste modesto contista, inclusive achando que ela tratava do *Mensalão*. Embora nossa fábula também apresente ingredientes de fraude, ela cuida fundamentalmente de outra coisa.

A chave está em saber que se tratava dos últimos sete (por enquanto, toc, toc, toc, na madeira) pequenos bancos que quebraram no Brasil. Chamados jocosamente no mercado não de bancos, mas de *tamboretes,* sua *débâcle* (esta foi tirada do baú de velharias) deveu-se a fraudes praticadas por seus donos, os *Sete Asnões*.

Asnões porque, mesmo que pequenos, convenhamos, levar um banco à quebra não é tarefa fácil. É preciso fazer besteira muito grossa mesmo. Na lista dos tipos de negócio que dão dinheiro sozinhos os bancos estão em quarto lugar, depois de petróleo, petróleo e petróleo.

Mas então, como foi que os Sete Asnões conseguiram a façanha de levar os seus bancos para o buraco e como ninguém percebia isto?

Descobriu-se que depois de bastante esforço realizando negócios temerários e desviando os recursos das suas instituições elas finalmente quebraram, sendo que o Caçador percebeu que vinha sendo enganado há bastante tempo. Caros leitores, o Caçador é o Banco Central do Brasil - BCB. E aí o resto fica fácil de adivinhar, sendo livres os leitores para interpretarem a história com certa licença poética e entenderam quem são as outras personagens.

Tanto o Caçador quanto as auditorias independentes desde bastante tempo andavam acreditando na ficção de que o que está no papel sempre corresponde à verdade. O papel foi substituído por bits eletrônicos, mas a fé continuou a mesma. Ora, desde que o primeiro falsificador inaugurou o seu *métier* (esta também é boa) e isto deve ter acontecido no tempo da escrita em pedra, sabe-se que a representação gráfica da mensagem corresponde apenas a uma presunção de verdade, e muito pouco *juris tantum,* diz a experiência.

Todo o sistema vinha funcionando pela verificação dos dados enviados pelos próprios auditados/fiscalizados, na inocente presunção de que eles representam a verdade. Quando muitas quebras ocorreram, viu-se que o sistema acima era uma doce ilusão, como se descobriu muitas vezes, o que não é de agora. Basta lembrar o escândalo que envolveu a empresa americana Enrom ocorrido em 2001, que, entre outros efeitos enterrou a Arthur Andersen, uma das antigas *Big Five* do ramo de auditoria, que se transformaram em *Big Four*, por enquanto. No

Brasil ficou famosa a fraude descoberta no Banco Nacional, cujos livros escondiam sete mil contas fantasmas, nas quais haviam sido contabilizados depósitos inexistentes, a enfeitarem os seus balanços.

Pegados recentemente no contra-pé das quebras dos Sete Asnões, as auditorias e a fiscalização andaram dizendo que sua técnica de abordagem não estava voltada para identificar fraudes, que seu foco era outro, havendo se esquecido de lições antigas e recentes e, quando os fregueses começaram a capengar e sua situação foi revelada, já era tarde, tratava-se de infecção generalizada.

No sentido acima, no final de outubro de 2012, o BCB veio a público afirmar, mas sem dar muitos detalhes à época, que ampliaria a área de controle de ações ilícitas e fiscalizaria questões além dos balanços das instituições. Para o BCB a análise abrangeria o comportamento dos bancos e compará-los entre si. *"Vamos incrementar a área de supervisão de conduta, aperfeiçoar a capacidade de avaliar as instituições financeiras, mesmo nas situações em que não há problemas econômicos",* informou o órgão ao site de VEJA. Ainda de acordo com o BCB, novas ferramentas estariam em desenvolvimento para aprofundar as avaliações de banco de dados e detecção de fraudes. ("Veja", Seção de Economia, 4.11.2012).

As declarações acima significam dizer que a fiscalização daquele Órgão estava operando de forma principalmente *burocrática*, sem uma preocupação maior com a prática de fraudes dentro das instituições financeiras sob a sua tutela.

De outro lado, a *Confraria do Mercado* (os investidores e depositantes em geral) andava docemente iludida, achando que o Caçador estava atento ao quadro como um todo e não apenas preso ao *script* elaborado e enviado pelos próprios Asnões. Ou seja, como diria o famoso George Akerlof, uma modalidade grave de um caso de assimetria de informação.

Não, não se pode confiar nos auto-lançamentos: *Isto não se faz, Arnesto*, já dizia o famoso letrista, voltando de uma roda de samba frustrada. *Era preciso botar um recado na porta*: da próxima vez, a gente não acredita no que você diz, pois vamos fiscalizar *in loco*. Mas aí *Inês já era morta* e os credores prejudicados tiveram de salvar o que foi possível, tratando de serem menos crédulos no futuro.

O Caçador prometeu que agora tudo será diferente. Esperemos que sim, reconhecendo que sua tarefa é árdua e que alguns peixes poderão sempre escapar da rede. Mas não como regra e sim como exceção, pois o radar do Caçador deverá estar preparado para identificar até mesmo o avião invisível, o *Stealth* das demonstrações financeiras.

CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO

(10.01.2011)

Introdução

Ao apagar das luzes de 2010 o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva promulgou a MP 518/2010, de 30 de dezembro, que criou o "*Banco de Dados com Informações de Adimplemento*

para Formação de Histórico de Crédito" (o chamado "Cadastro Positivo de Crédito), que já vinha sendo objeto de longa e até então frustrada expectativa pelos agentes do mercado de crédito e pelos bons pagadores.

NOTA – Sobre o assunto vide a LC 166/2019, o Dec. 9.936/2019 e a Resolução CMN 4.737, de 31.07.19, tendo o cadastro entrado em vigor em 11.01.2020.

A busca por este instrumento é de duplo interesse: dos fornecedores de crédito e das pessoas que integrarão tal banco de dados porque as informações sobre a qualidade de adimplentes resultarão em maior segurança nas operações financeiras, pois o risco revelar-se-á menor do que aquele simplesmente demonstrado pela inexistência de inadimplementos na vida pregressa do interessado. Decorre, portanto, que os adimplentes deverão ser recompensados com juros menores nas operações que vierem a celebrar no mercado.

Duas observações jurídicas iniciais. Primeiramente, ainda que o referido cadastro seja a concretização de um longo trabalho de convencimento de sua oportunidade e interesse geral, não se justificaria enquadrar-se nas hipóteses constitucionais próprias das medidas provisórias, por não preencher os seus pressupostos legais.

Em segundo lugar, a matéria fugiria à competência do Presidente da República, uma vez que ela teria sido reservada ao Conselho Monetário Nacional, de acordo com o teor do art. 4°, VI da Lei 4.595/1965, que cuida da disciplina do crédito em todas as suas modalidades. Em tal disciplina estaria incluída a criação de um cadastro destinado a criar melhores condições para a concessão de crédito. De acordo com o caput do mesmo artigo 4º, ao Presidente da República incumbiria tão somente traçar diretrizes sobre a matéria e não normatizá-la diretamente.

Lembre-se que alterações na Lei 4.595/1964 somente podem ser feitas por lei complementar, qualidade segunda a qual ela foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Observe-se que têm sido notadas resistências à criação deste cadastro segundo a visão de alguns consumeristas, pois, segundo alegam, ele viria a criar uma inaceitável distinção entre bons e maus pagadores, que seria ilegal por ferir o princípio da igualdade. Trata-se de uma interpretação completamente inadequada da estrutura do direito do consumidor. Se estes podem ficar sujeitos a um cadastro negativo, que aponta os maus pagadores, porque os consumidores adimplentes não poderiam ser favorecidos com um cadastro que refletisse esta qualidade perante os fornecedores de crédito? Além disto, um cadastro negativo tão somente é completado por um positivo, sem prejuízo recíproco, pelo contrário.

Pensar na forma acima representa uma cultura maléfica que tem sido sistematicamente implantada neste país em diversos setores, correspondente à idéia de que se deve sempre *nivelar por baixo*.

1) **A Estrutura do Cadastro Positivo de Crédito**

Os elementos fundamentais do cadastro em apreço são os seguintes:

a) Abrange pessoas naturais e jurídicas

b) Refere-se ao seu *histórico de crédito*;

c) Está correlacionado ao direito do consumidor, quando for o caso;

d) Objetivo de subsidiar a concessão de crédito, relacionada com risco financeiro;

e) Será administrado por pessoa jurídica responsável, na qualidade de gestor, que passará a receber as informações correspondentes sem a necessidade de autorizações individuais dos cadastrados para cada nova informação;

f) As fontes de informação serão todos os concedentes de crédito, sejam ou não instituições financeiras;

g) A inclusão no cadastro **depende de autorização específica do interessado, que pode ser revogada a qualquer momento**. Este consentimento deve ser devidamente informado, ou seja, demonstrado por meio de assinatura do cadastrado em instrumento específico ou em cláusula apartada.

h) Terão acesso às informações todos os concedentes de crédito (consulentes);

i) As informações deverão ser objetivas (descrição de fatos, sem juízo de valor); claras (devem proporcionar imediato entendimento); verdadeiras (exatas e completas); e de fácil compreensão (devem assegurar pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados correspondentes);

j) São proibidas informações excessivas (desproporcionais ou não vinculadas ao objetivo específico de análise de crédito); sensíveis (pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas, filosóficas e pessoais ou quaisquer outras que possam afetar os direitos de personalidade dos cadastrados);

k) O cadastrado terá acesso gratuito ao sistema, com direito de impugnar informações que entender errôneas, sendo-lhe dado conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

l) Um dos pontos mais importantes do sistema diz respeito à utilização dos dados, limitada tão somente à finalidade de sua criação, do que decorre naturalmente ser absolutamente proibida a comercialização de tais informações junto a terceiros. Neste sentido, o compartilhamento de informação de adimplemento somente será permitido se o cadastrado der autorização expressa para tal finalidade;

m) Informações sobre adimplemento do cadastrado perante fornecedores de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações dependerão de autorização específica. Esta restrição decorre do entendimento de que esses bens integram o patrimônio da dignidade pessoal das pessoas, havendo, conforme jurisprudência que pode ser facilmente coletada, quem conteste até mesmo o direito do fornecedor de cortar a prestação correspondente diante do inadimplemento do usuário. Mas se trata

eventualmente de um dado importante, na medida em que tal restrição pode gerar um comportamento oportunístico dos cadastrados, que assim recebem um incentivo para não pagar, quando deveria ser o contrário.

n) Estão proibidas anotações de informações sobre serviço de telefonia móvel, o que é estranho, considerando que tem sido notado sensível grau de inadimplemento nesta área, relativamente a valores elevados.

o) As instituições financeiras não poderão impedir, limitar ou dificultar a transmissão de informações bancárias dos seus clientes a bancos de dados, o que tem um sentido válido de permitir a migração de clientes de uma instituição para outra que lhes conceda melhores condições operacionais.

Conclusão

Trata-se de um instrumento extremamente útil e muito esperado pelos dois lados das operações de crédito. Certamente surgirão resistências à sua criação, que não deverão chegar a alcançar resultados prejudiciais ao regime do cadastro positivo de crédito.

Mas espera-se que os clientes venham a ser efetivamente beneficiados com esta novidade, pela redução das taxas de juros que têm sido cobradas sobre o fundamento de deficiências no sistema informacional de crédito e o corte sensível no valor das famigeradas *taxas de abertura de crédito*, que seguidamente esfolam os clientes, mesmo quando fazem uma simples renovação de operação que vem sendo praticada há anos entre as partes.

O cadastro positivo não é negativo

(20.06.2011)

No último dia 9 deste mês foi aprovada a lei 12.414, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de história de crédito. Trata-se da lei que criou o chamado cadastro positivo de crédito.

O fundamento desse cadastro está em fazer verdadeira a teoria econômica que interpreta a taxa de juros das operações de crédito como o resultado da conjugação de três fatores, prazo, risco e garantia. Assim sendo, aplicam-se os seguintes efeitos dos fatores em questão: (i) quanto maior o prazo, maior o risco e, dada a mesma garantia, será mais elevada a taxa de juros; (ii) quanto maior o valor da operação, maior o risco e, dada a mesma garantia, mais elevada será a taxa de juros; (iii) quanto maior o risco, considerados o mesmo prazo e a mesma garantia, mais elevada será a taxa de juros; (iv) quanto mais segura a garantia, mantidos os demais fatores, menor será a taxa de juros; etc.

Ora, o grau de risco decorre, entre outros elementos, da assimetria de informações entre o banco e o cliente. Este conhece o seu histórico financeiro muito melhor do que aquele. Até o advento deste novo cadastro (cuja implementação ainda depende de certas medidas a serem adotadas), os bancos tinham como fonte de informações sobre os

devedores os chamados cadastros negativos, que apontam as pessoas e empresas que se tornam inadimplentes no mercado e que assim se mantém sem o pagamento do que devem, ou que são forçados a pagar pelos meios judiciais à disposição do banco. Isto, evidentemente, acarreta um ônus financeiro adicional para o credor, que na maioria dos casos não é coberto pelos valores que consegue receber, se consegue.

De outro lado, os bons pagadores têm sido nivelados por baixo, isto é, por mais que tenham cumprido suas obrigações creditícias por anos e anos a fio, eles têm sido classificados na mesma condição dos devedores que criaram dificuldades sistemáticas no pagamento de suas obrigações, mas que, em dado momento, nada devem. Nesta situação seus nomes não aparecem nos cadastros negativos, ao menos depois de passado um determinado período de tempo dentro do qual a sua ficha fica limpa.

Ora, se os bancos passarão a receber depois de implementado o cadastro positivo, as informações sobre os bons clientes, é natural (falando do ponto de vista econômico) que as taxas de juros que serão praticadas em relação a eles venham a se colocar em patamares mais baixos do que as dos devedores cujos nomes constam dos cadastros negativos ou constaram em certas oportunidades.

A dúvida dos críticos dessa nova fonte de informações é precisamente esta, será que os bancos irão, mesmo, reduzir as taxas de juros para os bons pagadores, ou isto não passaria de mera bisbilhotice, que ajudaria os bancos na concessão de crédito, sem um resultado recíproco para seus clientes? Não se vê porque o benefício da informação gerada pelo cadastro positivo não venha a acontecer. A ideia de que os bancos são um tipo de bicho papão que devora seus clientes não corresponde à verdade.

Ninguém discute que as taxas de juros no Brasil são muito elevadas sob um ponto de vista relativo. Mas existem fatores externos aos bancos para esta situação, conforme se pode verificar pelas conclusões de estudos que têm sido feitos de forma sistemática pelo Banco Central do Brasil ao longo dos últimos anos. Estes fatores são, basicamente, a taxa básica da economia (taxa Selic) e a tributação das operações de crédito. Outro fator externo é a alegada falta de concorrência no mercado bancário. A ideia é que se mais bancos estivessem operando no mesmo mercado, disputando entre si a oferta de moeda, de um lado os agentes superavitários (depositantes e investidores) ganhariam mais e, do outro, os agentes deficitários (tomadores de empréstimos) pagariam menos. Tem sua lógica, como diria alguém, mas isto não prejudica o benefício a ser trazido pelo cadastro positivo.

Fatores internos aos bancos são também computados como o custo operacional (extremamente elevado), o risco e o lucro. É, o lucro! Por mais que se possa pensar o contrário (conforme a doutrina canônica da usura que ainda permeia algumas cabeças não pensantes no Brasil), o uso do dinheiro alheio deve ser remunerado, no mínimo a título de custo de oportunidade, pois o seu dono, se perceber que não receberá os juros correspondentes, irá certamente procurar outra freguesia, o que não seria nada bom para o mercado como um todo.

Vista por um ângulo muito simples, a taxa Selic funciona assim: em tese os bancos poderiam escolher aplicar todo o seu dinheiro em títulos do governo, cujo nível de risco é considerado zero (não haveria qualquer risco). E a rentabilidade seria no momento de 12,25% ao ano. Considerada uma inflação de 4,25% ao ano, o ganho líquido (fora a tributação), seria de 8% ao ano, muito mais do que paga o mercado internacional. Observe-se que, depois da última crise financeira global (aquela do subprime), a taxa básica da economia nos Estados Unidos da América é praticamente zero. Isto mesmo, zero! Entre

outros motivos, esta é uma razão pela qual o mercado financeiro brasileiro está sendo inundado de bilhões de dólares anualmente. Sendo investimento especulativo, isto não é nada bom para a nossa combalida economia.

Assim sendo, o cadastro positivo certamente passará a ser uma ferramenta importante para que as taxas de juros venham a premiar os bons clientes.

A matéria merece outros desdobramentos, com os quais desde já ameaçamos o prezado leitor para outra e breve oportunidade.

A LETRA FINANCEIRA SUBORDINADA PERPÉTUA

(Com Rachel Sztajn)

- 17 de janeiro de 2019 -

Notícias recentes da imprensa especializada dão conta do expressivo crescimento das letras financeiras subordinadas perpétuas, já contadas na casa de alguns bilhões de reais, destacando-se a informação de que este fato se deve a uma demanda provocada por gestores de fundos de investimento à procura de papéis com prazo maior de vencimento e retorno mais bem remunerado[1].

Como pode ser inferido em vista da procura por nova opção para investimento pelos interessados, existe elevadíssimo nível de recursos que formam uma poupança em busca de aplicação dos recursos correspondente, aplicada em fundos de investimento. E estes, por seus gestores, têm entendido que uma alternativa aceitável se encontra nas letras financeiras, especialmente as subordinadas perpétuas.

No mercado em geral e no brasileiro em particular não existe uma aplicação perenemente classificada como a melhor entre todas as disponíveis. Tudo depende do momento econômico macro em que se encontre determinado mercado. O fato de que, em dadas circunstâncias, um determinado tipo de investimento se mostre como o *queridinho do momento*, isto não significa dizer que mais adiante no tempo ele não seja traído por outro namorado mais atraente. Os fatores em jogo são diversos, tais como inflação, taxa do dólar, nível econômico, taxa de desemprego, risco político, segurança, presidentes Trump e Maduro, etc. Investidores pesarão todos eles para se decidir em favor de uma operação mais segura e que pague menos, ou outra do tipo pule da ponte e veja o que acontece: lá embaixo encontrará a morte ou um baú de esmeraldas.

Façamos uma comparação. Quanto à caderneta de poupança, ela permite a realização de operações de longo prazo, tendo sido entre nós a fonte principal do financiamento imobiliário. Isto porque, ainda que o corpo de depositantes se altere ao longo do tempo, a massa de recursos tente a aumentar ou, no mínimo, manter certa estabilidade no seu volume, conforme se tem verificado historicamente. O exame dos saldos anuais em aplicações dessa espécie mostra que, como todos os tipos de problemas da economia brasileira, somente em dois exercícios dos governos do PT o resgate foi maior do que os depósitos.

No tocante às letras financeiras elas já nascem com prazo mínimo de vencimento de um ano[2]. Destacamos aqui as *perpétuas*, isto é, sem vencimento designado, vindo a extinguir-se por exemplo, como veremos, pela própria extinção do emissor. E quanto a este, sendo um banco, a questão que se coloca está na dúvida sobre sua existência ao longo das eventuais décadas de maturação das letras financeiras por eles emitidas, atuantes em um mercado dotado de elevada instabilidade. Por melhores que sejam as análises sobre as perspectivas da economia, o *futuro a Deus pertence*, como costumava dizer alguém. Lembre-se de que há pouco mais de dez anos ninguém imaginava que podia surgir uma crise financeira global capaz de quebrar **bancos grandes demais para quebrar**.

Em todo o caso, tem-se como estabelecido que o mercado financeiro brasileiro se encontra em estado de grande estabilidade e que os bancos de maior parte que desapareceram na década de oitenta tiveram como causa desmandos praticados pelos controladores, o que certamente não acontecerá com as instituições de grande porte em funcionamento no Brasil na atualidade.

Abrindo parênteses, sabe-se que na velha *city* londrina foram realizados investimentos de até cem anos de prazo. Afinal de contas, de acordo com os enciclopedistas, o conhecimento humano havia chegado ao seu auge e a estabilidade britânica do *Império sobre o Qual o Sol Jamais* se punha permitia esperar que as circunstâncias econômicas permanecessem quase eternas, permitindo operações que poderiam ser hoje consideradas como *matusalenianas*.

Voltando ao nosso tema, é notório que sempre haverá ao mesmo tempo todo o tipo de investidores, afirmando-se desde logo que, pelas características da letra financeira, que ela não se prestará ao dinheirinho da vovozinha que vive da pensão do falecido. Neste caso nada melhor do que a velha e conhecida caderneta de poupança.

Vejamos como foi estabelecida a regulamentação da letra financeira e qual é a sua natureza jurídica, para o fim de tirarmos algumas conclusões sobre as obrigações e direitos dos participantes da cadeia de sua criação, emissão e aquisição.

Tais títulos foram criados inicialmente pela medida provisória 472, de 15/12/09 convertida na lei 12.249, de 11/6/10. Posteriormente sobreveio a MP 608, convertida na 12.838, de 9/7/13. O art. 10 desta, por sua vez, deu nova redação à lei 12.249, de 11/6/10, na qual se estipulou o tratamento da letra financeira (esta última lei foi o resultado da conversão da MP 472/09.

Os **elementos essenciais da LF** são (arts. 38 a 43 da lei 12.249):

(i) Título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação;

(ii) Emissão exclusivamente sob a forma escritural, mediante registro em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo BCB, com as seguintes **características**:

(a) denominação letra financeira;

(b) o nome da instituição financeira emitente;

(c) o número de ordem, o local e a data de emissão;

(d) o valor nominal;

(e) a taxa de juros, fixa ou flutuante, admitida a capitalização;

(f) a cláusula de correção pela variação cambial, quando houver;

(g) outras formas de remuneração, inclusive baseadas em índices ou taxas de conhecimento público, quando houver;

(h) a cláusula de subordinação, quando houver;

(i) a data ou as condições de vencimento;

(j) o local de pagamento;

(k) o nome da pessoa a quem se deve pagar;

(l) a descrição da garantia real ou fidejussória, quando houver;

(m) a cláusula de pagamento periódico, quando houver;

(n) a cláusula de suspensão de pagamento da remuneração estipulada, quando houver;

(o) a cláusula de extinção do direito de crédito representado pela letra financeira em ações da instituição emitente, quando houver.

(iii) Natureza de título executivo extrajudicial, que pode ser executado independentemente de protesto, com base em certidão de inteiro teor dos dados informados no registro, emitida pela entidade administrativa do sistema correspondente.

Na dependência dos critérios de remuneração, pode gerar valor de resgate inferior ao valor de sua emissão.

A **transferência de titularidade** da letra financeira efetiva-se por meio do sistema autorizado pelo BCB, que manterá registro da sequência histórica das negociações. Esse registro deverá conter todas as características mencionadas acima e as condições negociais que disciplinarão sua conversão, caso emitida com a cláusula relativa à extinção do crédito a ela referente.

Uma questão se apresenta em relação à qual as normas aplicáveis à letra financeira são silentes. É o caso de que, como título de crédito nominal a sua transferência somente se operaria mediante endosso feito pelo titular, como ocorre com qualquer título de crédito, da mesma forma como o endosso próprio para o fim de utilizar-se a letra financeira como garantia. Neste sentido, o registro de que fala a lei teria tão somente o efeito do estabelecimento de um contrato quanto ao histórico das negociações para efeito de segurança quanto à sua circulação do mercado.

Poderá ser estabelecido como **condições de vencimento** da letra financeira, o **inadimplemento da obrigação de pagar a remuneração** ou a **dissolução da instituição emitente**, caso em que ambas as condições deverão constar no título.

Será considerada **extinta a remuneração referente ao período da suspensão do pagamento** levada a efeito pela cláusula de suspensão do pagamento.

A conversão em ações não poderá decorrer de iniciativa do titular ou da instituição emitente da letra financeira. Essa conversão torna-se uma opção interessante para o investidor que, ao lado de eventuais vantagens econômicas proporcionadas por uma empresa sólida que distribui bons dividendos, ele adquire direitos políticos que antes não tinha.

A **distribuição pública** de letra financeira observará o disposto pela Comissão de Valores Mobiliários.

A letra financeira pode ser emitida com **cláusula de subordinação aos credores quirografários**, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, na hipótese de liquidação ou falência da instituição emissora. Os efeitos econômicos e jurídicos neste caso são extremamente importantes. Isto porque em caso de liquidação do emissor antes do pagamento dos titulares da letra financeira serão pagos todos os credores acima de sua categoria, incluindo os quirografários (ou seja, o *povão* dos credores da instituição financeira emitente). Assim, a letra financeira somente se coloca acima dos acionistas, que receberão se e quando sobrar alguma coisa do patrimônio do emitente.

O fator acima é um dos componentes do risco da letra financeira, o que justifica o pagamento de uma remuneração maior do que a de outros investidores dotados de maior segurança, razão da sua escolha pelos aplicadores em tal título. Comparando-se com a emissão de ações pelo emitente, neste caso o dispêndio de recursos somente se dará se o balanço apresentar lucros. Se isto não acontecer em determinados exercícios, o investimento terá se revelado estéril em tais circunstâncias. Neste caso, se o acionista resolver vender as suas ações ele diminuir as suas perdas segundo a diferença entre o preço de emissão que ele pagou ao ingressar no corpo societário e o do valor obtido na sua saída.

Comparando-se, agora, a ação com a letra financeira subordinada perpétua, nesta os juros devem ser pagos por todo o tempo de sua vida e o risco está no inadimplemento do emitente, vindo o investidor a perder o valor pago na sua aquisição, diminuído do que já recebeu ao longo do tempo o que, algumas vezes, poderá ter correspondido à recuperação do investimento efetuado a par de algum lucro.

Do lado do emitente, trata-se de uma opção de capitalização pelo prazo de duração da letra financeira e, quando se cuida da subordinada perpétua isto representa um custo de carregação permanente da remuneração estabelecida, fator a ser pesado na sua escolha. Em acréscimo, a letra financeira subordinada pode ser utilizada pelo emitente para fins de **composição do patrimônio de referência da instituição emitente**, nas condições especificadas pelo CMN. A esse respeito a resolução CMN 4.192/13 determinou que esse patrimônio é o resultado do somatório dos níveis I e II nela estabelecidos. Essa exigência eleva o nível de segurança das instituições financeiras. Isto porque, como se sabe, se os bancos em tese apresentam menos risco de quebra do que as empresas *comuns*, dado que estão subordinados a fiscalização permanente pelo BCB, de outro a sua inadimplência pode acarretar risco sistêmico, a afetar toda a economia nacional e/ou internacional.

Conforme se verifica, esse título economicamente faz as vezes da debênture, que não pode ser emitida por instituições financeiras.

De outra forma, as normas editadas pelo CMN poderão estabelecer **ordem de preferência no pagamento** dos titulares da letra financeira, de acordo com as características do título, o que corresponde ao estabelecimento de categorias internas para tal finalidade.

Por outro lado, incumbe ao CMN a disciplina das **condições de emissão** da letra financeira, em especial os seguintes aspectos:

I - o **tipo de instituição** autorizada à sua emissão;
II - a **utilização de índices, taxas ou metodologias de remuneração**;
III - o **prazo de vencimento**, não inferior a 1 (um) ano;
IV - as condições de **resgate antecipado** do título, que somente poderá ocorrer em ambiente de negociação competitivo, observado o prazo mínimo de vencimento; e
V - os **limites de emissão**, considerados em função do tipo de instituição
VI - as condições de **vencimento**;
VII - as situações durante as quais ocorrerá a **suspensão do pagamento da remuneração** estipulada; e
VIII - as situações em que ocorrerá a **extinção do direito de crédito** ou a **conversão do título em ações da instituição** emitente.

Aplica-se à letra financeira, no que não contrariar o disposto na lei 12.249/10, a **legislação cambial**. Isto significa dizer que ela tem a natureza jurídica de **ordem de pagamento**, na forma estabelecido pelos demais elementos de sua literalidade.

O Banco Central do Brasil produzirá e divulgará, para acesso público por meio da internet, relatório anual sobre a negociação de letras financeiras, com informações sobre os mercados primário e secundário do título, condições financeiras de negociação, prazos, perfil dos investidores e indicadores de risco, quando houver.

As instituições financeiras podem emitir **Certificado de Operações Estruturadas**, representativo de operações realizadas com base em instrumentos financeiros derivativos, nas condições especificadas em regulamento do CMN.

Comentando as características desse título segundo o enfoque dado a este texto, verificamos que a opção de remuneração segundo **taxas de conhecimento público** se dará, por exemplo, a SELIC, o CDI, IOC, etc, expressamente incluídos em sua literalidade.

Enfim, a letra financeira perpétua subordinada, que consistiu no propósito específico deste texto, poderá preencher uma lacuna no mercado, proporcionando o atendimento de interesses que até então não encontravam um suporte econômico e jurídico. As questões de direito que possam surgir deverão ser resolvidas à luz da teoria geral do direito cambiário, para das normas específicas, estabelecidas pelo legislador.

_____

1 Cf. Valor Econômico de 9/1/19, in *"Bancos Emitem Papel perpétuo no Mercado Local"*.
2 Evidentemente, não será dentro desse período de um ano que os bancos financiarão operações longo prazo. Aliás, devido às condições históricas de nossa economia, o prazo de um ano é aqui considerado longo, uma verdadeira deturpação do conceito.

BANCO CENTRAL: A INDEPENDÊNCIA É VIDA E NÃO MORTE

16 de setembro de 2014

"Je veux que la Banque (...) soit dans la main du Gouvernement mais qu'elle n'y sois pas trop" .

("Eu desejo que o Banco esteja sob o controle do Governo, mas não muito", Napoleão Bonaparte, segundo Geneviève Iacono, *"Le nouveaux status de la Banque de France - une ètape ver l'union economique et monetaire",* Recueil *Dalloz, Sirey, mar/1994).*

O velho Napô sabia das coisas e é possível que se fosse vivo até tirasse o braço de dentro do casaco para apontar seu dedo acusador na direção dos candidatos ao cargo de Presidente do Brasil nos próximos quatro anos. Afinal de contas eles mostram que de Banco Central não sabem nada. E essa discussão levada para os lares brasileiros pelos atores que se digladiam na telinha deve parecer muito estranha para bastante gente.

Imaginem D. Maria, do lar, ao lado do seu marido aposentado, sentados no sofá em frente à televisão, atingidos pela tempestade de diatribes que grassa na propagando política e, de repente alguém saca uma importante afirmação: *"o banco central não pode ser independente".* O outro lado responde em favor da independência do tal banco central e a celeuma está formada. Sejamos realistas, muitas donas Marias e seus maridos não conseguiram entender patavina dessa briga.

Os dois são do tempo de namorar no banco da praça e, na verdade, não gostavam muito dos bancos centrais, preferindo aqueles nos cantinhos mais escurinhos e escondidos.

Ora, o que se verifica é que os marqueteiros dos candidatos estão mais perdidos do que a formiga que passou por uma gota de pinga e não sabe mais o caminho de volta para a sua casa. O assunto da autonomia ou independência do Banco Central está fora do alcance de milhões e milhões de eleitores. Portanto, despejar essa bomba no inimigo dá em *"água"*, como acontecia no jogo de batalha naval, largamente disputado nos bons tempos em mornas tardes de salas de aula, muito antes de ser substituído pela informática.

Minha preocupação com esse tema retrocede há mais de trinta anos e a seu respeito publiquei um primeiro texto[6]. Daquela data para cá tenho procurado me aprofundar nessa pesquisa que redundou em um longo estudo sobre os bancos centrais no direito comparado[7].

Em meio à discussão sobre o lugar do Banco Central no Governo, surgiu outra a respeito de qual candidato é mais amigo dos bancos e mais vantagens deles recebeu, o que seria absolutamente inaceitável, segundo a acusadora. Essa é outra peleja que não leva a nada porque

---

[6] A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal (a independência do Banco Central do Brasil). Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 94, p. 35-86, 1994.

[7] " Centrais no Direito Comparado – O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil - O regime vigente e as propostas de reformulação", Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

todas as sociedades modernas precisam tanto de bancos como de coveiros. Não há como viver sem eles. Alguns economistas, meio louquinhos, defenderam essa ideia (chamada de *free banking)*, mas ela não pegou e não tem condições de pegar. Quem sabe o moderno governo da Coréia do Norte em sua vibrante economia adote tal sistema? É bem possível, mas eu não tenho essa informação privilegiada.

Em primeiro lugar, sem bancos a economia não funciona pela ausência de um intermediário entre quem tem dinheiro para depositar ou aplicar e quem precisa de dinheiro para o seu negócio e suas necessidades empresarias ou pessoais de crédito. E quando se forma um mercado de crédito do qual participam diversos agentes, é necessário que algum órgão estatal tome dele tome conta, caso contrário, a bagunça será total. E esse xerife é o tal afamado Banco Central. Mas a respeito da maneira como ele deve funcionar existem duas correntes principais: a dos que desejam atrelá-lo ao governo, tornando-o vassalo; e a dos que entendem que devem ser independentes ou autônomos, caso contrário seu papel será ineficaz em controlar as operações bancárias, o volume de moeda disponível no mercado, o risco que correm os agentes que dele participam, etc.

Na grande maioria dos países mais desenvolvidos os bancos centrais gozam de um razoável nível de autonomia, indo daqueles que tiram a nota 9,99 (Deutsche Bank) aos que se contentam com 7,01. Abaixo disto a nota é de reprovação, tal como o caso da Argentina hoje em dia. Menos do que 7,0 significa subordinação a um nível indesejável de dependência do governo correspondente. Como no Brasil a independência é apenas formal e não material, o nível de autonomia do nosso Banco Central tem variado ao longo dos diversos governos que conduziram nossa economia, desde que ele começou a funcionar em 1965.

Autonomia formal quer dizer que ela depende, de fato, do respeito que o governante de plantão tiver em relação ao exercício das funções daquele órgão, sem se intrometer ou se intrometendo dentro de um patamar mínimo, que não chega a rasgar a fantasia. Isto ocorreu nos dois períodos anteriores ao da atual presidência. Na gestão atual não tem havido autonomia, mas uma clara e indisfarçável subordinação do Banco Central ao governo (diga-se Ministério da Fazenda e poder central). Já no governo anterior (Meirelles), o nível deve ter se situado em torno da nota 8,0.

Sabe-se também que a inflação estourou o teto da meta e seu nível real está além do índice oficial, que tem sido manipulado por algumas jogadas criativas, mas que somente enganam Chapeuzinho Vermelho, não contando a velhinha de Taubaté que de muito tempo é falecida. D. Maria e seu marido aposentado também presenciaram essa discussão sobre o teto da meta e ficaram na mesma.

O negócio é o seguinte. Alguém fez umas contas e achou que o Banco Central deveria trabalhar para que a inflação não atingisse um máximo de 6,50% ao ano, mas que nas atuais circunstâncias o ideal seria 4.50$ (o tal do centro da meta). Mas nestes últimos tempos ela foi chutada para fora do campo, tal como fez o zagueiro Nelinho há muitos anos lá no Maracanã. Portanto, a inflação não somente está fora do centro da meta, mas está tomando impulso para chegar à lua. E como sabem muito bem a caríssima D. Maria e seu marido quando estão diante da conta do supermercado, não existe inflação boa, ela é sempre ruim. Mas pode ficar péssima, como anda agora.

Sendo a função primordial dos bancos centrais zelar pelo valor da moeda, pouquíssimos deles se ocupam do nível de emprego, que é outra praia. E para que o Banco Central possa impedir um recrudescimento da inflação ele muitas vezes precisa distribuir alguns remédios amargos no mercado, afetando a taxa de juros e o nível do crédito. Para o governante que somente pensa no curto prazo, ou seja, em se manter no poder, não se admite que aquele órgão

ande por tal caminho de autonomia porque o eleitor o abandonará. Daí a briga pela sua dependência.

Mais ainda, D. Maria e seu marido também ouviram falar que os bancos públicos correriam riscos se o Banco Central fosse autônomo, em prejuízo para caríssimos programas sociais. Nossos telespectadores perplexos não devem saber, mas o governo brasileiro, juntamente com o Banco Central precisou tomar no passado medidas enérgicas para sanear o mercado financeiro nacional, o que exigiu a limpeza de bancos podres, tanto privados como públicos, por meio de dois programas: PROER e PROES. A parte mais podre era precisamente a dos bancos públicos que custaram ao país dezenas de bilhões de dólares na moeda hoje (o Banespa e o Banerj foram os campeões do concurso). Antes de tal saneamento os governadores dos estados que tinham bancos públicos faziam concorrência ao Banco Central na criação de moeda inflacionária, utilizando os recursos daquelas instituições para uso exclusivamente pessoal e/ou político.

O desaparecimento daqueles bancos púbicos estaduais, juntamente com as medidas de controle dos bancos privados, que foram tomadas pelo Banco Central no passado, foram fatores determinantes para que os efeitos da crise internacional de 2008 não tivessem afetado seriamente o mercado brasileiro. Foi bem mais do que uma marolinha, mas longe de um tsunami.

Vendo todo esse cenário, lamenta-se que temas tão relevantes sejam objeto de discussões rasteiras, que a nada levam. E o pior, para que tanta briga para se mudar o status do Banco Central, obra que não compete ao presidente, por mais que ele queira, mas tão somente ao Congresso Nacional por meio de uma lei complementar.

Ou seja, tudo o que está sendo discutido nesse campo é pura espuma, com muito pouco de água.

A FAVOR DO BANCO CENTRAL INDEPENDENTE

- 5 de novembro de 2018 -

Nota – A série de textos sobre a independência (ou autonomia do Banco Central) encontra-se atualizada em seus princípios fundamentais, imutáveis na experiência do direito e da economia comparada. Projetos de lei voltados para esse tema têm rondado o Congresso Nacional durante todo o tempo da vigência da Lei Bancária, mas nenhum deles logrou aprovação até o momento. Podemos dizer que o cerne da autonomia dos Bancos Centrais está na determinação legal de mandato fixo para os seus dirigentes e a sua não sujeição à vontade do Presidente da República *de plantão*, bem como a sua autonomia financeira, pois caso contrário poderim ser asfixiados por meio de medidas de chantagem quanto à restrição de recursos para o seu funcionamento. A sua tarefa básica sempre será a de zelar pela estabilidade da moeda e, eventualmente, como acontece nos USA, reunir a preocupação com o nível de emprego. Os pratos estão feitos. Por favor, sirvam-se

Notícias do novo governo indicam ser favorável a um Banco Central do Brasil – BCB - independente ou autônomo. O tema tem sido discutido há décadas nos meios jurídicos e

econômicos, marcado por uma diferença que existiria entre *independência* (liberdade total) e *autonomia* (liberdade segundo um *status* jurídico legal de controle). É claro que ninguém em são juízo defende uma independência irrestrita, imprópria do ponto de vista jurídico e inviável dentro de qualquer economia à qual alguns chamaram indevidamente de *quarto poder* (ou *quinto*, porque se tem atribuído ao MP uma primazia em tal sentido).

Minha preocupação com o assunto vem desde o tempo em que ainda me encontrava como servidor do BCB (1967-1997) e exteriorizada em dois textos que foram publicados, *"Os regimes jurídicos e políticos dos bancos centrais. Direito da integração",* São Paulo: Cultural Paulista, 2001 e *"Bancos Centrais no Direito Comparado"*, Malheiros Editores, 2005. O assunto volta à baila em obra no prelo, a ser brevemente editada pela Quartier Latin ("*Aspectos da Teoria Geral do Direito Bancário*"). Na ocasião da elaboração do segundo texto acima citado examinei a estrutura e funções de muitos bancos centrais para o fim de chegar a uma conclusão em favor de sua autonomia como condição para a estabilidade da moeda. Condição não perfeita, mas plenamente eficaz. Entre as instituições estudadas estavam os bancos centrais dos EUA, do Canadá, da Inglaterra, da Alemanha, da Itália, da França, da Nova Zelândia, da Austrália, do Chile, do Brasil, etc.

Tudo tem a ver, como foi dito acima, com a questão da estabilidade da moeda e da instrumentalização jurídica necessária para o fim da realização de sua tríplice função: meio de pagamento, reserva de valor e unidade de conta. Todo e qualquer Estado soberano reserva para si a prerrogativa de emitir a única moeda dotada de curso forçado (circulação a aceitação obrigatória no território nacional) e a maior parte deles tem um banco central responsável pela implantação e garantia dessas funções. Alguns bancos centrais, como é o caso do FED norte-americano, incluem em sua competência a questão do nível de emprego, o que os obriga a atuar com um pé em cada uma dessas *canoas*, tomando o cuidado para não perder o equilíbrio. Especialmente no tocante ao Brasil entendemos que esta não é a melhor alternativa.

O problema que leva à necessidade de bancos centrais independentes é a inefável vocação *gastadora dos Estados*, o que os transforma em *emissores descontrolados de moeda, a mãe de todas as inflações*, como diria alguém. E para botar um freio nisto é preciso que um órgão do Governo, dotado de autonomia em relação a ele, cuide da moeda sem estar sujeito a injunções indevidas. Para tanto alguns parâmetros são colocados como indispensáveis.

Um estudo comparativo dos bancos centrais aponta cinco características básicas, necessárias para que possam exercer eficazmente a sua função de guardião da moeda: (i) execução da política monetária; (ii) emissão de moeda; (iii) banco dos bancos; (iv) banqueiro do governo; e (v) execução da política cambial.

Sob outro ponto de vista, conforme o Tratado de Maastricht e o Protocolo para o Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais, nestes se verifica que o objetivo primário de um Banco Central seria aquele correspondente à estabilidade da moeda, do qual derivariam quatro tarefas básicas: (i) definir e implementar a política monetária; (ii) realizar as operações internacionais de câmbio; (iii)) custodiar e administrar as reservas em moeda estrangeira; e (iv) promover as operações do sistema de pagamentos. O câmbio entra nessa novela porque todos os países que se inserem nas trocas internacionais de bens e de serviços necessitam operar com a moeda própria e com outras utilizadas no ambiente internacional dos negócios.

Essas funções dependem da autonomia de tais órgãos que, por sua vez, fica condicionada a alguns fatores essenciais, a principal delas consistente em uma *vacina* contra a interferência

do governo na gestão das políticas a cargo dos Bancos Centrais, fundadas na escolha de diretores independentes daqueles e na existência de mandatos fixos para os seus diretores, não coincidentes com o mandato do presidente da República. Neste sentido, os diretores de bancos centrais não podem ser *representantes nem funcionários subalternos* do governo central, sujeitos a intromissões indevidas e/ou a demissões voluntariosas, subordinadas estas ao exercício do devido processo legal e fundadas obrigatoriamente na comprovação inequívoca da prática de faltas graves quanto às suas competências.

É evidente que governos autoritários têm ojeriza a bancos centrais autônomos, pois eles impedem (ou mínimo tornam muito difícil) interferências indevidas na economia, para o fim da implantação de ditaduras declaradas (ou disfarçadas como *quase perfeitas democracias*, como já se disse). Mas governos que sejam gastadores inveterados não se animam de forma alguma com bancos centrais independentes, pois estes atrapalham os seus planos, havendo quem defenda que um pouco de inflação faz bem para as economias, pois seriam geradoras do aumento da atividade econômica e, consequentemente, de empregos. Que o digam a Alemanha da década de vinte do século passado e a Venezuela de hoje. E mesmo o nosso Brasil em tempos *sarneyanos*.

Inflação somente pode ser considerada boa para quem tenha condições de migrar com o seu dinheiro para terras mais seguras, como é o caso de moedas fortes, ouro, pedras preciosas e outros ativos que não sejam contaminados pela depreciação do valor da moeda. Do lado da sociedade *desbancarizada* e sem acesso a arbitragens monetárias, o prejuízo é tão maior quanto mais for a dependência de moeda em espécie. Nesses momentos os *fiscais do Sarney* somente servem para fazer espuma na cerveja.

Devidamente construída, a autonomia dos bancos centrais é perfeitamente compatível com o regime democrático (o qual, na verdade, ajuda a cimentar), segundo um desejável equilíbrio entre os poderes constitucionais e a organização econômica interna.

Tudo isto está misturado com o funcionamento eficaz do sistema financeiro interno, também sujeito à competência dos bancos centrais e, como natural, ao regime do crédito que, irresponsavelmente alargado, é uma mola para a inflação.

Nos termos da Lei de Reforma Bancária o BCB goza de uma autonomia relativa, dependente de aperfeiçoamento para que possa ficar ao largo de tentativas de sua captura pelo governo central. Ainda que sua atuação tenha se pautado em boa parte de sua história por certo grau de autonomia, em alguns momentos ela se viu arranhada por intromissões do governo em sua agenda interna e, mais comumente, por um jogo realizado fora dos seus muros, querendo isto dizer, no âmbito do Ministério da Fazenda, ou mesmo um pouco acima dele. Todos nos lembramos das *pedaladas fiscais* e da adoção de uma tal de *contabilidadecriativa*, práticas que foram engendradas para fins políticos e que redundaram em desastres monetários e econômicos de diversa espécie. Quem assim fez terminou *derrapando na manteiga*, e causando um estrago bastante sério na economia, cujos efeitos perdurarão durante muito tempo ainda.

O governante sério sabe que governar é perigoso e que os recursos que ele deseja para os seus projetos sempre serão escassos. E, sendo assim, quando existem barreiras à sua atuação eventualmente irresponsável e danosa, ele mesmo se sente seguro quando sabe que o ordenamento jurídico/econômico se protege por meio de um adequado sistema de freios e de contrapesos. No nosso caso aqui se trata da existência de amarras contra a irresponsabilidade monetária, da qual os bancos centrais devem cuidar, mesmo que, do ponto

de vista fiscal, governo e legislativo não se preocupem com os efeitos de uma política expansionista total ou parcialmente desequilibrada.

Portanto, que venha a desejável autonomia do BCB, lembrando-se de que, tendo a lei 4.595/64 sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, somente por meio de uma nova lei dessa mesma natureza a mudança poderá ser válida e eficazmente implementada.

Conforme já disse em outro lugar, Napoleão Bonaparte, que sabia das coisas, e mesmo tendo uma cabeça imperialista, disse certa vez que *"Je veux que la Banque (...) soit dans la main du Gouvernement mais qu'elle ný sois pas trop". ("Eu desejo que o Banco esteja sob o controle do Governo, mas não muito" – trad. Livre - de acordo com Geneviève Iacono, "Le nouveau status de la Banque de France, une étape vers l'union economique et monetaire*", Recueil Dalloz, Sirey 89, março/94.

Esse não muito é precisamente o campo da autonomia a ser buscada e que venha finamente.

O QUE O BANCO CENTRAL DO BRASIL PODE FAZER NA CRISE ATUAL?

- 5 de novembro de 2015 -

O tema acima foi objeto de palestra que proferi recentemente na Faculdade de Direito da USP em Ribeirão Preto, patrocinado pela Empresa Júnior daquela escola. Ao tomar a palavra eu disse aos presentes que em relação à crise atual o BCB nada tinha o que fazer. Acrescentei que a palestra estava encerrada e que devíamos ir direto para o coquetel. Seguiram-se algumas risadas e certo olhar de espanto por parte de alguns dos alunos e professores. Claro que tive que dar continuidade à minha fala para que todos pudessem entender as razões da minha assertiva tão contundente.

O BCB foi criado como o órgão executivo do Conselho Monetário Nacional - CMN e sua função precípua é cuidar da moeda (no momento o "real") em relação à sua utilização como meio adequado de pagamento. Isto implica na estabilidade do seu valor que, por sua vez deve ter em conta o oferecimento da quantidade ótima para o mercado. Ainda que saber qual seja a quantidade ideal de moeda que deva estar em circulação consista em uma questão bastante complexa, sua medida é essencial para que sejam evitados dois extremos: (i) a falta de moeda por qualquer motivo (inclusive uma procura intensa como efeito de especulação), fato determinante da sua super valorização; e (ii) o seu excesso, que tem efeitos diretamente inflacionários.

No momento tem se visto no Brasil desde alguns meses para cá uma rápida e altíssima valorização do dólar em contrapartida à desvalorização do real na mesma medida. Esta é a desvalorização externa. No plano interno os preços em geral têm subido de forma sistemática, em algumas áreas em nível mais intenso do que em outras. Esta é a desvalorização interna e, conjugadas as duas, consistem no reflexo de descontrole econômico, gerador de crises inflacionárias e de recessão. Os fatores mais do que sabidos são políticos e econômicos, estreitamente interligados entre si. Assim sendo, os exportadores brasileiros (se só lidarem

nesta área de negócios, sem preocupações com o mercado interno) estão muitíssimos felizes, enquanto os importadores e turistas há muito tempo não viam uma situação tão ruim para os seus propósitos.

Ótimo, diriam alguns. Vamos acabar com essa farra dos turistas que saiam do Brasil para uma gastança desordenada, inclusive para trazerem quinquilharias de Nova York ou de Miami, ali comprando todo o enxoval de uma noiva ou de um bebê esperado pelos pais. Na mesma linha, vamos parar de dar corda aos novos ricos que ficam comprando carros de luxo para se exibiram nas ruas e estradas esburacadas do país. O mesmo quanto a roupas de costureiros da moda ou bolsas de marcas famosas para mulheres. Bem, uma pergunta pode ser feita. Por que será que mesmo contando o custo de uma passagem aérea mais, a hospedagem em um hotel e as despesas de transportes, ainda assim era mais barato comprar aqueles e outros produtos fora do Brasil? E deve ser lembrado que, nas últimas décadas, apenas uma vez a moeda brasileira foi cotada em preço mais barato do que o dólar, ou seja, quando da criação da URV em 1994, situação excepcional e momento de intensa felicidade para toda a comunidade das sacoleiras desta pátria. Evidentemente a tributação brasileira também tem muito a ver com esse quadro, o que não é nosso problema no momento.

Mas há outra face da moeda, fazendo um mote com o nosso tema. A importação de bens de capital para o fortalecimento e modernização da indústria nacional fica muito mais cara e, claro, o custo será repassado para o consumidor do produto final, se isto for possível ao fabricante. Caso contrário, ele passará, no ramo automobilístico, por exemplo, a nos fornecer as suas antigas "carroças" porque não terá material nem tecnologia mais modernos para utilizar em sua linha de fabricação.

E como o BCB exerce a sua função de guardião da moeda? Digamos que seja da mesma forma como se faz com o gramado de um campo de futebol. Quando está seco, se molha; quando está muito encharcado, se enxuga, o que é próprio da filosofia do Conselheiro Acácio. E, no caso do BCB, a sua mangueira e o seu rodo consistem nos instrumentos de política monetária ao seu dispor: encaixes obrigatórios, depósitos compulsórios, taxa de redesconto e a famosa SELIC.

Quando há dinheiro em excesso, assim considerado diante do seu parâmetro ótimo (e isto diz respeito não somente à moeda física e escritural em circulação, mas também quando existe crédito muito fácil) o BCB aumenta o nível de encaixe e de depósitos compulsórios dos bancos, assim diminuindo a sua capacidade de empréstimo. Também aumenta a taxa de redesconto, pois ele, BCB, é o emprestador de última instância no mercado financeiro e, ainda, eleva a taxa SELIC, restringindo também dessa forma o crédito, cuja taxa de juros se tornará mais elevada. O aumento da taxa de redesconto repercute diretamente na taxa do mercado interbancário, aquele dentro do qual os bancos emprestam uns aos outros.

Quanto ao redesconto, no Brasil esta operação se reveste da qualidade de um instrumento punitivo em relação às instituições financeiras que a ele recorrem, pois a taxa aplicada é extremamente elevada, significando também que o favorecido representa certo perigo de quebra porque não conseguiu superar suas dificuldades no mercado interbancário. Em outros sistemas financeiros o redesconto apresenta menor relevância quanto a esta função específica, tratando-se de um mecanismo regular de financiamento dos bancos que atravessam alguma situação de dificuldades dentro de um horizonte de curtíssimo prazo (um dia).

Quando a oferta de moeda se encontra abaixo das necessidades do mercado o BCB adota a posição inversa, reduzindo as exigências acima referidas. Na verdade, mesmo em economias mais estabilizadas do que a nossa, o aumento da oferta de moeda ou, ao contrário, a sua redução, se dá de forma cíclica, normalmente em patamares não muito acentuados porque ao longo do ano há períodos em que a economia está mais ou menos aquecida.

Verifica-se que, antigamente, o uso intenso do cheque pós-datado e dos carnês de lojas de departamento como instrumentos de financiamento das famílias, ao lado do desconto físico de duplicatas no comércio e no setor de serviços, apresentava uma capacidade de criação de moeda escritural pelos bancos bem mais reduzida em relação ao que hoje acontece. Isto se dá pela intensa utilização de cartões de crédito e dos diversos recebíveis em uso no mercado, a par do desconto eletrônico de duplicatas. Essas operações tornaram muito mais rápida a circulação da moeda, com um efeito de forte alavancagem na base monetária, resultado na possibilidade da sua inundação no mercado financeiro.

Em conjugação com todos esses novos fatores, acima referidos, a globalização financeira cada vez mais intensa e o surgimento da criptomoeda, entre as quais se conta o bitcoin, têm feito com que os bancos centrais do mundo inteiro se preocupem com a perda de fato do seu poder de regular a quantidade de moeda em circulação e, consequentemente, levando-os a verem reduzido o seu poder de manutenção da estabilidade monetária.

Com a finalidade de estabelecer o controle sobre esses novos meios de circulação da moeda, foi recentemente regulamentado entre nós o Sistema de Arranjos e Instituições de Pagamento, para incluí-los sob a tutela do BCB, com uma segunda finalidade altamente essencial, que é a de cercar as possibilidades do surgimento de risco financeiro no mercado**1**. O tema em questão foi objeto da lei 12.865, de 9/10/13, regulada, por sua vez, por resoluções do CMN e circulares do BCB.

Contribuindo de forma altamente negativa, em países nos quais existe um desequilíbrio, principalmente no campo fiscal (por causa de um nível elevado e a existência não sistemática regime de impostos) o governo interfere de forma altamente prejudicial no desenvolvimento do papel dos bancos centrais, como é precisamente o momento atual que o Brasil atravessa.

O déficit público alcançou uma cifra astronômica e o governo somente tem duas saídas tecnicamente possíveis: reduzir drasticamente os seus custos e investimentos e/ou aumentar impostos. Tais soluções se revelam extremamente problemáticas na realidade em que vivemos por duas razões: Primeira, cortar custos e investimentos apresenta um preço político muitíssimo elevado para o governo atual porque o sistema de longa data estabelecido entre nós fundou-se no famoso “é dando que se recebe”, intensificado exaustivamente nas três últimas gestões do PT. E sabe-se que no momento atual o governo já deu os anéis e até os dedos. Assim sendo, não tem o mínimo apoio politico para cortar despesas, o que se daria pela extinção de ministérios e cargos comissionados existentes em profusão; pela demissão de milhares de empregados não concursados; pelo corte de programas sociais; pela redução de investimentos não absolutamente essenciais; e por aí vai. E, tendo em conta o número em jogo, a economia teria de ser feita ao longo de alguns sofridos anos porque um ou mesmo dois seriam insuficientes. Isto é claro, com a revolta de eleitores que entenderem finalmente terem sido completamente enganados com promessas irrealizáveis no longo prazo.

O aumento de impostos, por sua vez, representaria uma sobrecarga ainda maior sobre famílias e empresas que já pagam uma tributação contada entre as maiores do mundo. Não há mais espaço financeiro para tanto, e muito menos espaço político. O retorno à CPMF,

vestida com novas roupagens, seria uma medida odiosa para a sociedade civil e um tiro no pé para os políticos que a favorecerem, se desejarem disputar com alguma possibilidade de sucesso uma próxima eleição. A história da CPMF, criada fundadamente para acudir as despesas públicas da saúde não é nada edificante, pois se desligou da sua causa e transformou-se em fonte pura e simples da cobertura geral de gastos descontrolados do governo. Terá sido uma boa intenção, das quais o inferno está repleto.

Caro leitor, você até que poderia ajudar o governo neste momento, inclusive preservando um pouco o poder de compra do seu rico dinheirinho, sendo-lhe possível ainda ganhar alguma coisa no resultado líquido da sua aplicação. Isto se daria se você aplicasse no chamado "Tesouro Direto", o que tem a ver também com a famosa taxa SELIC. Esta operação consiste na aquisição pelo aplicador de títulos emitidos pelo Tesouro Federal, que paga o equivalente aos juros da taxa SELIC, atualmente no patamar de 14,25% a.a. E não dá para elevar ainda mais esta taxa. Ela chegou ao teto máximo que a economia (não) pode aguentar no momento.

Ocorre que o governo com a operação acima, de um lado, recebe imediatamente recursos de que necessita, mas do outro ele se endivida, aumentando as suas obrigações financeiras para o futuro. O investidor acredita que poderá ganhar pouco, mas que se trata de investimento seguro porque a última coisa que um governo em dificuldades faz é deixar de honrar as suas obrigações diretas. Isto porque a repercussão do seu inadimplemento é mais rápida do que a velocidade da luz, trazendo a catástrofe.

Com a emissão de títulos pelo Tesouro há um reflexo imediato na base monetária, pois o BCB, em contrapartida à venda daqueles, recolhe moeda, enquanto no seu vencimento ele a emite. Se a diferença for negativa e dotada de certa perenidade, temos presente mais um sério fator de inflação. E tendo em conta que o BCB não pode obrigar o Governo a parar de emitir títulos públicos, seu poder de interferência inexiste a não ser, indiretamente e sem grande eficácia, pelo fato de que a lei o proíbe de financiar o emitente pela compra direta por aquela Autoridade Monetária. Mas existe a possibilidade de sua aquisição indireta, o que leva o BCB a ser cúmplice involuntário do Governo na sua irresponsabilidade monetária e fiscal**2**.

Assim sendo, o BCB não tem mais às mãos neste momento crítico da nossa economia qualquer das medidas de política monetária de que pudesse eficientemente dispor sem desmontar ainda mais a precaríssima situação econômico-financeira do País.

Concluindo, a situação do BCB é de absoluta inércia neste momento, situação que pode se prolongar por bastante tempo. Assim, ele está sendo devorado como órgão responsável pela estabilidade da moeda. Isto é inevitável nas condições presentes e esperadas no curto e no médio prazo: "se ficar o bicho come; se correr o bicho pega". No longo prazo, como dizia Keynes, todos estaremos mortos.

NOTA: Tendo o SFN passado a conviver com taxa de inflação muito baixa e consequente redução sensível da remuneração das operações de renda fixa, o BCB está entrando no pesadelo de outros bancos centrais – e cujas economia estão presente até mesmo juros negativos – onde se verificam sérias limitações ao exercício da política monetária tradicional.

_____

1 Sobre o assunto vide nosso artigo *"Arranjos e Instituições de Pagamento – Regulamentação e Crítica"*, revista Rede nº 1. pp. 77 a 121.

2 Veja-se a este respeito nossa obra "Bancos Centrais no Direito Comparado", Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pp. 46 e segs.

BANCO CENTRAL MULTI-TASK - UMA TAREFA PARA O CHAPOLIN COLORADO

- 1º de junho de 2016 -

Nunca dantes na história deste país foi vista uma crise tão complexa e grave. E o pior é que ela apresenta as três dimensões clássicas (profundidade, extensão e largura), além do tempo. E, talvez, seja portadora também de alguma outra ainda desconhecida da ciência. O fundo do poço está em lugar incerto e não sabido (afinal de contas, qual é o verdadeiro tamanho da dívida pública, somada, envolvendo União, Estados Municípios e Distrito Federal?). Ela pegou todos os brasileiros do Oiapoque ao Chuí e do Cabo de Santo Agostinho até a fronteira do Acre com o Peru, que correspondem aos nossos limites extremos do norte/sul e leste/oeste. Ninguém escapou dessa crise. Se as medidas adequadas forem tomadas (*Bom dia, D. Velhinha de Taubaté!*), em que dia de que ano teremos "*terra à vista*"?

Outro aspecto negativo é a falta de firmeza dos nossos governantes e políticos. Pelo contrário, o que historicamente se nota neles é puro oportunismo, sem falar da corrupção endêmica. Se o governo pode ser visto como um tipo de jogo, cada participante tem de fazer com que o outro acredite que ele confia no seu ataque e que não ficará somente na defesa. A credibilidade é fundamental. Nada de lances do tipo "*Waldir Maranhão*", que faz de manhã e desfaz à noite. Ora, o episódio relativo ao Ministério da Cultura, a cargo do Presidente interino Michel Temer não representou outra coisa senão virar a bombordo diante do primeiro ventinho desfavorável, deflagrado pela opinião de certo grupo de interesses. O lema deste momento critico somente pode ser "*para a frente e para adiante*", como diria alguém e não "*um passo para a frente e dois para trás*", desde que quem assim faz fique de bem com aquele que o enfrenta, segundo uma visão cínica.

E o que o Banco Central do Brasil – BCB tem a ver com toda essa parafernália? Tem muito a ver, pois a inflação encontra-se em níveis altíssimos e o papel primordial daquele é cuidar da moeda nas suas três funções (meio de troca, reserva de valor e denominador comum de valores). Tais funções são essenciais e interdependentes. Digamos que exista um nível de inflação tolerável (acredite quem quiser). No Brasil esse nível foi entendido como o tal *centro da meta*, cujo conceito foi muito bem explicado em famosa entrevista dada pela ex-presidente interina (especialmente no tocante ao "*dobro da meta*") e ele corresponde a 4,5% ao ano. Isto significa dizer que, com essa inflação, se você tinha dez reais no dia primeiro de janeiro, em 31 de dezembro, descontada a desvalorização do real, você terá nas mãos uma nota de dez reais (valor nominal), mas que vale apenas R$6,5 (valor real). Ora se os preços continuaram estáveis no período, é claro que você com aquela nota de R$10 comprará muito menos do que no começo do ano. *Elementar, meu caro Watson*!

No artigo acima eu já modestamente dizia que, em termos de política monetária ele não podia fazer mais nada, pois havia chegado ao seu limite. Vale *a pena ler de novo*, com licença da expressão.

Passados poucos meses daquela data, revisitando o BCB e suas funções, vemos que as coisas ficaram ainda mais complicadas. Isto porque, diante da crise, entre as diversas ideias inteligentes que têm surgido por aí para o seu enfrentamento, algumas delas têm se voltado

para a velha discussão sobre a autonomia daquela Autoridade Monetária e outras (incluindo ou não a anterior) objetivando ampliação das suas funções. Esta última visão tem a ver, creio, com o fato de que, ao lado da Policia Federal, do juiz Sérgio Moro e do STF, o BCB tem se mantido no plano das raras instituições nacionais dotadas de credibilidade, ainda que um tanto arranhada porque a bicicleta do PT e suas pedaladas atingiram aquele Órgão, que teria se deixado seduzir pela *nova matriz econômica* inventada no governo Dilma, tendo à frente seu ministro Mantega. Disto resultou que o BCB teria *entrado* na onda de mexer indevidamente na taxa SELIC, que teria passado a ser manipulada para fins políticos. Observo que o uso dos verbos no condicional aqui feito é uma figura de retórica defensiva.

O que o governo Dilma fez na economia foi uma tremenda *gambiarra* (termo nacional que já mereceu um verbete na Wikipedia) e a *gambiarra* se já é um perigo por si mesma, imagine na economia. Você, caro leitor, sabe muito bem disto, se alguma vez se encontrou enrolado com seus cheques pré-datados, sua avalanche de dívidas de cartões de crédito e seus muitos carnês de lojas de departamentos. Se você se deu mal, imagine o governo (e nós, que pagamos o pato no final das contas carregando nas costas o peso de uma das maiores tributações do planeta) que gastou o que já não tinha (pois existe uma divida pública muito elevada e muito antiga), o que viria a ter em anos futuros; e ainda se endividou por todos os lados. Deu no que deu. Dizem que o rombo é de 120 bilhões. Troco de banca de jornal, como se sabe. Acho, a propósito, que a conta final se revelará muito mais elevada.

Leitor, você tem ideia do que sejam R$120 bilhões, de que se fala como se fosse uma ninharia? Vamos lá. Se você ganha mil reais por mês, precisará de 120 milhões de meses para ganhar aquele valor ou de dez milhões de anos. É o dobro do tempo dentro do qual o sol deverá explodir e nos levar junto. Mas, quem sabe a nossa expectativa de vida não melhorará significativamente?

Voltando ao BCB. Ele tem por função única, como foi dito, cuidar da moeda. É o mesmo modelo da Alemanha. Já o FED norte-americano tem a responsabilidade agregada de cuidar do nível de emprego. Então, a política monetária do FED deve buscar estabelecer uma taxa de juros que ao mesmo tempo preserve a moeda nas suas funções e ajude a manter (ou a restabelecer) um nível adequado de empregos. Isto porque quando a moeda está cara, o preço do crédito a acompanha, os juros sobem, os empresários não investem e os empregos diminuem. Trata-se da ilustração do cobertor curto: se o dono cobre os pés, descobre a cabeça e vice-versa.

Nesse cenário de crise tem se pensado em atribuir ao BCB novas tarefas, entre as quais a da preocupação com o nível do emprego e outras, onde quer que se encontre um rombo financeiro e outros desequilíbrios, que ele ajudaria a recuperar. Tais rombos estão no déficit fiscal, no Tesouro, na previdência, nas estatais, na saúde, na educação e na segurança pública, para *resumir*. É claro que não há louco que cogite em colocar essas três últimas responsabilidades nas mãos do BCB. Aliás, fazendo-se aqui uma observação oportuna, muitos dos nossos problemas atuais decorrem do fato de que a nossa constituição federal (que foi chamada de "*constituição cidadã*"), atribui aos cidadãos muito mais direitos do que obrigações. E o resultado está em que a conta não fecha.

Não existe no mundo inteiro a mínima condição de se reunir em um único órgão essas múltiplas tarefas, tanto do ponto de vista da capacidade gerencial, quando do reconhecimento da existência de conflitos de interesse na sua realização individual plena, dentro de um quadro geral. Na situação atual brasileira, a solução ideal para cada um daqueles rombos representa uma tarefa inalcançável, a não ser que fechássemos as portas para balanço.

O **equilíbrio fiscal**, que se coloca em primeiríssimo plano, depende de um vastíssimo corte de gastos, que implica na extinção da maioria dos ministérios e na demissão de milhares de funcionários desnecessários, nomeados politicamente sem concurso; e na venda de ativos públicos em todas as esferas. E isto depende do Congresso, onde adotar tais medidas seria pior do que falar de corda em casa de enforcado. E o fator tempo não ajuda nada. Só atrapalha. Quanto mais os dias correm, mais o déficit aumenta.

A **previdência**, por sua vez, é um saco sem fundo e bota sem fundo nisto. Os problemas são muito velhos e jamais se deu às suas causas a devida atenção. Em resumo, trata-se de muita gente se aposentando geralmente muito cedo, com pouca gente nova pagando as aposentadorias, já que o mercado de trabalho formal não absorve pessoas em número suficiente para gerar um fluxo de caixa equilibrado entre as entradas e as saídas. E o fator agravante é o do envelhecimento da população, que vive mais tempo depois de aposentada, já que a expectativa de vida subiu significativamente nas décadas recentes. E como cada pessoa (ou seja, um eleitor) quer puxar a brasa para a sua sardinha (fator que, evidentemente, influencia os políticos), mexer nesse vespeiro é coisa de suicida. E logo neste momento em que eleições estão à nossa porta.

As **estatais** são outro grande foco de dificuldades. Sua utilização política, a corrupção sem limites que tem operado dentro delas, o desvio do seu foco original e até mesmo a sua necessidade no Estado moderno, precisam de uma revisão igualmente drástica e urgente. Tem se falado em privatizar até mesmo o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. Ontologicamente não há qualquer problema que impeça tal orientação. Em outros países não existem órgãos semelhantes e o governo, quando necessita, usa a rede bancária privada mediante convênios devidamente fiscalizados. O (des)governo há pouco ainda interinamente deposto usou tais bancos para forçar uma baixa artificial na taxa de juros, de maneira a forçar os bancos privados a fazerem o mesmo. Deu tudo errado em função daquilo que se chama em economia de seleção adversa.

O conceito de seleção adversa tem origem no famoso texto *Makets for Lemons*, de Akerlof, 1970, como um fenômeno ligado à assimetria de informações entre partes em determinadas operações. Quem tem a melhor informação e a maior qualidade delas leva vantagem diante da outra parte. Ora, os clientes que migraram dos bancos privados para os bancos públicos (*limões*, na acepção de Akerlof) na busca de melhores condições operacionais foram precisamente aqueles que estavam em situação pior do que a dos que ficaram. Cientes de quais eram os seus bons clientes, os bancos negociaram com estes melhores condições e os outros foram embora para os bancos públicos, carregando consigo a sua inadimplência costumeira, que causou grandes prejuízos àqueles, ainda não mensurados e divulgados para o mercado.

Como se sabe (na verdade, nunca se saberá com precisão), a quantidade de estatais no Brasil é extremamente demasiada e torna-se necessário colocar um paradeiro nisto, deixando à iniciativa privada atuar nas áreas correspondentes, assumindo o risco do negócio e deixando nós outros, contribuintes, livres dos encargos que elas nos têm custado.

Foi por motivos puramente eleitorais que a esquerda brasileira tem defendido as estatais, fonte inesgotável (até que a corda quebrou) de lucros e de votos. A ameaça de que a oposição iria fechar as estatais (principalmente a Petrobrás) sempre esteve presente na boca do PT, especialmente do ex-presidente Lula. Como se sabe, os seus empregados sempre tiveram salários melhores do que os do mercado em geral, aposentadoria integral e uma infinidade de benesses. Seu custo naturalmente sempre passou para o produto final, encarecendo-o, já que

outro fundamento da economia ("*Não existe almoço de graça*") não pode ser impunemente descartado. Depois que os últimos três governos desgovernaram as estatais e as quebraram juntamente com os seus fundos de previdência, é bem certo que os eleitores de cabresto que ali residiam tenham mudado radicalmente de lado.

O BNDES que hoje é uma *caixa* preta, também poderá ser extinto ou deverá ter a sua atuação estritamente fiscalizada na concessão de crédito para o interesse nacional. Nacional do Brasil e não da Venezuela, da Bolívia, de Cuba ou de outros bolivarianos espertos. Aliás, Cuba está voltando realisticamente a contar com os dólares dos turistas imperialistas americanos e não precisará mais do nosso pobre dinheirinho.

E que papel caberia, portanto ao BCB para nos ajudar a sair desta crise? Muito simples, ficar como está, apenas dando-se a ele a necessária autonomia. Esta é representada pela escolha de técnicos de alto conhecimento na área; na atribuição de mandatos fixos ao seu presidente e diretores; e em um status especial de ministros, para que a cada momento não sofram a ameaça de serem presos por determinação de um juiz de primeira instância, lotado em qualquer comarca deste imenso Brasil. Os administradores do BCB somente poderiam ser demitidos por justa causa, dentro de medida que atendesse o princípio do devido processo legal. Claro que o BCB continuaria com as obrigações de transparência e de responsabilidade pelo cumprimento de suas funções, a serem realizadas perante o Congresso.

De posse dessa autonomia (que até hoje existiu limitadamente apenas de fato, inclusive nos dois governos do ex-presidente Lula), o BCB cuidará da preservação da moeda. Isto feito, os demais órgãos do Governo além do Legislativo e do Judiciário, saberão em que limites legais e políticos poderão exercer as suas funções para o saneamento dos demais problemas acima apontados. Já que diante de um BCB autônomo, não haveria a fabricação artificial de moeda ou permissão para tanto, os cuidadores dos problemas situados nos demais campos em crise conhecerão muito bem o chão em que estarão pisando. É claro que isto não será nada fácil. Mas não há outra saída.

Depois de tantas décadas perdidas e de tantas promessas frustradas de que as gerações anteriores estavam pagando um preço alto para que as futuras tivessem uma vida melhor, estamos jogando a nossa última cartada. Se não der certo, amanhã seremos a Venezuela de hoje e depois de amanhã o caos perfeito.

Para finalizar. Deve ter me enganado quanto à saúde pública, pois o nosso inefável ex-presidente declarou uma vez que naquela altura ela estava no plano da quase perfeição. Hoje em dia, portanto, certamente estamos muito acima do dobro da meta. Falando em educação, o problema será resolvido facilmente, bastando para isto um dar um abracadabra nos professores (que se tornarão imediatamente mais bem preparados), triplicar os seus salários, melhorar merenda e encher as classes com alunos. No tocante à segurança pública, a solução é a mais fácil de todas: basta despedir a polícia e contratar os bandidos. O preparo deles e a sua capacidade de fogo são muito melhores do que os dos nossos policiais em serviço.

Este texto já estava terminado quando foi divulgada a informação de que o rombo nas contas públicas havia passado para R$170 bilhões. Maior preocupação ainda para o leitor, pois esse montante é quase 50% mais elevado dos os R$120 bihões referidos no artigo.

Sísifo e o processo administrativo sancionador do BCB e CVM (Tem ladeira em que somente se sobe)

- 1º de dezembro de 2017 -

Quem conhece um pouco da mitologia grega já ouviu falar de Sísifo. Quem não sabe favor procurar na *wikipedia*. Segundo a lenda, ele foi o mais astuto dos mortais, mas no fim se deu mal. Depois de várias peripécias, nas quais enganou muitos, o nosso anti-herói terminou condenado a rolar morro acima até o topo com suas mãos, por toda a eternidade, uma pesada pedra de mármore. Toda vez que Sísifo estava quase chegando ao alto, a pedra rolava de volta até o ponto de partida. E o seu trabalho começava novamente. E dele não podia pedir demissão.

Conforme visto acima, estamos falando de uma tarefa que nunca termina e parece que os comentários que eu já fiz sobre o tema em pauta têm um pouco a cara de obra de Sísifo. Já escrevi mais de meia dúzia de artigos e espero que, contrariamente ao destino do nosso infeliz inspirador, o assunto termine por aqui.

Tudo começou quando saiu a MP 784/17, a qual terminou morrendo porque, contrariamente ao casulo da larva, ela não se transformou em uma linda borboleta jurídica por sua conversão em lei. Se tivesse acontecido, teria sido uma borboleta de asas defeituosas porque o material original era cheio de imperfeições. De suas cinzas nasceu um projeto de lei, objeto de mais dois textos da minha autoria e, quando menos se esperava, ele se tornou rapidamente na lei 13.506, de 13.11.2017. Quem disse que o Congresso não trabalha depressa, quando quer? Quanto à qualidade, vejamos em seguida.

A lei em pauta regula os instrumentos velhos e novos relativos ao processo administrativo sancionador que o BCB e a CVM podem instaurar nas áreas de suas competências. Segundo o disposto no art. 2º ela se volta para as infrações, as penalidades, as medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias.

I – O campo do BCB

No que diz respeito à qualificação das infrações (art. 3º) já havíamos anotado diversas imprecisões da MP 784/17, que não foram aclaradas. Por exemplo, não se pode aquilatar com precisão, certeza e segurança o que são os *preços destoantes do mercado*, referidos no inciso VIII do art. 3º. Isto porque vigora no mercado a liberdade da fixação de taxas e do preço de serviços e, claro, muito raramente uma operação de credito será idêntica à outra, variando o seu preço em função de diversos fatores (risco particular do tomador; prazo; inexistência ou existência de garantias e sua qualidade; tributação; etc.).

Outros conceitos abertos estão no art. 4º, quando se refere a: (i) *risco incompatível com a estrutura patrimonial*; (ii) indisciplina, estabilidade ou funcionamento regular do Sistema Financeiro Nacional; (iii) *afetar severamente a finalidade e a continuidade das atividades ou das operações* no mesmo sistema. Dada a sua elasticidade, a consideração do BCB como infração relativamente a determinada prática corre o risco de ficar no campo do arbítrio e não da discricionariedade.

No tocante às penalidades algumas estranhezas se colocam, entre as quais a admoestação pública. Eu já havia mencionado nos artigos anteriores sobre esta matéria que, como bem sabem os que operam no mercado financeiro, a confiança é o seu elemento mais importante, até mesmo do que o capital de uma instituição financeira. Ora, o conhecimento público de que uma delas sofreu uma admoestação pública pode levar os depositantes e investidores a avaliarem se vale a pena continuar com os seus recursos mantidos em tal instituição.

A confiança é um elemento imponderável. Tanto ela pode ser mantida como perdida de um momento par ao outo. No caso do estabelecimento do Regime de Administração Temporária – RAET quanto ao antigo Banespa não houve corrida dos depositantes e investidores. Ao que tudo indica, acreditava-se que o BCB, juntamente com o Governo Federal, não permitiria que aquele banco quebrasse e causasse prejuízos aos seus clientes. Essa confiança foi positivamente atendida a partir do momento em que o Santander o adquiriu em leilão público. Mas em uma situação muito mais favorável, quando foi decretada a intervenção do BCB nos bancos Auxiliar, Comind, Sul Brasileiro e Maisonnave em 1985, deu-se uma corrida outras instituições que nada tinha a ver com os problemas daquelas, o que causou um pouco de trauma, felizmente controlado, não tendo havido os efeitos de um risco sistêmico.

Entre as penalidades a de multa passou para um patamar máximo bastante elevado, de até R$ 2 bilhões, cuja aplicação deverá necessariamente atender de um lado a gravidade da infração praticado, mas de outro, a capacidade financeira do indiciado no processo administrativo sancionador, sob pena de causar a sua quebra.

No tocante à pena de inabilitação de vinte anos, prevista no art. 5º, § 1º ela se revela, no fundo, uma pena perpétua porque depois de transcurso de todo esse tempo, o agente evidentemente estará completamente sem condições de voltar ao mesmo mercado.

Outro instituto – o do *termo de compromisso* - também apresenta a possibilidade de causar risco de quebra para as instituições penalizadas, em vista da eventual perda da confiança na instituição financeira penalizada. Veja-se, por exemplo, a adoção de medidas pelo Ministério Público contra a instituição financeira e/ou seus administradores indiciados em um processo administrativo em vista da acusação da alguma prática no campo da competência daquele, que dos fatos é cientificado pelo BCB nos termos do § 2º do art. 13. Aliás, se de crime se trata em determinada situação, não seria o caso de desmerecer a sua gravidade pela celebração de um termo de compromisso na esfera administrativa.

Voltando ao termo de compromisso, o § 2º do art. 11 menciona que a suspensão do processo administrativo se dará somente em relação ao acusado que o firmou. Suponhamos que tal pessoa seja um diretor da instituição financeira indiciada, que seria favorecido em tal situação. No entanto, de acordo com o art. 158 da Lei de Sociedades Anônimas - LSA - todos os administradores devem ser responsabilizados pela prática de atos culposos ou dolosos, sem diferenciação, inclusive quando se trata de negligência na fiscalização dos atos praticados pelos pares. Dessa forma, fundado em um alegado interesse na celebração do Termo de Compromisso, um dos administradores ficará livre de penalidades no âmbito do BCB, enquanto ele e todos os outros remanescem responsáveis nos termos da LSA. Uma contradição, como se pode verificar.

Por sua vez, o acordo de leniência que estava previsto na MP 784/17 recebeu na lei sob comentário a designação de *acordo administrativo em processo de supervisão* (art. 30 a

32). Mais uma vez se coloca aqui a questão da perda de confiança da instituição financeira acusada diante do mercado. A diferença em relação ao termo de compromisso está no fato de que no caso do acordo administrativo, está presente a confissão da prática de um ilícito, inexistente no primeiro. Portanto, a situação aqui é mais grave. Um dos seus fundamentos é uma *espécie de delação premiada*, presente no inciso I do art. 30 e nos incisos I e IV do seu parágrafo segundo.

Da mesma forma e com os mesmos contornos negativos que relacionam o termo de compromisso e esse acordo administrativo, é prevista a atuação do Ministério Público e de outros órgãos governamentais (art. 30, § 6º e 31, §§ 2ºe 3º).

II – O campo da CVM

No tocante à CVM algumas disposições especiais foram estabelecidas, tendo em vista o caráter peculiar do mercado de capitais, diferente do mercado financeiro.

No sentido acima, por meio da inclusão do novo parágrafo 4º ao art. 9º da lei 6.385, de 07.12.1976, na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a CVM priorizará as infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado. Por outro lado, poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos.

Foi determinada mudança na sistemática das penalidades por nova redação ao art. 11 da mesma lei acima, destacando-se: (i) inabilitação temporária até o máximo de vinte anos para o exercício de cargos no âmbito do mercado de capitais: (ii) sistema de multas variável entre R$ 50 milhões ou o dobro no caso de emissão ou operação irregular e o triplo para o caso de reincidência; três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência de ilícito; ou o dobro causado a investidores.

Também é prevista a possibilidade da assinatura de um termo de compromisso após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público. Sua celebração poderá fazer com que a CVM deixe de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar. Aqui não se verificam os problemas de perda de confiança referidos quanto a instituições financeiras, supra referidos.

Conclusão (será?)

Penso que vou ficar aqui, por enquanto. Vejamos com o tempo como essa lei será aplicada e quais as questões que ela levantará para voltarmos ao assunto, a não ser que surja alguma novidade.

Sísifo, adeus, ou ao menos até não muito logo!

Habeas corpus monetário

- 25 de setembro de 2017 -

"O amor ao dinheiro é o Pico do Everest de todos os males."

(De um filósofo alpinista)

Aquele prometia ser um dia calmo no meu escritório. D. Hermengarda, a secretária da minha modesta firma de advocacia (que há muito tempo havia sido contabilizada como ativo imobilizado) havia me informado que eu somente teria duas clientes, agendadas para as 15 horas. Seriam elas as senhoras Real e Dólar. Achei um pouco estranho o nome delas, mas já vi tanta coisa nesta vida que me acostumei com tudo. Dessa forma, eu almocei tranquilamente e dei mais uma olhada nos jornais. Tudo a mesma coisa: prisões às seis horas da manhã e justificações e interpretações durante todo o resto do dia. *Prende Temer! Solta Temer!* Lia-se e e ouvia-se em todos os lugares. Pelo menos no ar havia *menas*flechas. De outro lado, não me preocupei com os prazos porque estavam todos em ordem.

Precisamente no horário marcado D. Hermengarda me avisou pelo interfone que as clientes haviam chegado, havendo eu pedido que as encaminhasse para a minha sala, enquanto ia ao *toilette*, a fim de lavar as mãos. Na volta não havia ninguém. Liguei então para a D. Hermengarda e ela me disse que as clientes estavam sentadas nas duas cadeiras bem em frente da minha mesa e que elas eram bem pequenininhas. Então eu me levantei, debrucei-me sobre a mesa e qual não foi o meu espanto quando vi duas figurinhas de cerca de 15 cm de altura, sentadas naquelas cadeiras. Achei que era uma brincadeira da D. Hermengarda, mas ela não era disso, sempre muito circunspecta, tipo mordomo inglês clássico. Antes que pudesse dizer qualquer coisa (devia estar com uma bela cara de espantado), uma vozinha disse bem baixo:

- Boa tarde, Dr. Epaminondas, eu sou a Sra. Real e minha amiga aqui ao lado é a D. Dólar.

- Ma... mas...!

- Não se assuste, doutor, sei que é estranho, mas podemos explicar tudo.

Olhei bem para elas, ainda de pé, meio encurvado por cima da minha mesa. As duas tinham pequenas cabeças, pernas e braços bem finos e mãos e pés diminutos. O tronco da Sra. Real era uma nota de cem reais e o da D. Dólar o de uma nota de cem dólares. Sem qualquer dúvida. Conheço bem como elas são.

- Dr. Epaminondas, deixe-nos explicar.

- *Yes, yes,* disse D. Dólar.

- Nós somos duas representantes daquela pequena montanha de dinheiro que foi achada lá em Salvador pela Polícia Federal. Viemos aqui para expor o nosso caso e pedir que nos ajude.

- *Ben ditou,* disse a Sra. Dólar.

- Esperem um pouco, vocês querem que eu acredite nisso? Deve existir por aqui alguém brincando de marionete e de ventríloquo, querendo me fazer de trouxa. Algumas vezes fui trouxa mesmo, mas não vou cair em outra.

- Não, não, Dr. Epaminondas, nosso problema é tão grande que a Providência, com grande bondade nos deu algumas características humanas para que procurássemos ajuda. Lá onde estamos presas ouvimos falar muito bem do senhor. É um advogado competente e honesto e muito humano com os seus clientes, justamente do que precisamos.

Eu fiquei ali parado, olhando ora para uma, ora para outra. Então me sentei e liguei para a D. Hermengarda para pedir um copo de água gelada e um café bem forte. Quem sabe fora algo que eu havia comido. Depois de alguns minutos ela entrou na sala com as bebidas e perguntou se as visitas também desejavam a mesma coisa, se bem que eu não soubesse como servi-las, a não ser usando um dedal da sua indefectível caixinha de costura, ideia que eu mesmo dei. Quer dizer que D. Hermengarda também as via como eu e não achava nada de mais naquelas duas?

- D. Hermengarda, a senhora viu direitinho quem são essas duas? Não achou tudo isso muito estranho?

- Doutor, depois de tudo o que aconteceu nesta sala, por que eu iria me espantar com alguma coisa? Lembra-se daquele russo que só conversava plantando bananeira e que gostava de roubar pneu de carro só para fazê-los rolar ladeira abaixo? Então, isto aqui não é nada mesmo.

Pensando bem, D. Hemengarda tinha razão. Aquele russo era mesmo muito estranho, sem contar os dois velhinhos que davam tiros de sal colorido nos transeuntes com espingardas de ar comprimido.

Dando uma tossidinha para limpar a garganta eu puxei a minha cadeira para o lado da mesa, de forma a que pudesse ver as duas clientes sem torcer o pescoço.

- Muito bem, minhas senhoras, vamos à sua história. Mas antes precisamos combinar os meus honorários. Se for uma consulta será por hora. Caso tenha de tomar alguma medida judicial eu verei depois de ter conhecimento do caso em quanto ficarão.

- Não tem problema, doutor. Nós nos pagamos em espécie e seja quanto for o que o senhor nos cobre, tem muitas colegas lá no cofre da Federal para completar o preço.

- *Yes, rial ou dólar*, disse a própria.

- Vou falar por nós duas e como representantes de todas as colegas do bolo dos 51, que foram mesmo uma má ideia. Ela tomou um gole do dedal de água e começou a contar a sua história.

- Nós todas nascemos em épocas diferentes, a maior parte no Brasil e a outra na terra do Tio Sam. Nossa história como moeda remonta ao tempo em que se pagava com sal. Depois de muitos séculos, como o senhor sabe, nós viramos dinheiro de papel e servimos essencialmente para o pagamento de despesas dos nossos donos.

- Isto, *todou tipou* de despesas, disse a D. Dólar.

- Mas veja, doutor, nós viemos a este mundo para dar alegria às pessoas, para proporcionar que elas comprem coisas para o seu próprio bem, coisas boas e honestas. Nenhuma de nós foi emitida conscientemente pelos nossos criadores para servirmos a propósitos desonestos. Longe disto. A verdadeira riqueza das nações e das famílias implica em que o nosso uso seja produtivo e que circulemos durante todo o tempo, sem nos escondermos.

- Yes, *yes e dessa jeitou* nós visitamos muitos lugares *bonitous*, acrescentou D. Dólar.

- Doutor, falou a senhora Real retomando a palavra, o que acontece é que tem gente nos escondendo em malas pretas, em caixas de papelão, em roupas de baixo (algumas não muito bem lavadas), em fundos falsos de carros, de navios e de aviões. Também em muitos outros lugares que não foram feitos para nós e aos quais não fica bem nos referirmos.

- *I que falta de arrr*, doutor, disse a D. Dólar, me sintia *muitou* mal.

- Doutor, pelas conversas que ouvimos a gente sabe que esses donos não nos ganharam como fruto do seu trabalho. Poderíamos até fazer uma delação monetária. O único trabalho que eles têm é o de nos carregar escondidas para lugares mais escondidos ainda. E o pior de tudo, ficamos um tempão paradas, sem sair do lugar, sem servir para comprar nada, sem dar alegria a uma criança, a uma esposa, a uma família. Completamente inúteis. E olhe, quantas vezes nós fomos usadas para viagens a Miami, à Disney, à Europa. E nem se fale da compra de casas onde nossos donos iriam morar. Nem precisava que nós ficássemos para lá e para cá. Éramos guardadas direitinho nos caixas dos bancos, e os nossos representantes, os cheques, faziam o nosso trabalho externo. Depois vieram os cartões de crédito e de débito e nos viajávamos pelos olhos da nossa imaginação a cada negócio que era feito.

- Certo, certo, disse a d. Dólar. E não temos nada a ver com aquelas fraudes fantasmas, os *bitcoins* que alguém inventou por aí. Eu *pessoalmentchi* não me troco por nenhum *delis*, ela acrescentou. Alguém perderá muitas de nós com eles. *Bitcoins, go home*!

- E olhe, doutor, esses donos estranhos não nos usam como as pessoas normais. Estas nos colocam na carteira ou guardam em casa para uma necessidade. Ou depositam no banco quando a quantia é maior. Aqueles outros nos abraçam bem forte junto ao peito, nos acariciam de olhos fechados. E até nos beijam.

- *Disgusting*, afirmou D. Dólar.

- Deixam em nós impressões digitais e labiais.

- Al right! Digital *impressions and labial impressions*, repetiu a Sra. Dólar.

- Nos contam e recontam e depois nos guardam de novo, continuou a Sra. Real. Olhe que nós ficamos muitas vezes por meses a fio presas até mesmo em buracos na parede ou em fossos bem fundos, enroladas em sacos de plástico. E agora, na Federal, estamos presas em sacos plásticos, amarrados com um lacre, sem poder respirar. Está um sufoco.

- Bem, disse eu, é tudo muito triste mesmo, mas o que eu poderia fazer por vocês? Não vejo como poderia ajudá-las.

- Soubemos que o senhor impetra uma medida bem eficaz para libertar pessoas que são presas sem motivo.

- Isto mesmo, se chama *habeas corpus*.

- Então, o doutor faria uma habeas corpus para todas nós, não somente para mim e para a D. Dólar, mas para todas as nossas colegas que estão indevidamente presas naquele canto.

- Há, há! Gracejei eu. Seria um ***habeas corpus monetário***!
- *Very well*! Gritou D. Dólar.

- *Maravilha*! Exclamou a Sra. Real.

- Calma, calma! Disse eu. As coisas não funcionam assim. Vocês são muito simpáticas, mas não são pessoas humanas. O *habeas corpus* é só para elas.

- Não diga isso, doutor, reclamou a Sra. Real. Nós termos um *corpus*, não está vendo, ou somos transparentes? Então o senhor nos "*habeas*".

- *She's right*! Afirmou D. Dólar.

- Isto mesmo. Será que não se pode apoiar nossa pretensão na *dignidade cedular*, na livre circulação das cédulas, na nossa função social? Redarguiu a Sra. Real. É só usar a analogia, como vocês advogados falam, não é verdade?

- Eu fiquei olhando para as duas. Bem que eu podia fazer bom uso de um par delas, tirando-as daquela prisão insalubre. Afinal de contas, os tempos estão difíceis e o que elas me pedem é perfeitamente justificável. É o direito de uma cédula circular tanto a quanto o de um passarinho voar.

- Caras senhoras, podem deixar comigo. Vou estudar o seu caso com a maior dedicação e muito em breve lhes darei uma resposta, que certamente atenderá os seus interesses e de todas as suas colegas. Palavra de Epaminondas!

- Muito obrigado, doutor, disseram elas.

- E como voltarão para onde vieram?

- Do mesmo jeito como viemos. De Uber. Temos alguma coisa em haver com alguns cartões de crédito. E lembre-se, doutor, nós estamos perto da nossa extinção, tanto quanto

os dinossauros que já se foram. Daqui a algum tempo somente existiremos em museus. Mas por enquanto, que possamos gozar a vida realizando livremente a nossa vocação.

Nos cumprimentamos e elas se foram embora. Quanto a mim, eu comecei a matutar em como botar no papel, nos termos da lei, as justificativas que elas me haviam dado. Será que tem algum colega aí com uma boa ideia para me ajudar? Rachamos o preço dos serviços.

UM JURISTA NO MUNDO MOEDA E DA POLÍTICA MONETÁRIA II (JURISTA SEM JUROS)

- 12.04.2017 -

Enquanto a Senhora Morte discute a realização de uma arbitragem para a qual foi intimada em *"Uma Arbitragem Mortal",* voltemos ao tema da moeda e da política monetária para finalizar esse breve comentário.

Em primeiro lugar, a correção de uma imprecisão existente no texto anterior, quando foi dito que a moeda é instrumento de troca, meio de pagamento e reserva de valor. Na verdade, há uma duplicidade na frase anterior e relação a uma mesma função. Deve ser entendido que a moeda tem como papel o de ser um bem intermediário de troca, unidade de conta e reserva de valor.

Por sua vez, quanto ao *bitcoin*, na medida em que se toma qualquer bem (uma moeda conversível, por exemplo), como suporte para aquele, dir-se-ia que ele tem um ponto de referência no mundo monetário. No entanto, qualquer *taxa de câmbio* que se estabeleça em mercados fechados será aleatória e sujeita a manipulação.

Veja-se que bens abstratos são normalmente negociados nos mercados, tal como acontece com negócios relacionados ao índice Bovespa. Mas este, por sua vez, é referenciado a bens de existência concreta (digamos assim), no caso, correspondente aos valores mobiliários que formam a base para a constituição daquele índice. Seu preço oscilará para cima ou para baixo segundo o façam os valores mobiliários que o componham, permitindo-se dessa forma sua negociação em bolsas.

Desprovido de curso legal ou de um *valor objetivo* como acontece com as commodities, não se entende como os *bitcoins* poderiam ser aceitos para negociação em mercados abertos, dado que jamais se poderia dar a sua entrega física que, ainda rara, é uma possibilidade em tais mercados onde são negociadas as primeiras, fazendo-se sua ligação com o mundo real.

Mas prossigamos.

A política monetária e as circunstâncias

É evidente que não existe uma política monetária estabelecida sobre regras permanentes e imutáveis. Ela deve ser adequada às circunstâncias da economia em cada momento, cabendo aos bancos centrais escolherem quais instrumentos que se encontram à sua disposição deverão ser utilizados em dado momento em e em que medida.

Como se sabe, o BCB foi criado como o órgão executivo do Conselho Monetário Nacional - CMN e sua função precípua é cuidar da moeda (no momento o "real") em relação à sua

utilização como meio adequado de pagamento. Isto implica na estabilidade do seu valor que, por sua vez deve ter em conta o oferecimento da *quantidade ótima* para o mercado. Ainda que o conhecimento de qual seja a *quantidade ideal de moeda* que deva estar em circulação consista em uma questão bastante complexa, sua medida é essencial para que sejam evitados dois extremos: **(i)** a falta de moeda por qualquer motivo (inclusive uma procura intensa como efeito de especulação), fato determinante da sua super valorização; e **(ii)** o seu excesso, que tem efeitos diretamente inflacionários.

Em um tempo recente ocorreu no Brasil uma rápida e altíssima valorização do dólar em contrapartida à **desvalorização externa** do real na mesma medida. No plano interno os preços se elevaram de forma sistemática e isto se deu em algumas áreas em nível mais intenso do que em outras. Esta é a **desvalorização interna** e, conjugadas as duas, causaram sério descontrole econômico, gerador de crises inflacionárias e de recessão, em uma mistura perversa de **estagflação**. Os fatores mais do que sabidos eram políticos e econômicos, estreitamente interligados entre si. Assim sendo, os exportadores brasileiros (como empresários que em tese somente atuassem nessa área de negócios, sem preocupações com o mercado interno) estavam muitíssimos felizes, enquanto os importadores e turistas há muito tempo não viam uma situação tão ruim para os seus propósitos.

Ótimo, diriam alguns, se tratava de uma boa ocasião para restringir as despesas dos turistas brasileiros, voltados para uma gastança desordenada, inclusive para trazerem bem supérfluos de Nova York ou de Miami (especialmente), ali comprando todo o enxoval de uma noiva ou de um bebê esperado pelos pais. Na mesma linha de raciocínio seria tempo de dificultar que os novos ricos adquirissem carros estrangeiros de luxo para se exibiram nas ruas e estradas esburacadas do país. O mesmo quanto a roupas de costureiros da moda ou bolsas de marcas famosas para mulheres. E sem falar nas viagens ao exterior, cuja conta havia chegado a níveis extremamente elevados.

Oportunamente uma pergunta poderia ser feita. Por que, mesmo contando o custo de uma passagem aérea mais a hospedagem em um hotel e as despesas de transporte, ainda assim era mais barato comprar aqueles e outros produtos fora do Brasil? E deve ser lembrado que, nas últimas décadas, apenas uma vez a moeda brasileira foi cotada em preço mais barato do que o dólar, ou seja, quando da criação da URV em 1994, situação excepcional e momento de intensa felicidade para toda a comunidade das sacoleiras desta pátria. Evidentemente a tributação brasileira tem muito a ver com esse quadro, o que não é nosso problema no momento.

Mas há outra face da moeda, quando o preço do dólar se eleva expressivamente em relação à moeda nacional. Nesse caso a importação de bens de capital para o fortalecimento e modernização da indústria nacional fica muito mais cara e, claro, o custo será repassado para o consumidor do produto final, se isto for possível ao fabricante. Caso contrário, ele passará, no ramo automobilístico, por exemplo, a nos fornecer as suas *antigas "carroças"* porque não terá material nem tecnologia mais modernos para utilizar em sua linha de fabricação.

E como o BCB normalmente exerce a sua função de guardião da moeda? Digamos que seja da mesma forma como se faz com o gramado de um campo de futebol. Quando está seco, se molha; quando está muito encharcado, se enxuga, o que é próprio da filosofia do Conselheiro Acácio. E, no caso do BCB, a sua mangueira e o seu rodo consistem nos instrumentos de política monetária ao seu dispor: encaixes obrigatórios, depósitos compulsórios, taxa de redesconto e a taxa SELIC.

Quando há dinheiro em excesso, assim considerado diante do seu parâmetro ótimo (e isto diz respeito não somente à moeda física e escritural em circulação, mas também quando existe crédito muito fácil) o BCB aumenta o nível de encaixe e de depósitos compulsórios dos bancos, assim diminuindo a sua capacidade de empréstimo. Também aumenta a taxa de redesconto, pois ele, BCB, é o emprestador de última instância no mercado financeiro; e, ainda, eleva a taxa SELIC, restringindo também dessa forma o crédito, cuja taxa de juros se tornará mais elevada. O aumento da taxa de redesconto repercute diretamente na taxa do mercado interbancário, aquele dentro do qual os bancos emprestam uns aos outros.

Quanto ao redesconto, no Brasil esta operação se reveste da qualidade de um instrumento punitivo em relação às instituições financeiras que a ele recorrem, pois a taxa aplicada é extremamente elevada, significando também que o favorecido representa certo perigo de quebra porque não conseguiu superar suas dificuldades no mercado interbancário. Em outros sistemas financeiros o redesconto apresenta menor relevância quanto a esta função específica, tratando-se de um mecanismo regular de financiamento dos bancos que atravessam alguma situação de dificuldades dentro de um horizonte de curtíssimo prazo (um dia).

Quando a oferta de moeda se encontra abaixo das necessidades do mercado o BCB adota a posição inversa, reduzindo as exigências acima referidas. Na verdade, mesmo em economias mais estabilizadas do que a nossa, o aumento da oferta de moeda ou, ao contrário, a sua redução, se dá de forma cíclica, normalmente em patamares não muito acentuados porque ao longo do ano há períodos em que a economia está mais ou menos aquecida.

Verifica-se que, antigamente, a concessão de crédito pelo uso intenso do cheque pós-datado e dos carnês de lojas de departamento como instrumentos de financiamento das famílias, ao lado do desconto físico de duplicatas no comércio e no setor de serviços, apresentava uma capacidade de criação de moeda escritural pelos bancos bem mais reduzida em relação ao que hoje acontece. Isto se dá pela intensa utilização de cartões eletrônicos e dos diversos recebíveis em uso no mercado, a par do desconto eletrônico de duplicatas. Essas operações tornaram muito mais rápida a circulação da moeda, com um efeito de forte alavancagem na base monetária, resultado na possibilidade da inundação de moeda no mercado financeiro.

Em conjugação com todos esses novos fatores, acima referidos, a globalização financeira cada vez mais intensa e o surgimento da *criptomoeda* (entre as quais se conta o *bitcoin* como visto acima), têm feito com que os bancos centrais do mundo inteiro se preocupem com a perda de fato do seu poder de regular a quantidade de moeda em circulação e, consequentemente, levando-os a verem reduzido o seu poder de manutenção da estabilidade monetária.

Com a finalidade de estabelecer o controle sobre esses novos meios de circulação da moeda, foi recentemente regulamentado entre nós o Sistema de Arranjos e Instituições de Pagamento, para incluí-los sob a tutela do BCB, com uma segunda finalidade altamente essencial, que é a de cercar as possibilidades do surgimento de risco financeiro no mercado. O tema em questão foi objeto da Lei 12.865, dee 9/10/13, regulada, por sua vez, por resoluções do CMN e circulares do BCB.

Contribuindo de forma altamente negativa, em países nos quais existe um desequilíbrio, principalmente no campo fiscal (por causa de um nível de tributação muito elevado e a existência não sistemática do regime de impostos) o governo interfere de forma altamente prejudicial no desenvolvimento do papel dos bancos centrais, como é precisamente o momento atual que o Brasil atravessava no período mencionado.

O déficit público havia alcançado uma cifra astronômica (e se encontrava em elevação por diversos motivos, entre os quais o sistema falido da previdência pública) e o governo somente dispunha de duas saídas tecnicamente possíveis: reduzir drasticamente os seus custos e investimentos e/ou aumentar impostos. Tais soluções se revelavam extremamente problemáticas na realidade em que temos vivido por duas razões: Primeira, cortar custos e investimentos apresenta um preço político muitíssimo elevado para o governo porque o sistema de longa data estabelecido entre nós fundou-se nos conhecidos arranjos de *governabilidade*. Assim sendo, não tem existido o mínimo apoio político para cortar despesas, o que se daria pela extinção de ministérios e cargos comissionados existentes em profusão; pela demissão de milhares de empregados não concursados; pelo corte de programas sociais; pela redução de investimentos não absolutamente essenciais; e por aí vai. E, tendo em conta o número em jogo, a economia teria de ser feita ao longo de alguns sofridos anos porque um ou mesmo dois seriam insuficientes. Isto é claro, com a revolta de eleitores que entendessem finalmente terem sido completamente enganados com promessas irrealizáveis no longo prazo.

O aumento de impostos, por sua vez, representaria uma sobrecarga ainda maior sobre famílias e empresas que já pagam uma tributação contada entre as maiores do mundo. Não tem havido espaço financeiro para tanto, e muito menos espaço político. O retorno à CPMF, vestida com novas roupagens, seria uma medida odiosa para a sociedade civil e um tiro no pé para os políticos que a favorecerem, se desejassem disputar com alguma possibilidade de sucesso uma próxima eleição. A história da CPMF, criada fundadamente para acudir as despesas públicas da saúde não é nada edificante, pois se desligou da sua causa e transformou-se em fonte pura e simples da cobertura geral de gastos descontrolados do governo. Terá sido uma boa intenção, das quais o inferno está repleto.

Por outro lado, parte do financiamento do Governo tem sido feito por meio de aplicações de investidores no chamado *"Tesouro Direto",* o que tem a ver também com a taxa SELIC. Esta operação consiste na aquisição pelo aplicador de títulos emitidos pelo Tesouro Federal, que paga o equivalente aos juros daquela taxa SELIC, historicamente uma das mais altas do mundo. E não havia condições naquele momento para elevar ainda mais esta taxa. Ela chegou ao teto máximo que a economia (não) podia aguentar.

Ocorre que o Governo, com a operação acima, de um lado, recebe imediatamente recursos de que necessita, mas do outro ele se endivida, aumentando as suas obrigações financeiras para o futuro. O investidor acredita que poderá ganhar pouco (diante da inflação real), mas que se trata de investimento seguro porque a última coisa que um governo em dificuldades faz é deixar de honrar as suas obrigações diretas. Isto porque a repercussão do seu inadimplemento é mais rápida do que a velocidade da luz, trazendo a catástrofe.

Com a emissão de títulos pelo Tesouro há um reflexo imediato na base monetária, pois o BCB, em contrapartida à venda daqueles, recolhe moeda, enquanto no seu vencimento ele a emite. Se a diferença for negativa e dotada de certa perenidade, temos presente mais um sério fator de inflação. E tendo em conta que o BCB não pode obrigar o Governo a parar de emitir títulos públicos, seu poder de interferência inexiste a não ser, indiretamente e sem grande eficácia, pelo fato de que a lei o proíbe de financiar o emitente pela compra direta por aquela Autoridade Monetária. Mas existe a possibilidade de sua aquisição indireta, o que leva o BCB a ser cúmplice involuntário do Governo na sua irresponsabilidade monetária e fiscal.

Conforme se verifica, a dança da política monetária torna-se cada vez mais complicada, pois ela vive em união ilícita com o déficit fiscal.

Para equilibrar um pouco a situação o governo anunciou que para 2018 a taxa TJLP será substituída por uma colocada em patamar superior, fato que reduzirá o crédito público de longo prazo que se apresenta como um subsídio negativo para a economia. Mas essa é outra história, para outra ocasião.

BITCOINS EM VELOCIDADE DE *"DOBRA"*

- 9 de abril de 2014 -

Notícias recentes nos deram conta que a Receita Federal passou a equiparar os bitcoins a ativos financeiros para o fim de sua informação como "outros bens" nas declarações de bens e, quando for o caso, objetivando o pagamento do imposto correspondente pelos seus titulares. A notícia não diz, mas parece que a Receita não aceitará pagamento em tal "moeda", mas apenas no nosso não muito velho, mas já bem conhecido real.

Mas, afinal de contas, o que é um *bitcoin*? Para simplificar a explicação, trata-se de uma moeda eletrônica que foi criada no ambiente virtual e que nele circula.

Suponhamos que este autor desejasse criar uma moeda dessa espécie, à qual desse o nome de *bitduclerc*. Assim sendo, eu anuncio no mercado que emiti um bilhão de *bitduclercs* e que aceito fazer negócios os dando em pagamento. Já que tal moeda seria virtual, naturalmente os bens a serem comprados também deveriam ter a mesma característica e, de tal forma, eu teria apenas criado mais um joguinho do tipo banco imobiliário, embora eletrônico.

Não é essencial para tal fim, mas eu poderia fazer outra coisa, para dar maior credibilidade à moeda da minha invenção. Se eu tivesse, eu poderia separar um bilhão de reais (patrimônio de afetação) e os destinaria como capital do meu banco eletrônico, fazendo um registro em cartório. Isto seria o lastro da minha nova moeda.

Mas o meu interesse é fazer negócios no mundo real, dando em pagamento a minha moeda eletrônica, mais ou menos a mesma coisa que a Coréia do Norte procura fazer com o que quer que seja usado como moeda naquele país fora da curva, em palavras da moda.

Digamos que eu ache pessoas interessadas em fazer negócios comigo, dada a facilidade operacional, que leva a pagamentos e recebimentos instantâneos, sem fronteiras e sem regulação. Basta que as partes passem a ter confiança umas nas outras, o que dependerá de muitos fatores. E isto parece já ter acontecido, pois se teria formado um mercado da ordem de bilhões de *bitcoins.*

Considerando que viesse a existir um mercado de *bitduclercs,* então eu poderia comprar qualquer coisa do mundo físico usando-os em pagamento. Mas o pressuposto seria o estabelecimento de uma taxa de câmbio entre a minha moeda e as do mundo real, uma vantagem considerável, especialmente se ela viesse a evoluir para a categoria moeda conversível, isto é, aceita em todos os mercados do mundo.

Dado um sistema de câmbio flutuante, como seria o do Brasil (tem que ainda acredita em contos da carochinha), o mercado estabeleceria a taxa, que mudaria conforme diversos

fatores, inclusive o humor dos governantes; o resultado de campeonatos internacionais; a escalação de um candidato a presidente; um PIBÃO; ou um pibinho, etc.

Cabe uma perguntinha indigesta? Onde estarão depositados os meus *bitduclercs*? [8]A resposta é simples, numa conta que eu mesmo abri e que eu mesmo administro no *Banco Eletronico Duclerc* (fora da esfera de atuação do Banco Central do Brasil), fazendo lançamentos a débito e a crédito conforme os negócios efetuados. O meu ganho estará em dois momentos: (i) no lucro que eu tiver ao comprar um bem no mundo real pagando em *bitduclercs* e na venda por preço mais elevado, de volta ao mundo físico pela mesma moeda. Isto tem o nome de arbitragem feita entre mercados diversos.

Mas suponhamos que eu não tenha cabeça para negócios e aplique boa parte do meu dinheiro no mundo real no ramo do pré-sal, ou empreste para certos países que andam para lá de inadimplentes aqui pela América Latina. Neste caso eu terei um grande prejuízo em real, dólar, ou seja lá o que for, e não terei condições de retornar para o meu banco de *bitduclercs* a mesma quantidade que saquei nele. Então eu não serei capaz de honrar minhas obrigações em tal moeda eletrônica. Se a coisa chegar a um nível extremo, meu banco quebrará e a minha moeda passará a se chamar *bitconceição*, que, pelo que eu me lembro muito bem, onde está ninguém sabe, ninguém viu.

Mas o inverso poderá ter o mesmo desfecho. Eu perco a maior parte dos meus *bitduclercs* em maus negócios no mundo eletrônico e eu e os meus credores estaremos quebrados no mundo real.

Poderia demorar um pouco mais, mas já que eu sou muito burro para negócios – não façam mau juízo de mim pensando que eu cedi à tentação e saquei todo o meu lastro em moeda real e me mandei para um país que não tem acordo de deportação com o Brasil – é que eu não era mesmo do ramo mercantil, um verdadeiro Rei Midas ao contrário, que quebraria de qualquer jeito.

Um fator relevante quanto aos meus *bitduclercs* é que eles não têm valor forçado, pois não são moeda emitida pelo Estado, de sua responsabilidade. Desta forma, sua aceitação não pode ser determinada por um juiz e se dará como o cartaz no caixa das padarias: *"Não aceitamos cheques... nem bitduclercs".* Somente os aceita quem assim desejar, sob o seu próprio risco.

Os economistas que me digam se essa invenção tem alguma base econômica, e se ela seria uma expressão da famosa criatividade dos comerciantes, que vem desde a Idade Média. Eu estou perplexo. Por enquanto sinto o forte cheiro de uma corrente da felicidade, na qual os primeiros serão os primeiros e os últimos os últimos mesmo, que ficarão vendo os navios carregados de *bitcoins* afundando no oceano distante, sem qualquer possibilidade de resgate.

Tudo bem. Alguém já disse que a coisa mais difícil do mundo é manter um trouxa junto do seu dinheiro.

---

[8] É precisamente como chegar a eles o problema dos herdeiros do titular de uma bolsa voltada para a sua negociação, que morreu sem ter deixado com alguém a sua senha. Isto é pior do que o pirata perder o mapa da ilha no qual seu tesouro foi enterrado. Nem sabe a ilha, nem tem o mapa. Mas estatisticamente o pirata pode ter esperanças. Esses herdeiros podem esquecer dos tais *bitcoins* se a senha não aparecer em algum lugar.

E cá para nós, Dona Receita, qual a cotação pelo qual eu deverei declarar os meus *bitduclercs* se um dia os emitir, para fazer a minha declaração? Um por um não dá, não é verdade? Seria covardia, um verdadeiro caso de expropriação descarada.

Ah, sim, e o que têm os bitcoins com a *"velocidade de 'dobra'"?* Fácil. Se o capitão Kirk acerta todas as vezes que engata a marcha de sua nave para alcançá-la e assim chegar ao outro lado do universo, duvido que o mesmo aconteça com tal moeda. Mais fácil será ela bater de cara com a lua ou bem mais perto, no Pico do Jaraguá quando lançada aqui de São Paulo.

DAS AÇÕES AOS BITCOINS E QUEJANDOS (UMA PEREGRINAÇÃO DA RACIONALIDADE PARA A IRRACIONALIDADE ECONÔMICA)

- 8 de janeiro de 2018 -

Todos os caminhos levam a Roma, já se disse há muito tempo. O do *bitcoin* e dos milhares de moedas virtuais levarão ao inferno mais profundo, a não ser que eu esteja *quadradamente* enganado. Vejamos.

O *bitcoin*, a mais famosa dentre as chamadas moedas virtuais valorizou-se do zero a perto de 20 mil dólares (60 mil reais em números redondos) em um tempo recorde na história da moeda). Acho que se trata de um fenômeno jamais visto, a conferir. Como diria alguém, ''nunca dantes neste planeta''. Em todo o caso, de início, comparemos o *bitcoin* com os sete bens mais valorizados nos dias de hoje (tirado de um site na internet):

- Antimatéria: R$18,6 trilhões o grama;
- Califórnio: R$80 milhões o grama;
- Diamante: R$163 mil r grama;
- Trítio: R$89 mil o grama;
- Pedra taaffeite: R$ 59 mil o grama;
- Painita: R$26 mil o grama; e
- Plutônio: R$11 mil por grama.

Tirando a antimatéria (que ninguém sabe, ninguém viu), os demais são metais ou pedras raras na natureza, o que justifica o seu valor, entre outros fatores. Se compararmos com quaisquer moedas em circulação, o *bitcoin* está tão distante delas quanto a mais longínqua das estrelas. É o cavalo azarão que ganhou o grande prêmio. Isto tem algum fundamento econômico? Para responder façamos uma comparação com as ações emitidas por companhias abertas negociadas nas bolsas de valores.

Qual é o preço real (digamos, justo) de uma ação? Suponhamos que uma companhia pretende ingressar no mercado de capitais, fazendo um lançamento de suas ações. Para tal efeito a empresa terá de ser avaliada por algum dos métodos utilizados no mercado

correspondente que levará em conta, entre outros elementos (para simplificar), o valor dos seus ativos materiais e imateriais e a expectativa (justificada) de lucros futuros. O resultado alcançado será aquele utilizado na venda inicial (preço de emissão).

A cotação futura dessa ação no mercado dependerá de diversos fatores. Tirando crises econômicas que possam surgir e a especulação (que é imprescindível para dar liquidez aos valores mobiliários), uma ação valorizará ou desvalorizará na dependência da expectativa/realidade de lucros a serem produzidos pela companhia emitente. Novas emissões acontecerão na medida da necessidade de novos aportes de capital para que se possa fazer frente ao incremento da atividade produtiva, o que beneficia os antigos acionistas que poderão fazer novas subscrições, aumentando a potencialidade dos seus ganhos. E, dessa forma, é normal que se estabeleça um ciclo virtuoso de crescimento que pode durar por um período de tempo significativo. Basta examinar o que aconteceu com as companhias mais antigas no mercado de capitais, cuja atividade ainda hoje se mantém pujante. Isto é racionalidade.

Do lado do *bitcoin*, a sua valorização tem se dado tão somente como resultado de uma intensa demanda e do fato de que oferta é quase que absolutamente inelástica. Como se ouviu dizer lá em Lins (lugar incerto e não sabido) a sua emissão estaria limitada a um determinado montante de 21 milhões de unidades. *A partir da emissão inicial* (?) aquele limite será progressivamente alcançado por meio de um processo chamado de mineração (tal como se você estivesse procurando ouro em uma mina). Essa *mineração* corresponde à solução via computadores que operam no sistema de uma série de operações de criptografia, que exige enorme capacidade de processamento. Cada vez que uma *equação* é resolvida, o primeiro que o faz ganha um bloco de *bitcoins*. E o processo recomeça para a solução de um novo problema.

Se a equação a ser resolvida contribuísse como inovação para a matemática ou a física pura poderia se reconhecer a criação de um bem no processo de mineração. Mas não é isto o que acontece. Simplesmente é superado um obstáculo nesse jogo, que recomeça sempre e sempre, até o dia em que tiver sido alcançado o tal limite de 21 milhões de unidades, falando-se que esse momento se dará por volta de 2040.

Como é que mineradores estão atrás de filões de *bitcoins*? Tem gente, por exemplo, que localizou no Paraguai - onde a eletricidade é mais barata - a sede de sua empresa de prospecção dessa *coisa* (desculpem, mas não sei enquadrá-la em alguma categoria econômica/jurídica) e ali colocou em operação centenas de computadores interligados, com o fim de resolver a *equação* do momento, criada por um tal de algoritmo. Temos, portanto, uma nova categoria econômica, os camelôs de *bitcoins*. Claro, isso gerou empregos pelo aumento da venda de computadores e de sua manutenção. E eletricidade tem sido gasta em profusão. Que outros bens foram gerados para o benefício desses empresários e da sociedade como um todo? Os empresários que resolvem a equação ganham *bitcoins* que podem ser trocados por bens de qualquer natureza e até mesmo por moeda verdadeira, se for achado quem faça essa passagem de um mercado virtual para um real. Fora isto nada mais, a não ser que interesses não muito louváveis estejam sendo atendidos. Isto é irracionalidade.

No sentido acima ninguém precisa ser muito esperto para saber que esse mercado de moedas virtuais é uma maravilha para o tráfico internacional ilegal (armas, drogas, escravos, petróleo para países com fronteiras comerciais fechadas, sonegadores, governantes e políticos corruptos, etc.).

Uma das desculpas (ou explicações, perdão) dadas pelos *bitcoiners* é a da busca por custos mais baratos para as operações financeiras, considerando-se que os bancos, os grandes vilões da sociedade, roubam descaradamente os usuários dos seus serviços e tomadores dos seus recursos. Dessa forma, a desintermediação financeira seria a razão principal da criação das moedas virtuais. Acredite quem quiser.

O observador isento poderá verificar que os lucros dos balanços dos bancos não são nada exorbitantes em geração a empresas que exploram outros mercados. E o tal do *spread*bancário tão elevado tem diversos pais, entre os quais a tributação da qual os *bitcoiners* se esquivam, empobrecendo os estados que deixam de recolher os impostos devidos. Se os impostos são tão altos, a culpa não é dos bancos, que apenas repassam os custos aos seus clientes. Aliás, a questão do *spread* bancário e das altas taxas de juros e de serviços tem sido um tema extensamente debatido nos meios financeiros e não é aqui o lugar para discuti-lo.

Acrescente-se ao cenário que uma epidemia de contágio por *bitcoinite* está se alastrando por todos os lados, com graves consequências, por certo. Por exemplo, outro dia encontrei um pequeno empreiteiro que passou a negociar contratos de aplicações financeiras em *bitcoins*. A empresa que ele representa vende contratos de seis meses de duração nos quais promete uma remuneração garantida mínima de 1,5% ao mês. Os recursos serão aplicados em moedas virtuais e se, no fim do prazo do contrato, tiver havido valorização maior do que o ganho mensal prometido, ela será repassada ao investidor. Se houver perda, ela será assumida pela empresa vendedora de tais contratos. Uma maravilha, não?

Perguntado a respeito, o meu interlocutor não soube me dizer que tipo de empresa é essa. Apenas soube informar que ela tem um CNPJ específico, seja lá o que isto signifique. Pode tratar-se de uma *fintech*, sei lá, mas a equação não fecha. Isto porque perguntei com que capital a empresa suportará as eventuais perdas de desvalorização das moedas objeto dos contratos e ele me disse que ela tem um capital que representa o dobro do valor dos seus contratos. Considerada uma *alacavancagem* elevada de suas operações, duvido que numa crise tal empresa se aguente. Ela certamente quebrará e causará prejuízo aos seus investidores. E pelo visto tais empresas estão longe de qualquer fiscalização eficiente.

A equação é simples pois, conforme foi dito linhas atrás, não existe qualquer ganho nas operações com *bitcoins* que não seja o resultado da contínua elevação do seu valor. Não há qualquer lucro resultante da venda de bens ou de serviços ou da descoberta um bem real porque a *mineração* não é nada mais nada menos do que o prêmio pela ultrapassagem de um obstáculo. E um dia, quando se chegar ao tal limite de R$21 milhões a emissão cessará e a valorização de tal *coisa* se dará somente se houver uma contínua demanda durante o curso de sua história. Um quadro de pintor famoso apresenta o mesmo resultado mas, ao menos, essa obra de arte está em algum lugar para alguém admirar. E os *bitcoins*, onde estão?

Sob outro ponto de vista, qual é a composição dos investidores em *bitcoins*? São, pela ordem, os emissores originais (que o criaram); e os investidores que se seguiram e se seguirão ao longo do curso da existência dessa moeda. Quem comprou lá atrás e já vendeu certamente ganhou muito dinheiro. Quem está com um estoque agora somente ganhará, como afirmado acima, se a cotação continuar subindo o tempo todo. Se isto não é uma ciranda financeira alguém me diga de que se trata.

Mas não se preocupem *bitcoiners* em atividade. O seu mercado está garantido. Isto porque há uma lei econômica que eu descobri há muito tempo e já repeti outras vezes: a coisa mais difícil do mundo é manter um trouxa longe do seu dinheiro.

E, dada a absoluta falta de transparência desse sistema, quem garante que o saldo positivo dos *bitcoins* é mesmo aquele que aparece nos extratos dos investidores? Montantes podem ter sido desviados. Podemos estar na presença de um *caixa dois* e, como já vivi na minha experiência de Banco Central, até mesmo de um *caixa três*. Se o papel aceita falsificações, imaginem um comprovante eletrônico!

E num cenário aterrorizador eu posso imaginar a seguinte situação. Um dia qualquer no futuro poderá aparecer na tela dos computadores de todos os investidores nesse negócio a seguinte mensagem: *''Game over. Bye, bye''*; ou *''Este programa realizou uma operação ilegal e será definitivamente fechado''*. Ilegal, literalmente. E todas as contas estarão zeradas. Quem tiver perdido o seu rico dinheirinho que saia atrás dos causadores de sua desgraça. É fácil, basta achar e prender o Sr. Algorítmo que tiver causado a fraude. Será preciso usar os serviços da Interpol galáctica eletrônica. Contatem o Capitão Kirk ou um *Blade Runner* atrás de inteligência artificial. Eles e suas tripulações encontrarão o fugitivo.

Mas será que não estou exagerando, existiria mesmo gente de má-fé no reino dos *bitcoins*? Considerando-se a natureza humana, parece que sim. A esse respeito eu me lembro das aventuras do Barão Camilo Bernardo Lúcio Clodoveu de Nicastro, ilustre personagem da novela ''O Barão de Nicastro'', do brilhante, mas relativamente desconhecido escritor italiano Ippolito Nievo. Em suas aventuras o Barão de Nicastro encontrou muita gente lá não muito honesta e um deles, um dervixe de Túnis, afirmou ao nosso herói que admitia pacificamente o mal para os outros, desde que dele viesse o seu próprio bem. Parece que essa filosofia se tornou uma escola muito concorrida e é possível que tenha seguidores do reino dos *bitcoins*. Entre nós ela ficou conhecida pelo lema *''O negócio é levar vantagem em tudo!''*.

O BANCO PANAMERICANO E AS MALHAS DO DIREITO

- 29.11.210 -

Nota – Tantos anos depois não houve mudança na legislação sobre o tema, considerando-se que, mais uma vez, têm sido elaborados inúmeros e projetos de lei a respeito desse tema. O próprio BCB é o *pai* de um deles, cuidando das formas de resolução de instituições financeiras (terminologia nova importada dos USA para referir-se à mesma coisa).

A quebra do Banco PanAmericano leva a considerar qual o arsenal jurídico de que o Direito brasileiro dispõe para enfrentar tais situações. Na verdade, os institutos jurídicos à disposição de quem detêm competência para agir nesta área são variados, nos campos do Direito Administrativo, Direito Comercial e Direito Penal.

No plano administrativo, caso a instituição não tivesse conseguido fazer um arranjo com o Fundo Garantidor de Créditos mediante a outorga das necessárias garantias e se mostrasse insolvente quanto às suas obrigações no sistema financeiro, o Banco Central do Brasil poderia ter decretado intervenção, liquidação extrajudicial ou regime de administração especial temporária, previstos na lei 6.024/74. No final da linha também restaria a falência como último instituto da fila. Disto resultaria a responsabilidade civil do controlador e dos administradores,

com imediata indisponibilidade dos seus bens, objetivando o ressarcimento dos prejuízos apurados naquela instituição financeira.

Afastado o cenário acima, cabe ao Banco Central do Brasil apurar os ilícitos administrativos eventualmente praticados no âmbito daquele banco, identificando os responsáveis e aplicando-lhes as penalidades previstas no art. 44 da lei 4.595/64, após o transcurso do regular processo administrativo, dentro do qual opera o princípio do devido processo legal. As penalidades mencionadas se tornam efetivas neste plano após o julgamento do recurso que os interessados hajam eventualmente interposto perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Neste sentido, os responsáveis podem ser punidos com pena que corresponde a advertência, multa, suspensão do exercício do cargo de administrador e inabilitação temporária para o exercício desses cargos. Neste último caso, uma pena de inabilitação de vinte anos torna definitivo o efeito do afastamento do condenado, na medida em que, após o transcurso de tal prazo, ele já terá se tornado um *dinossauro no mercado financeiro*.

Não escaparão os causadores da quebra daquele banco a ações de responsabilidade fundadas na Lei das Sociedades Anônimas, objetivando indenização por prejuízos causados, que podem ter como réus os administradores que efetivamente deram causa ao prejuízo em questão, os que foram omissos em relação aos referidos ilícitos e as pessoas que com eles colaboraram ativamente para tal finalidade.

Em tese, poderão ser responsabilizados os Conselheiros Fiscais e os membros do Conselho de Administração por atos ilícitos no exercício de suas funções ou por omissões em relação aos seus deveres perante o banco.

Os auditores independentes, por sua vez – e ainda me referindo a eles em tese – respondem civilmente pelos prejuízos que causarem a terceiros em virtude de culpa ou dolo no exercício de suas funções, tal como estabelecido no art. 26 da lei 6.385/76 (**clique aqui**), sem prejuízo da aplicação de outras normas no mesmo sentido.

No campo penal, aplica-se a lei 7.492/86), que cuida dos *crimes financeiros*, bem como, se for o caso, a lei 9.613/98 (Lei dos Crimes de Ocultação de Dinheiro e Bens, mais conhecida como a *Lei de Lavagem de Dinheiro.* No primeiro caso, de acordo com as notícias disponíveis, estariam configurados crimes tais como gerência fraudulenta de instituição financeira; indução da autoridade competente e outros em erro quanto a operações ou a situação financeira do banco; fraude à fiscalização; inserção de elemento falso nos livros da instituição; etc.

Quanto à lavagem de dinheiro, esta lei se aplica de maneira geral ao desvio de recursos eventualmente obtidos fraudulentamente na gestão daquele banco, em relação aos quais o agente procure ocultá-los para futuramente deles fazer proveito indevido.

Conforme se verifica, o Direito tem um aparato bastante amplo para enfrentar os desdobramentos dos problemas ocorridos no Banco PanAmericano. Resta fazê-los operar eficazmente para que esta situação seja rápida e aceitavelmente superada.

DESTRINCHANDO OS ARRANJOS DE PAGAMENTO – I - ADMIRÁVEL MUNDO FINANCEIRO NOVO

- 31.08.2018 -

Em primeiro lugar devo me penitenciar pelo título deste artigo que se apresenta mais pretencioso do que o orgulho da galinha que acabou de botar um ovo. Estou muito longe de achar que já atingi aquele resultado ou que poderei atingi-lo em um breve espaço de tempo. E desafio outros operadores do Direito comercial em geral e do Direito bancário em especial a afirmarem que já chegaram lá ou que estão perto de romper a fita no final da reta com o seu peito cheio do ar da vitória. Faço aqui um repto. E dobro a aposta.

Para quem pensa que se está inventando a roda, afirmo que arranjos de pagamento são coisa muito antiga no Direito comercial. Um caso memorável para esse ramo do direito aconteceu quando, imaginemos, foi sacada a primeira letra de câmbio em alguma república italiana do Mediterrâneo, lá pela Idade Média, contra um banqueiro em Alexandria no Egito. De lá para cá o que tem mudado tem sido, no mais das vezes, meramente a técnica, na medida em que, dando-se um grande pulo no tempo, do papel passamos para os bits, que deram origem aos títulos eletrônicos, ainda hoje objeto de um pouco de mistério.

E um arranjo de pagamento mais moderno que recorreu ao uso de um plástico, talvez o primeiro deles ou o que primeiro deu certo, foi o cartão do *diners*, que servia inicialmente para pagar a conta de restaurantes. Desde esse tempo para os dias de hoje temos os cartões de crédito e de débito que se proliferaram de forma desmedida.

O advento da internet o acesso progressivo a esse serviço, que hoje já se encontra no domínio quase pleno das empresas e das famílias, proporcionou a sua utilização pelas instituições financeiras em favor dos seus clientes para todo o tipo de operações, inclusive as de pagamentos. Antes restritas aos desktops e laptops, hoje está no domínio pleno dos celulares, que passam a cada dia a se tornar um dispositivo fundamental nas transferências financeiras e nas operações de crédito, utilizando-se de aplicativos cada vez mais sofisticados, aos quais o usuário quase não tem tempo de se acostumar, pois as novidades *estouram* a cada momento.

Essa revolução, presente em todo o mundo, foi internalizada no Brasil a partir da lei 12.865, de 9/10/13, seguida por normas emanadas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BCB), que formalizaram os arranjos e instituições de pagamento, cuidando dos institutos correspondentes.

Quem já examinou esses normativos, e conhece um pouco a forma como o modelo de arranjos de pagamentos opera fica, com uma pergunta (ou com muitas, mesmo), no sentido de saber se continuamos dentro de um processo de evolução linear de negócios (o que se colocaria no campo do contrato sinalagmático) ou se, a partir dessa conhecida modalidade contratual, que regeria as relações entre as diversas partes, não estaríamos diante de uma construção jurídica nova a ser identificada e *digerida* para os fins do direito (identificação, reconhecimento da natureza jurídica, interpretação e aplicação).

Poderíamos pensar, ainda, no contrato associativo (inerente a algum modelo societário inominado, que explicaria parte das relações jurídicas em causa). Um óbice para uma explicação dessa ordem esbarraria no fato de que, no direito brasileiro, as sociedades são contadas em número fechado havendo quem enxergue, como a professora Rachel Sztajn, a possibilidade de alguma variação tipológica fundada no reconhecimento de que existiria

certa liberdade negocial dentro dos tipos societários existentes, capaz de dar margem a alguma variante societária em parte atípica.

De outro lado, os arranjos de pagamento, a par de relações lineares e/ou associativas, apresentariam outras relações em forma de rede, com ou sem um centro único, este último correspondente ao arranjo em si mesmo e sua interação eventual com outros, de natureza aberta ou fechada. Isto porque, ao lado dos arranjos abertos, as normas se referem expressamente aos de natureza fechada. Complicou, caro leitor? Não fique triste, eu também fiquei bastante complicado.

Vamos dar uma paradinha no nosso raciocínio para fazermos um balanço parcial.

Até agora cogitamos em primeiro lugar da existência de relações jurídicas contratuais lineares. Por exemplo, aquela existente entre o titular de um cartão de débito/crédito e o lojista. Essa relação no mais das vezes seria caracterizada como de consumo, relativa à compra de bens ou de serviços. Mas também surge uma relação que parece linear, a princípio, entre o lojista e os fornecedores das maquinhas (escolhidos pelo primeiro entre diversos concorrentes) pela qual ele penetra no mercado de cartões de débito e de crédito. Essa diversidade de maquininhas se justifica na medida em o lojista busca disponibilizar todas as possibilidades de acesso aos seus clientes, considerando-se que muitas vezes um desses aparelhos não serve determinada *bandeira de cartões*. Mas, ao mesmo tempo, assim fazendo, o comerciante passa a integrar redes de arranjos de pagamentos e essas relações não são lineares, como vimos acima.

Uma das possibilidades estaria em considerar a presença de um contrato associativo que congregaria todos os participantes de uma rede, da mesma forma como acontece com o contrato de sociedade. Neste todos os sócios apresentam um interesse comum voltado para o sucesso do empreendimento, segundo uma relação obrigacional fundamental deles para com a sociedade em relação ao pagamento de sua cota de capital, e desta para com eles mesmos, respeitante à distribuição dos lucros. Entre os sócios não se apresenta qualquer tipo de relação jurídica, inexistindo direitos e obrigações uns para com os outros, exceto quando se fala no controlador, existindo preceitos legais expressos quanto a deveres e de responsabilidades diante do acionista e de terceiros.

Dependendo de melhor dissecar as relações jurídicas reativas a todos os participantes dos arranjos de pagamento, em uma primeira análise, não parece configurado um contrato associativo geral, que englobe todos os participantes.

Isso significaria reconhecer provisoriamente que não se prestam a explicar os arranjos de pagamento (pelo menos em seus aspectos fundamentais) os modelos clássicos de relações sinalagmáticas (lineares) e os associativos (em forma de prestações convergentes dos participantes do arranjo para um núcleo jurídico/econômico central e deste para com os primeiros).

Um ponto importante ainda deve ser destacado. Dada a relativa liberdade de construção dos modelos de arranjos de pagamento, a identificação da natureza jurídica das relações que os constituem dependerá da análise de cada um em concreto. Haverá um núcleo básico nesse sentido, mas certamente será formado por outras relações jurídicas eventualmente diferenciadas, cuja identificação deverá ser feita.

Essas complexas questões merecem um estudo aprofundado, cujos contornos serão objeto de próximos artigos sobre esse tema. Paremos por aqui. Meu *disco rígido* está dando *tilt*.

AVE, SANTA EDWIGES, OS QUE VÃO MORRER ENDIVIDADOS VOS SAÚDAM!

- 15 de julho de 2015 -

Só quem vive no mundo da lua (literal ou figuradamente) não sabe que a economia brasileira está pior do que a peste negra ao tempo da Idade Média. A crise tem contaminado todo mundo num sopro, de empregados a patrões; de donas de casa a estudantes; de ricos a remediados; de banqueiros a bancários; de fabricantes de carro a motoristas; e por aí vai.

O nível de endividamento empresarial e pessoal ultrapassa a cada dia os níveis máximos históricos e o fundo do poço é mais profundo e avassalador do que um buraco negro no espaço. Nunca se deveu tanto a tanta gente. E trabalho não se acha de forma alguma em lugar algum. Só o "Boca", famoso personagem do Veríssimo, não está preocupado. Ao menos enquanto o pai da namorada ainda tiver alguma grana para sustentá-lo.

Santa Edwiges, protetora dos endividados já anda tão tonta com tantos pedidos de salvamento que precisou instalar um *call center* nas regiões celestiais, de forma a que possa atender os pedintes. E aquela *frasesinha "você será atendido em poucos minutos"* já virou horas.

Soluções, há soluções? Claro! Cortem os endividados seus gastos supérfluos (tudo o que você não precisa para simplesmente sobreviver) e pague somente o absolutamente necessário. Ao menos no verão dá para viver vestido de tanga e comer umas miseras calorias por dia, o suficiente para emagrecer até mostrar as costelas.

Mas esperem! Nosso solerte governo encontrou uma solução maravilhosa. É *"governo sapiens"!* No tempo de Machado de Assis a classe privilegiada ia toda festiva aos bailes. *"E tome polca",* se dizia. Era o ritmo do momento. Vem agora o nosso governo e em ato salvador e nos convida a tomar mais dívidas, e cobradas direto da fonte, sem intermediário que possa interferir no recebimento do que será devido.

Ora, pois, na data de anteontem (dia 13, será coincidência?), o presidente em exercício nos brinda com a MP 681/15[9], que permite o endividamento contratual do empregado CLT até 35% (isso mesmo, trinta e cinco por cento) sendo que cinco por cento disto será destinado exclusivamente para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito.

Assim, além de financiamento bancário, do arrendamento mercantil (aquele seu carrinho que está lhe custando os olhos da cara), agora você, minha querida vítima, tem mais cinco por cento de limite para cobrir o seu cartão de crédito.

---

[9] Convertida na Lei 13.172, de 21.10.2015, tendo esta alterado a Lei 10.820, de 17.12.2003.

O cartão de crédito foi uma das melhores invenções do século passado. Me parece que o primeiro deles foi o *Diners*, lançado e utilizado inicialmente nos Estados Unidos da América apenas para o pagamento de contas em restaurantes. Mas ele generalizou-se e evoluiu e hoje está na carteira ou na bolsa de praticamente todo mundo. De outro lado também essa oitava maravilha frequentemente se transforma em uma cobra coral que se solta do seu receptáculo e pica o peito do dono levando-o a uma morte mais ou menos longa e muito dolorosa. É só deixar de pagar uma futura. Esta ocorrência será seguida de outra igual no próximo mês e o pobre do devedor vira uma bola de neve que desce o Everest mais depressa do que a velocidade da luz, esborrachando-se o incauto inadimplente lá em baixo. A via crucis que começa por uma cartinha não muito educada do banco termina nos cadastros de inadimplentes e aí, adeus vida inteligente na terra. E a culpa não é dele que, que quando assume uma dívida somente pensa (e nem tanto assim) se a prestação cabe no seu bolso.

Mas, terá pensado o governo, a economia precisa gira e assim é preciso injetar mais dinheiro no mercado. Os industriais têm que continuar produzindo; os comerciantes que continuar vendendo; e os consumidores têm de continuar comprando. É a maravilha do moto perpétuo que somente passa pela cabeça de gregos e brasilianos.

O art. 1º da pérola produzida pelo governo diz que essa operação será contratada de forma irrevogável e irretratável, mediante desconto em folha da *remuneração disponível* do devedor. O que é esta *remuneração disponível,* o líquido que ele recebe na sua conta quando do pagamento do seu salário? E como funcionará a hierarquia? Pelo visto, no primeiro lugar da fila estará a dívida relativa ao cartão de crédito, depois o resto. E se a tal da dívida continuar rolando como sói acontecer, o trabalhador será dela um escravo eterno, pois é irrevogável e irretratável.

E preste atenção, caro candidato a esse suicídio "voluntário", as taxas são livremente estabelecidas pelo carrasco fornecedor do vil metal, e sabemos que elas no Brasil são contadas entre as mais altas do mundo, talvez perdendo agora para a Venezuela que, como sabemos, não é um bom exemplo.

A *"vítima"* tem que ser empregado CLT (pois a fonte da cobrança está em lugar bem certo e sabido) e o empregador que tome cuidado porque eventualmente ele poderá ser responsabilizado pela dívida se o repasse ao credor deixar de ser feito por sua falha ou culpa (falha é uma forma de culpa, caro legislador).

A cama está feita e se sobre ela está uma espada presa por um fio de linha que pode romper e lhe cortar a cabeça, a culpa é toda sua, senhor consumidor desenfreado.

A Empresa Simples de Crédito – ESC

(Nova modalidade disfarçada de instituição financeira)

(06.06.19)

O custo do crédito no Brasil tem sido objeto de críticas de longa data, muitas delas de

natureza empírica, pois não trata da verificação das causas efetivas do elevado *spread* da taxa de juros, presente no nosso mercado financeiro, assunto que no momento deixamos de lado.

De qualquer maneira, conforme visto acima, o Legislativo tem se preocupado com o assunto e buscado soluções pelo aumento da concorrência no SFN (a falta desse fator é, precisamente, uma das fontes do elevado custo dos juros). Nesse sentido, por meio da Lei Complementar nº 167, de 24.04.2019 foi criada a Empresa Simples de Crédito – ESC, cujos lineamentos e crítica passamos a fazer em seguida.

Em primeiro lugar a forma adotada, de lei complementar, atendeu a uma exigência legal muitas vezes esquecidas, presente no art. 192 da CF, tendo, assim, sido efetivamente introduzida nova modalidade de instituição financeira no nosso mercado, em atendimento aos preceitos do art. 17 da Lei 4.595 de 31.12.1964. Pelo que parece, o BCB esteve ausente do projeto que criou as ESCs, ao mesmo tempo em que o legislador deixou de lado o seu tratamento integrado dentro do SFN. Esse fato, segundo entendemos, não afasta a necessidade do reconhecimento da existência de mais uma instituição financeira no mercado, do que decorrem as consequências cabíveis nos planos da competência do CMN e do BCB e da atuação deste diante das ESCs e da utilização dos institutos aplicáveis.

Nos termos do art. 1º da lei em questão, a ESC terá **âmbito de atuação geográfica** exclusivamente municipal ou distrital (incluído o caso do Distrito Federal), em sua sede e em municípios limítrofes.

O seu **objeto** corresponde à realização de operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios, tendo como contrapartes microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da LC nº 123, de 14.12.2006 (Lei do Simples Nacional). Nada diferente do que fazia no passado o execrado agiota. Mas não se pode dizer que as ESCs sejam agiotas com carta-patente. A situação é bastante diferente. Trata-se de um empresário no exercício livre de sua atividade, considerada licita, tanto aqui agora, como em outros ordenamentos jurídicos. Superamos assim aquele ranço histórico consistente, em essência, na negativa do capitalismo e do horror aos juros, presente na antiga doutrina canônica no sentido de que o dinheiro era estéril, não sendo capaz de produzir *filhos*.

No tocante à sua **forma**, determina o arr. 2º que as ESCs devem adotar obrigatoriamente as formas de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), de empresário individual, ou de sociedade limitada, constituída exclusivamente por pessoas naturais.

Examinando-se o seu o **objeto**, verifica-se a existência de um aspecto teleológico na autuação das ESCs, voltadas para um segmento de clientes que muitas vezes encontra dificuldades na obtenção de credito junto aos grandes conglomerados financeiros. O fato do exercício de suas atividades se dar dentro de um âmbito geográfico bastante restrito implica em uma proximidade maior entre as partes, a ESC e o cliente, passível de diminuir a assimetria informacional, até mesmo por uma circunstância relativa ao conhecimento pessoal entre um e outro que, em um passado não muito remoto, permitia o fechamento de contratos n*o fio do bigode* ou mediante um simples *aperto de mãos*. Essa circunstância é denotada muito fortemente nos pequenos municípios, mas não escapa aos grandes, nos quais microcosmos de comércio se desenvolvem nos bairros, nos quais as pessoas se conhecem e compras são feitas ainda *na palavra.*

E tenha-se em conta que pequenas instituições financeiras existem aos milhares nos Estados Unidos da América, fora do âmbito do Federal Reserve Bank (considerando-se que ali,

respeitadas certas condições, essa integração é uma escolha dos bancos). Eles funcionam regularmente e também regulamente (do ponto de vista temporal), muitos quebram todos os dias sem que isso afete o mercado financeiro daquele país.

Penso que, a par de elementos objetivos na concessão de crédito, as circunstâncias acima se revelarão ponderáveis, sem prejuízo maior relativo à questão dos riscos assumidos pelo concedente dos recursos pretendidos pelos clientes.

O **nome empresarial** da EC conterá a expressão *"Empresa Simples de Crédito",* e não poderá constar dele, ou de qualquer texto de divulgação de suas atividades, a expressão *"banco"* ou outra expressão identificadora de instituição autorizada a funcionar pelo BCB.

O **capital inicial** da ESC e os posteriores aumentos de capital deverão ser realizados integralmente em moeda corrente. Esse fator aumenta a segurança dessas empresas e a fiscalização neste sentido deverá ser substancialmente eficiente. Não se esqueça que o descumprimento dessa condição, na responsabilização do titular, poderá determinar a desconsideração da personalidade jurídica das ESCs ou da quebra da separação patrimonial entre os seus bens e o do titular.

O **valor total das operações** de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito da ESC não poderá ser superior ao capital realizado.

A mesma pessoa natural não poderá participar de mais de uma ESC, ainda que localizadas em Municípios distintos ou sob a forma de filial.

De acordo com o art. 3º é proibida às ESCs a realização de:

> I - qualquer captação de recursos, em nome próprio ou de terceiros, sob pena de enquadramento no crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492, de 1606.1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); e
>
> II - operações de crédito, na qualidade de credora, com entidades integrantes da administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A receita bruta anual da ESC não poderá exceder o limite de receita bruta para Empresa de Pequeno Porte (EPP) definido na LC nº 123, de 14.12.2006 (Lei do Simples Nacional). Considera-se receita bruta, para essa finalidade a remuneração auferida pela ESC com a cobrança de juros, inclusive quando cobertos pela venda do valor do bem objeto de alienação fiduciária.

Nos termos do art. 5º, nas operações referidas das ESCs devem ser observadas as seguintes **condições**:

> I - a remuneração da ESC somente pode ocorrer por meio de juros remuneratórios, vedada a cobrança de quaisquer outros encargos, mesmo sob a forma de tarifa;
>
> II - a formalização do contrato deve ser realizada por meio de instrumento próprio, cuja cópia deverá ser entregue à contraparte da operação;

> III - a movimentação dos recursos deve ser realizada exclusivamente mediante débito e crédito em contas de depósito de titularidade da ESC e da pessoa jurídica contraparte na operação.

Não há limite para esses juros. Sua fixação dependerá de diversos fatores segundo as regras que regem historicamente as operações de crédito. A esperança é que eles sejam praticados em faixas mais reduzidas do que os cobrados pelos bancos tradicionais. Nesse sentido expressamente não se aplicam à ESC as limitações à cobrança de juros previstas no Decreto nº 22.626, de 07.04.1933 (Lei da Usura), e no art. 591 do CC/2002. Essa norma é de extrema importância para o fim de afastar a conhecida propensão do Judiciário de proteger o devedor inadimplente pelo recurso às limitações referidas no texto e também em relação à aplicação do CDC.

A ESC poderá utilizar o instituto da *alienação fiduciária* em suas operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito. Sabe-se que, do ponto de vista da eficácia no plano judicial, não se cuida de uma garantia tão significativa como seria natural.

A ESC deverá providenciar a anotação, em bancos de dados, de informações de adimplemento e de inadimplemento de seus clientes, como é o caso do Cadastro Positivo de Crédito.

É condição de validade das operações das ESCs o seu registro em entidade registradora autorizada pelo BCB ou pela CVM, nos termos do art. 28 da Lei nº 12.810, de 15.05.2013.

É facultado ao BCB, não constituindo violação ao dever de sigilo, o acesso às informações decorrentes do registro acima referida, para fins estatísticos e de controle macroprudencial do risco de crédito. Trata-se de cuidado desnecessário, uma vez que, tratando-se efetivamente de uma instituição financeira (embora essa natureza não decorra diretamente da LC que as criou) e, portanto, sujeitas à fiscalização daquele Órgão, contra elas e seu titular poderá/deverá o BCB tomar as medidas cabíveis na infringência das normas do SFN.

As ESCs estão sujeitas aos regimes de recuperação judicial e extrajudicial e ao regime falimentar regulados pela Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (Lei de Recuperação de Empresas e de Falências). Aqui surge um problema relativo à natureza da instituição financeira, da qual decorre a possibilidade de decretação pelo BCB de atos de intervenção, de RAET e de liquidação extrajudicial, os quais, segundo a nossa visão, não podem ser afastados, mesmo que o seu tratamento legal não os tenha referido. Se assim é, o direito à recuperação judicial deve ser considerado uma novidade específica das ESCs, que não pode ser considerada adequada nem eficiente. Isto porque a confiança no titular de uma empresa desse tipo desaparece no mesmo instante do estabelecimento de sua crise e o fornecimento de dinheiro novo para a sua recuperação será uma tarefa praticamente impossível. De qualquer maneira, trata-se do atendimento da unidade do SFN, a cargo do CMN e do BCB, resultado da Lei 4.595/1964, que não pode ser quebrado por outra norma, exceto quando se tratasse de nova regulamentação do SFN, o que não é o caso.

A ESC deverá manter **escrituração** com observância das leis comerciais e fiscais e transmitir a Escrituração Contábil Digital (ECD) por meio do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped).

Constitui crime o descumprimento do disposto no art. 1º, no § 3º do art. 2º, no art. 3º e no caput do art. 5º desta Lei Complementar, ou seja: **(i)** violação dos limites regionais: **(ii)**

violação dos limites operacionais; **(iii)** violação do limite máximo do total das operações das ESCs; **(iv)** e das condições da remuneração. A pena será de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A criminalização de condutas tem sido uma estratégia bastante utilizada no SFN, não se afastando no caso das ESCs, por exemplo, a Lei dos Crimes Financeiros pela razão de que têm a natureza inegável de instituições financeiras. Além do fato de que essa orientação possa configurar um zelo desmesurado em função dos prejuízos que os titulares dessas empresas possam causar aos seus clientes, nota-se que os crimes em questão se colocam como de mera conduta, ou seja, crimes de perigo de dano, do que decorre uma significativa redução dos mecanismos de defesa dos eventuais réus.

Essa orientação penal está presente expressamente na inclusão das ESCs na Lei de Lavagem de Dinheiro, na forma da nova redação dada ao art. 9º, parágrafo único, inciso V, que expressamente passou a contemplá-las para tal finalidade.

Sobre a questão referida no parágrafo anterior deve-se afastar criminalização quanto aos danos ao mercado financeiro, pela própria limitação geográfica das operações das ESCs, a não ser que, por alguma circunstância excepcional, elas venham a atuar em uma região geográfica mais abrangentes e que suas operações tomem uma dimensão de maior vulto.

Estamos, portanto diante de uma nova experiência voltada para a redução da taxa de juros em favor dos pequenos e micro empresários, cabendo ao futuro dizer sobre a sua permanência no mercado como instrumento apto a tal finalidade.

A EMPRESA SIMPLES DE CRÉDITO E O *LADO FRACO DA FORÇA*

(02.05.19)

Devemos abordar em seguida alguns aspectos potencialmente negativos da ESC, especialmente no tocante ao objetivo da prática de juros mais baixos do que os cobrados pelos grandes conglomerados financeiros.

Considere-se para tal fim, inicialmente o afastamento expresso por meio do art. 5º, § 4º da LC 167/20019, das limitações da Lei da Usura e do Código Civil quanto às taxas de juros, fato que coloca o tema no campo da liberdade das convenções. Assim sendo, em tese, a taxa de juros *livremente concertada* entre as partes deverá seguir a chamada *lei do mercado*, a qual opera segundo alguns parâmetros bastante conhecidos: oferta e procura, risco, prazo, volume da operação, garantias, perfil financeiro do cliente, etc.

Vejamos criticamente esses parâmetros, a partir do perfil das ESCs e dos seus clientes para os quais estão voltadas nos termos de sua criação, sabendo-se que eles naturalmente se interligam:

(a) **Quanto maior for a oferta de crédito, menor a taxa de juros**

Assim sendo, será necessário que exista certo grau de multiplicidade de ESCs em um mesmo município para que o volume de oferta de crédito aumente entre elas mesmas e entre elas e os bancos tradicionais. É provável que não venha a existir significativa concorrência entre aquelas empresas e os bancos, que continuarão não tendo muito interesse em agir nesse mercado, a conferir. Esse fator da criação de diversas ESCs no mesmo município dependerá de muitas circunstâncias, entre os quais o tamanho do município e a existência de certa quantidade de *capitalistas* desejosos de atuar no campo em tela.

(b) Quanto maior o risco, mais elevada a taxa de juros

A medida desse risco dependerá claramente do perfil financeiro do interessado na obtenção de crédito, o que dependerá do seu histórico e do nível de informações que a respeito daquele poderá obter a ESC, para o fim da redução da assimetria informacional. Claro o acesso ao Cadastro Positivo seria um elemento importante para esse fim, além das fontes tradicionalmente abertas aos interessados, de maneira geral, tema que será visto abaixo.

(c) Quanto maior o prazo, maior o risco

É evidente que uma operação de crédito tem o seu risco aumentado na medida em que o prazo se alonga. Isto porque, como todos sabemos, as circunstâncias sobre a possibilidade de adimplemento da obrigação ficam sujeitas a fatores diversos, a partir da economia como um todo, chegando à situação particular do tomador dos recursos, que pode ficar desempregado.

Tenha-se em conta os destinatários das operações com as ESCs, nos termos do art. 1º da LC 167/2019, são precisamente aqueles que se revelam os primeiros agentes econômicos a serem afetados por ocasião de crises financeiras. Nos seus casos é sintomático que eles não terão *gordura financeira* suficiente para ser queimada até que sua situação possa normalizar-se, tornando-se inadimplentes em curto prazo perante os seus credores.

A economia brasileira vive de sobressaltos diários, mormente nos novos tempos, dentro dos quais o panorama econômico/financeiro tem se alterado (principalmente para o lado negativo) a cada fala desastrada dos governantes, o que tem se tornado uma regra. Nesse horizonte, não pode um dador de crédito estipular com alguma margem de certeza o nível de segurança de cada operação, elemente que diminui sensivelmente quanto maior for o seu prazo. E entre nós, da forma como a economia se encontra e é tradicional no Brasil, seis meses se revela como longuíssimo prazo.

(d) Quanto maior o volume da operação, mais elevada a taxa de juros

É evidente que, dentro do horizonte das operações das ESCs a definição de volume de crédito elevado é de natureza relativa. Assim sendo cinco mil reais para um tomador pode significar uma importância extremamente elevada em relação ao nível do seu negócio. E, conjugado esse fator com os demais, a probabilidade de inadimplemento total se eleva, não se prevendo que o credor venha a aceitar um pagamento parcial e deixe as coisas por isso mesmo. Neste sentido, a tese do *adimplemento substancial* tão cara aos consumeristas, não poderá ser acatada porque a repetição desse inadimplemento por certa parcela dos financiados determinará, por sua vez, a quebra da ESC, já que ela, de fato, não deverá ter reservas suficientes para suportar tal situação. Daí a cobrança de juros mais elevados quanto maior, relativamente, for o montante da operação.

(e) Quanto mais eficazes as garantias, menor a taxa de juros

Sabemos que no direito brasileiro, garantias eficazes não passam de ficção jurídica, considerada a realidade do que ocorre no plano processual. É interessante observar que, na prática, a *melhor garantia soy jo*, como é afirmado jocosamente em certas circunstâncias da vida. Se o devedor não pagar, para o credor o recurso à garantia da operação entrará no campo da baixíssima probabilidade de êxito, com custo relativo elevado. E se é assim, evidentemente os juros cobrados em patamar mais elevado compensarão esse risco adicional.

(f) Perfil financeiro do cliente

Esse fator é relevante em qualquer relação a todo e qualquer tipo de cliente, mas quanto aos destinatários dos empréstimos a serem concedidos pelas ESCs ele se revela de natureza fundamental, de acordo com algumas das considerações acima feitas. Muitas vezes nem sequer qualquer perfil financeiro terá o candidato a uma operação, porque ele estará começando o seu negócio e os recursos pretendidos representarão boa parte (ou até mesmo a integralidade) do capital que utilizará na sua atividade. Neste sentido o financiador estará agindo *no escuro* ao emprestar a importância almejada pelo cliente.

Ainda que a lei não seja clara a respeito, entende-se que, pela leitura a contrário senso do art. 5º, § 2º, as ESCs terão acesso ao cadastro positivo, já que elas têm a obrigação de fornecer informações sobre adimplemento e inadimplemento dos seus clientes para bancos de dados. O exercício desse direito lhes dará melhores informações sobre o perfil do seu cliente, com resultado positivo na diminuição da assimetria informacional existente, do que resulta a possibilidade da cobrança de juros mais baixos.

Em conclusão, pode-se dizer que estarão presentes, em muitas das operações pretendidas, uma quantidade preponderante de fatores negativos do que positivos na análise do risco a ser assumido pelas ESCs, do que decorrerá, mais correntemente, a cobrança de juros mais elevados, até mesmo do que aqueles que os bancos tradicionais exigiriam dos interessados. Afinal de contas, para estes últimos, algumas perdas poderão ser suportadas pelo todo da carteira correspondente e, até mesmo diante de uma quebra mais generalizada dos favorecidos nessa carteira, pelo suporte que outras mais rentáveis possam dar aos bancos tradicionais.

Assim sendo, somente o futuro dirá se tal tipo de empresa financeira poderá ser efetivamente um instrumento para a baixa da taxa de juros diante desse tipo de clientes, ou se tudo não terá passado de mais *um sonho de uma noite de verão*.

OS BANCOS E O *AFROUXAMENTO QUANTITATIVO* – O *"DELES"* E O *"NOSSO"*

Pimenta no olho dos outros é açúcar – ditado popular dolorido

(15.09.2018)

Duas notícias recentes em jornais cuidaram de aspectos da crise financeira global de 2007/2008, nascida nos financiamentos imobiliários norte-americanos (crise do *subprime)* e que, passados dez anos, ainda apresenta sérios reflexos negativos. Vamos aproveitar aqueles comentários para falar da nossa crise e do que anda ainda acontecendo com relação a ela.

Recordando, sabe-se que nos USA havia uma bolha financeira subterrânea de grande magnitude, nascida do fato de que milhões de financiamentos hipotecários haviam sido concedidos a tomadores cuja capacidade de pagamento não havia sido devidamente aferida. Junte-se a isto a elevação substancial e sem base econômica do preço dos imóveis naquele país e a observação de que em muitos casos os adquirentes haviam financiado a compra hipotecada de mais um imóvel, acreditando que sua valorização proporcionaria uma venda futura no mercado secundário, permitindo-se o resgate com lucro das dívidas assumidas.

Deu-se o desastre pelo estouro da *bolha*, originado de um conjunto de causas geradoras de inadimplência generalizada, entre os quais o desemprego. O preço dos imóveis despencou rapidamente e em grandes proporções, enquanto as dívidas relacionadas às hipotecas feitas para a sua compra continuavam no mesmo patamar. O processo de retomada dos imóveis pertencentes aos devedores inadimplentes – bastante rápido – colocou no mercado secundário uma quantidade expressiva de *usados*, competindo fortemente com os relativos aos lançamentos novos. Quem teve condições de aproveitar a baixa fez uma verdadeira *festa*.

Esse problema já teria sido de grande monta se não tivesse sido o caso da transferência das dívidas através de uma cadeia sucessiva de negócios, utilizando-se o mecanismo dos derivativos. Assim, fazendo-se sucessivas pilhas de contratos de financiamento, seguidos de outras modalidades operacionais realizadas *em cascata*, o buraco dantesco, até então imperceptível, moveu-se pelo magma subterrâneo, tendo chegado ao mercado financeiro global, tendo se colocado naquela rede grandes instituições norte-americanas (de crédito imobiliário, bancos e seguradoras), entre os quais o caso que se transformou em conto de terror no mercado financeiro o Lehman Brothers.

Um fator que favoreceu a formação da cadeia de inadimplemento residiu na existência de falhas na regulamentação do mercado financeiro nos USA, especialmente porque as entidades de crédito agiam de forma muito livre (fora dos olhos de um órgão supervisor) e dada a possibilidade também não controlada de uma alavancagem bancária sem precedentes na história financeira global, qual multiplicou o prejuízo de forma exponencial e não meramente aritmética. O fato de que os grandes executivos do setor eram remunerados por ganhos auferidos no curto prazo foi mais uma porta aberta para o descontrole, pois eles se preocupavam em gerar rápidos lucros nos balanços das empresas por eles administradas, sem se preocupar com o *dia depois de amanhã*.

O Lehman Brothers, aos 108 anos de vida, era tido como uma instituição grande demais para quebrar (*to big fo fail*) mas foi deixado quebrar pelo FED, tendo resultado um tsunami de insolvência que paralisou expressiva parte do sistema financeiro global, tendo a conta sido feita em volumes astronômicos de recursos, boa parte deles jamais recuperados. A esse respeito afirma Matthew A. Winkler[10] que o mercado de ações teria perdido quase 10 trilhões de dólares (hoje na casa de quase cinquenta trilhões de reais), valor aqui representado pelo número 5, seguido de mais zeros do que a quantidade de pneus debaixo de uma carreta gigante. A par disto foram perdidos seis milhões de empregos[11].

---

[10] Cf. *"A Quebra do Lehman Brothers e suas Lições", in* "O Estado de São Paulo", de 15.09.2018.

[11] Cf. Paul Kurgman Bozzo, in *"Dias de Medo, anos de antagonismo", "O Estado de São Paulo", de 15.09.2018.*

Presente o estrago, como consertá-lo? Narra o articulista citado que o FED, atuando como agente do Tesouro dos USA encetou a "*mais controversa e sem precedentes política monetária de sua história".* Isso correspondeu à aplicação de uma medida genericamente chamada de *afrouxamento quantitativo*, que correspondeu a uma enorme injeção de dinheiro novo no mercado, concretizada pela compra de uma imensa quantidade de ações de companhias norte-americanas. Disto resultou a reversão da maior crise história do PIB naquele país, base para a expansão econômica que já dura até o momento 105 meses. Como efeito, os juros e a inflação caíram a níveis mais baixos do que aqueles que haviam precedido todas as retrações econômicas desde 1955.

Uma lição a ser tomada do lado de cá do equador é que o programa de afrouxamento quantitativo foi encerrado pelo FED em 2015, tendo desde então sido elevadas as taxas de juros (com seguidos aumentos), que passou a reduzir o seu balanço patrimonial em US$4 trilhões.

Um destaque, se o FED não tivesse autonomia para tomar essa corajosa medida *("Alô, alô, políticos brasileiros ignaros")*, muito certamente hoje a humanidade teria voltado para o tempo da pedra lascada. Mas não deixaram de haver críticas durante e depois desse *afrouxamento econômico*. Conforme nos relata Matthew A. Winkler, o FED sofreu críticas de acadêmicos bilionários e políticos (entre os quais o professor John Taylor da Universidade de Stanford, e Paul Singer, então presidente da Câmara John Boehner), que afirmavam dever surgir um resultado inflacionário, com a afetação do papel do dólar no mundo e que derrubaria os preços das ações, coisas que não aconteceram.

Observa Paul Krugman Bozzo no artigo citado que já no verão de 2009 o aspecto puramente financeiro da crise havia sido superado, o que não teria ocorrido com a economia em geral, especialmente quanto à questão de desemprego. Este teria subido para 10% e somente retornado para 5% sete anos depois da queda daquele banco. O autor foca as causas dessa demora na identificação de fatores políticos (uma briga entre republicanos e democratas) que não nos interesssa para os propósitos deste texto).

As considerações acima se referem aos *"eles".* E quanto aos *"nós"?*

Sabemos que aquela fatídica crise nos alcançou, em patamar sensível, mas muito inferior ao experimentado nos USA e na Europa. E isso foi o resultado de medidas tomadas pelo Governo Federal e pelo BCB, muitos anos passados, quando foram criados dois programas de saneamento dos bancos, o PROES e o PROER[12][13]. O primeiro saneou os bancos públicos, especialmente os estaduais (nos quais se deu as quebras dos bancos Banespa e Banerj, extremamente elevadas para os padrões brasileiros). O segundo limpou o mercado financeiro privado. A par desses dois programas o BCB havia tomado outras medidas de segurança bancária, tendo reduzido drasticamente os níveis de alavancagem financeira, sabendo-se que os bancos nacionais não podiam operar livremente no mercado financeiro internacional, caso contrario, nele certamente também teriam *quebrado a cara*.

Outro fator importante para a nossa relativa insensibilidade à crise foi o fato de que no Brasil todo o sistema financeiro é intensamente regulado, inclusive nos setores imobiliários e de seguros, este que foi outro grandemente afetado pela quebra da AIG.

---

[12] Observe-se que na ocasião o PT votou contra esses programas, tendo o Presidente Lula se jactado mais tarde, ao tempo da crise, que ela teria sido aqui apenas uma *marolinha*, ao assumir indevidamente os louros por essa vitória.

[13] Fomos nós, então, os inventores desse mecanismo, podendo requerer a patente. E olhem que ele nada tem a ver com a tal da *contabilidade criativa* do último governo, que fez derreter a nossa economia na mesma medida que acontece com a manteiga na frigideira quente.

Vejamos, de acordo com dados do IBGE, quais foram os níveis de desemprego geral desde 2008, o começo da crise (fonte principal, IBGE):

- Dez/2008 – 6,8º (em milhões de desempregados);

- Dez//2009 – 5,4;

- Dez/2010 – 5,3;

- Dez/2011 – 4,7;

- Dez/2012 – 4,6;

- Dez/2013 – 4,6;

- Dez/2014 – 4,9;

- Dez 2015 – 7,5;

- Dez/2016 – 11,8

- Dez/2017 – 13.

Verifica-se que no período de oito anos a partir crise financeira global o desemprego no Brasil manteve-se aproximadamente na casa dos 5 milhões, tendo se descolado desse índice em 2015, quando pulou significativamente para 7,5 e chegado na atualidade a aproximadamente 13 milhões. Ou seja, as causas do desemprego não foram relacionadas a essa crise, diferentemente do que aconteceu nos USA, mas sim a outros fatores, notadamente os inerentes à insegurança interna nos campos político, jurídico e econômico. Pode-se dizer que ela se revela no mercado financeiro como um reflexo cem nítido dessas três causas.

Vem a propósito a constatação de que o FED tem um mandato duplo, relacionado à estabilidade da moeda e ao nível de emprego. Dessa forma ele tem de navegar com um pé em cada uma dessas canoas, tratando de cuidar elas não fujam para o lado, fazendo o condutor cair ao mar. No caso do BCB seu mandato é exclusivamente voltado para o cuidado com a moeda. Seria o caso de mudarmos para o modelo norte-americano? É um caso a pensar, especialmente quando se sabe que o nosso Ministério do Trabalho tem sido notícia mais no campo penal do que no da sua vocação própria.

Talvez a ideia seja boa, de forma que, caso um dia seja necessário *(toc, toc, toc*), o BCB teria condições de fazer um novo *afrouxamento quantitativo* no mercado financeiro sem precisar negociar sua alma com o Congresso. Mas essa é uma hipótese muito distante, na medida em que os fundamentos da nossa economia não sofram drásticas mudanças, como as que pregam alguns desavisados candidatos à presidência nessas eleições. A insegurança desmedida do momento é um dos motivos para que o dólar esteja cotado lá nas alturas, sem sombra que qualquer dúvida.

O COAF NO DIVÃ DO PSIQUIATRA

(23.08.19)

Que me perdoem os puristas do direito, mas essa matéria é fruto da invasão do computador do Dr. *Ken Soul?,* conhecido psiquiatra da capital do Estado de São Paulo. Não, não fui eu quem *haqueou* aquele digno facultativo. Alguém o fez e, sabendo do meu interesse pelo assunto, me mandou tudo o que ele conseguiu, não tendo eu pago nada, é bom esclarecer. Havendo aberto os arquivos recebidos, verifiquei que se trata do prontuário do paciente Sr. Coaf, que desde alguns meses procurou o Dr. *Ken Soul?* porque está passando por uma grave crise de identidade. Em vista do extremo interesse atual pelo assunto vou reportar má fase do Sr. Coaf na forma do relato abaixo, com os elementos tirados do seu prontuário.

A situação é muito séria, porque, ao chegar ao consultório do Dr. *Ken Soul?,* muito abatido, o seu paciente parecia ser duas pessoas ao mesmo tempo, com tendência para assumir uma terceira personalidade, então ainda fugidia.

Em primeiro lugar o Sr. Coaf esclareceu que o seu nome completo era *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*, parido pela Lei 9.613, de 03.03.1998 (que passou por cirurgia plástica nos termos da Lei 12.683, de 2012), tendo aquela ficado conhecida como *Lei dos Crimes Financeiros*. Ela tem, entre os seus objetivos, identificar e punir os chamados crimes de ocultação e de *lavagem de dinheiro.* Esta, evidentemente, não feita em máquinas de lavar roupa, mas por meio da utilização de mecanismos simples ou sofisticados destinados a disfarçar a origem ilícita de recursos, praticados por quem participou da realização do crime estabelecido no art. 1º daquele diploma legal, em situação mais simplificada do que a do seu nascimento:

> *Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade* de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

A maternidade do Sr. Coaf foi o Ministério da Fazenda e logo de cara, mal desmamado, foi-lhe dada a incumbência *de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades*, cabendo-lhe, entre outras tarefas, *comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito*. (arts. 14 e 15).

Nosso menino entendeu que a comunicação de que se trata acima era uma obrigação legal e não mera faculdade. Presentes os pressupostos daquele mandamento impunha-se prestar a informação a quem de direito.

Diante de tanta responsabilidade, o corpo físico do menino Coaf foi formado por diversos membros, escolhidos dentro da sua maternidade entre por servidores do Banco Central do Brasil – BCB, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, da Superintendência dos Seguros Privados, da Procuradoria Geral da Fazendo Nacional da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério das Relações Exteriores. Nestes três últimos casos, a indicação era feita pelos respectivos Ministros de Estado.

Veja-se que havia uma garantia de não interferência externa naquela *criança*, pois os seus membros gozavam de estabilidade no exercício de suas funções nos órgãos originais, que

levaram consigo para o Coaf. Trata-se de elemento fundamental, determinado com o fim de se evitar interferências externas, especialmente a sua captura por quem possa ser afetado pela sua atividade. Isto levaria à ineficiência dos serviços prestados, do que resultam perdas para a toda a sociedade, pois os recursos ocultos ou lavados na realização de diversos crimes serão apropriados pelos autores, distantes de qualquer investigação proporcionada a partir dos dados fornecidos pelo Coaf.

Aquele garoto cresceu, tendo completado vinte e um anos de idade e parecia que a sua vida continuaria no ritmo normal estabelecida desde o seu nascimento quando foi ferido por uma medida provisória de número 870, de 01.01.2019, logo no primeiro dia do novo governo[14]. Aquele jovem foi arrancado da sua casa, onde vivera desde a sua vinda ao mundo, e transferido *ad nutum* para o Ministério da Justiça e da Segurança Pública, tendo lhe sido dito que ali ele poderia viver melhor e mais eficazmente exercer o seu papel. Acontece, conforme se sabe a partir dos campos de futebol, que se quem manda não manda tanto, antes de resolver trilhar um novo caminho, *é preciso combinar com os gringos*. E os gringos não gostaram da medida, a rejeitaram, e a criança, depois de curtos cinco meses, voltou para a sua primeira casa, conforme o mandamento da Medida Provisória 886, de 18.06.2019.

É claro que o resultado não poderia ser outro senão*uma crise de identidade instalada naquele rapaz, que passou para os cuidados do Dr. Ken Soul?* Mas sua odisseia não parou por aí. Passados curtos dois meses do seu retorno ao lar, outra Medida Provisória, de número 893, de 19.08.2019 mudou o seu rumo e o seu nome, tendo passado a se chamar *Unidade de Inteligência Financeira – UIF.* Foi um enorme transtorno para o nosso rapaz, que ainda está sob o efeito de fortes sedativos receitados pelo Dr. *Ken Soul?* E não foi só isto, ele também mudou de casa, tendo se transferido para o Banco Central do Brasil – BCB. O fundamento dessa alteração foi explicado como tendo sido relativo à necessidade de se estabelecer a sua autonomia plena, para fora do âmbito de alguma eventual captura. A velhinha de Taubaté acreditou na explicação.

- *Ah, bom!* Assim disse nosso Coaf/UIF. Mas ele não entendeu bem a sua nova maneira de viver.

Ele foi vinculado administrativamente ao BCB, com autonomia técnica e operacional. Dessa forma não está dentro daquela Autoridade Monetária, mais parecendo que se trata de um *puxadinho* que àquela foi agregado[15]. E ele pode engordar muito porque na nova estrutura, além do Presidente (escolhido, por sua vez, pelo Presidente do BCB), é formada por, no mínimo, oito e por, no máximo, catorze conselheiros.

Não sei se o BCB gostou dessa história porque essa mistura de funções não combina com sua competência que é relativa à estabilidade da moeda, não se preocupando com a sua origem e com o fato de saber se está limpa ou suja. Uma coisa era ter servidores seus a serviço do Sr. Coaf, juntamente com outros, outra bem diferente é colocá-lo sob a sua égide, uma vez que passou a ter atribuições diretas na sua gestão, como a da fixação do número de conselheiros e as indicações correspondentes (Presidente e Conselheiros).

Fica uma dúvida a respeito de quem serão os Conselheiros, porque os critérios da MP deixam margem a interpretações subjetivas: *apresentar reputação ilibada e reconhecidos conhecimentos em matéria de prevenção e combate à lavagem de* dinheiro, ao financiamento

---

[14] Nos permitimos ao leitor explicar que medida provisória está inserida na nossa Constituição na *categoria permanente de lei provisória*. *Permanente* porque os governantes passaram a usá-la o tempo todo, no mais das vezes sem que haja urgência ou relevância quanto ao seu objeto. *Provisória* porque só valerá de vez se for aprovada, o que parece ser esquecido por quem a edita.

[15] E esse puxadinho tem cara de inconstitucional porque a MP que o criou mexe com lei do BCB (Lei 4.595/1964) que foi recebida pela Constituição Federal como lei complementar.

do terrorismo ou ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Nosso Coaf/Uif acha que não será muito fácil achar em nossas plagas pessoas conhecedoras em profundidade das formas de financiamento ao terrorismo ou à proliferação de armas de destruição em massa, não se tratando neste último caso de gulosos comedores de macarrão, porque se trata *em massa* e não *de massas.*

Grande preocupação também se coloca está na escolha das pessoas que comporão o quadro técnico-administrativo do Coaf/UIF, segundo forma que, pelo visto, permitirá a presença de gente estranha aos órgãos da administração pública, como se dava anteriormente. E aí, adeus autonomia! Vejamos:

> *Art. 7º O Quadro Técnico-Administrativo é composto pela Secretaria-Executiva e pelas Diretorias Especializadas previstas no regimento interno da Unidade de Inteligência Financeira e é integrado por:*
>
> *I - ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança;*
>
> II - servidores, militares e empregados cedidos ou requisitados; e
>
> III - servidores efetivos.

De onde eles virão? Será que quanto às funções de confiança, os titulares não poderão ser pessoas não concursadas e, portanto, escolhidas por meio de critérios subjetivos/políticos para os órgãos nos quais se encontram em serviço? Nesse sentido é sintomático que o item III refere-se expressamente a servidores efetivos, significando que nos outros dois itens poderão estar presentes servidores não efetivos. Mesmo porque entre eles está a referência a *empregados*. De quem serão estes?

Ao ler esse dispositivo a crise de ansiedade do Coaf/Coinf aumentou muito e o Dr. Ken Soul? dobrou-lhe a dose de lexotan e de ansitec.

Outra coisa intrigou bastante o Coaf/UIF. Os conselheiros não serão remunerados, pois estarão atuando na prestação de serviço público relevante. Ora, ou eles são ricos o suficiente para assumirem essa função sem qualquer ganho, ou serão servidores que trabalham em outras áreas e dessa forma se dividirão entre duas funções, em claro prejuízo se sua eficiência.

Mais ainda, esses conselheiros estarão sujeitos a um eventual processo administrativo sancionador, que poderá leva-los a serem condenados por ilícitos praticados em sua gestão. Cuida-se, portanto, de uma boa razão para que alguém, convidado para ser Conselheiro do Coaf/UIF recuse-se a ganhar esse tremendo *presente de grego*.

Uma coisa é certa, nosso Coaf/UIF continuará enfrentando sua seríssima crise de identidade, até que a tal da MP 893/2019 seja apreciada pelo Legislativo. Enquanto isto, sujeitemo-nos com ele às negras chuvas que estão vindo da Amazônia, por culpa de algumas ONGs irresponsáveis. E se isto é terrorismo que tal começar a nova vida por elas, investigando quem as financia? Não precisa muito. Basta verificar a quem aproveita destruir o nosso país como fonte produtora de alimentos para o resto do mundo...

NOTA - A MP 893//2019 foi convertida na Lei 13.974, de 07.01.2020, cujas medidas principais foram: (i) retomar o seu antigo nome e vinculá-lo administrativamente ao BCB; (ii) estabelecer as suas competências; (iii) tratar da sua estrutura organizacional, destacando-se que os seus servidores, oriundos de outros órgãos e entidades não poderão vir a fazer parte do quadro de pessoal do BCB? (iv; e determinar proibições para os seus atuantes.

AS TAXAS DE JUROS REAIS NEGATIVAS, OS INVESTIMENTOS E OS CONTRATOS

- Admirável mundo financeiro novo! Será?

(Com Milto Barossi)

(28.09.19)

De algum tempo a esta parte tomaram destaque na economia os chamados *juros negativos*, resultantes das recentes decisões dos bancos centrais de alguns países, como feito também pelo Banco Centra Europeu (BCE) em reduzir as taxas de juros abaixo das expectativas inflacionárias. Por exemplo, recentemente os rendimentos reais dos papéis italianos foram cotados a -0,758% a.a., os alemães a -0,64%, os EUA a -0,517%. Por sua vez a referência de juros na zona do euro esteve na casa de -0,4%[16].

Em bom vernáculo isso quer dizer que se alguém comprar tais títulos a R$1,00, ao final de um ano os resgatará por menos do que pagou, e termos reais, o que parece ser uma insanidade completa por parte do investidor, merecedor de uma medida judicial de interdição.

A medida acima se coloca no plano do exercício da política monetária, mediante a utilização do chamado *relaxamento quantitativo (QE, "quantitative easing")*[17], por meio do qual o BCE a partir do próximo mês de novembro comprará, mensalmente, ativos financeiros junto ao mercado, no montante de 20 bilhões de euros, buscando reduzir as taxas de juros no âmbito da União Europeia até que essas taxas se fixem dentro de parâmetros que forem julgados aceitáveis para a economia daquela região, assim considerado quando chegar um pouco abaixo de 2% a.a. Trata-se, como se percebe, de uma irrigação de moeda no mercado, aumentando a sua oferta, do que se espera sejam reduzidos os juros das operações de crédito.

Diante de tal cenário os investidores compraram títulos de países pertencentes à zona do Euro e, em troca, reforçaram as suas carteiras com ações de companhias abertas. Espera-se que a *"perda"* inicial venha a ser compensada no futuro por dividendos pagos pelas companhias em patamares suficientes para superá-la. É claro que se trata de operações de risco, pois os títulos adquiridos valerão menos do que por eles foi pago na sua compra, em termos reais, ao mesmo tempo em que os dividendos pagos pelas companhias venham a ser muito baixos, ou até mesmo inexistentes em situações de crise dos mercados em que atuam.

Tenha-se em conta que a opção dos investidores na forma acima referida admite a existência de riscos elevados na zona do Euro, que podem deitar a perder investimentos em geral, sendo nesse cenário preferível receber menos pelos títulos dos seus bancos centrais do que muito menos ainda, ou nada, dos devedores privados. *É a crise, estúpido*, diria alguém.

---

[16] Cf. de Gabriel Roca, André Mizutani e Lucas Hirata, *"BCE corta juro em nova tentativa de estimular a economia",* in Valor Econômico de 13.09.2019.

[17] Que foi aplicado nos EUA quando da crise financeira internacional de 2008/2009.

Como tudo em economia, o recurso ao QE não é unanimidade, pois existe o perigo de uma recessão e o receio de que a política monetária por si só não seja capaz de reverter o quadro, vindo a se tornar necessária uma *colaboração* da política fiscal, com todos os *senões políticos* a esta vinculados[18]. Isto porque, afirma-se, quanto mais o QE é utilizado, menor será o ganho marginal das medidas adotadas em sua resposta. No sentido acima os grandes bancos europeus reclamam do ambiente de juros reais negativos, que afetariam o seu balanço, do que decorreria o surgimento de um efeito contracionista do crédito, precisamente o contrário do desejado com a utilização da política do QE. Este cenário assemelha-se, em muito, ao exemplo de livro texto da teoria keynesiana acerca da efetividade da política monetária na circunstância em que as expectativas de mercados apontam para uma trajetória de *armadilha da liquidez*[19].

Expliquemos. Nos balanços as contas dos bancos que venderam euros no mercado e aplicaram os recursos correspondentes em títulos com juros reais negativos e/ou em ações, apresentaram de um lado perdas ao final do exercício. Ao mesmo tempo as ações que foram adquiridas podem ter pago dividendos inferiores (ou não ter pago nada) aos esperados para a formação de um equilíbrio, acrescidos do necessário lucro, própria de operações de bancos no mercado. Se é assim, falharia o estímulo para o aumento de operações de crédito a juros mais baixos dos que até então praticados.

O nível dos juros reais negativos praticados nas economias europeias e pelo BCE chegou a patamares tão baixos, que se afirma não terem mais as autoridades monetárias das regiões correspondentes alguma oportunidade para exercerem política monetária efetiva ou, até mesmo, qualquer política monetária, pois *teriam comido a toda a carne e chegado ao osso*[20]. Apenas o FED e o BCB ainda disporiam de espaço para o exercício de estímulos segundo a política monetária clássica, o que se efetivou recentemente pela redução de suas taxas básicas de juros. Mas um dia o gás acaba.

E agora, José, o que acontecerá com os investimentos e os contratos?

Vamos falar do Brasil, que nos interessa de perto, pois é aqui que vivemos e nos movemos, deixando para lá os americanos com as suas mazelas. Para nós bastam as que temos por aqui, que são inúmeras.

Investimento é um termo que tem alguns significados diferentes no jargão utilizado fora da ciência econômica. Pode ser um depósito a prazo ou a compra de títulos (públicos ou privados), nas chamadas operações de renda fixa. Também se trata de aplicações em valores mobiliários de companhias abertas (ações ou debêntures). As ações pagam dividendos, como se sabe, e as debêntures pagam juros, podendo estas, conforme a emissão, serem convertidas em ações.

Diante de juros reais negativos (e até mesmo de juros nominais muito baixos) fica reduzido o atrativo para o investidor. Isto não quer dizer que ele migre automaticamente para as ações porque há inúmeros fatores que dificultam essa escolha, especialmente entre nós, que temos uma tradição fundada na exploração da propriedade imobiliária e *no rentismo*. Neste último caso, mesmo com a inflação e os juros de renda fixa em queda, geralmente não gostamos

---

[18] Nesse sentido, já se viu que para a adoção de uma política fiscal eficazmente restritiva teria que se *combinar com os gringos* (isto é, deputados e senadores), da mesma forma como foi sugerido no passado em relação ao futebol.

A armadilha de liquidez, segundo KEYNES (1964), surge quando a taxa de juros nominal atinge um patamar muito baixo, próximo à nulidade e a política monetária perde efetividade. Cf. John Maynard Keynes *"The general theory of employment, interest and money",* New York: HBJ Book, 1964.

[20] Cf. de Luiz Eduardo Portella, *"Os bancos centrais chegaram ao limite?",* in Valor Econômico de 31.07.2019.

de assumir riscos desconhecidos (o esperado lucro de uma companhia aberta), preferindo-se o pouco certo do que o muito duvidoso.

E quando o investidor é um empresário, em termos de investimento ele é obrigado a pensar no seu fluxo de caixa, fator que opera contra operações no mercado de ações (que, em geral, dão lucro, mas sempre dentro de um horizonte de prazo mais longo). Ou seja, o empresário abre o capital de sua empresa com o fim de obter recursos tão somente com o objetivo de aplicação nos fundamentos da atividade, não servindo esse dinheiro para o dia-a-dia dos seus negócios, em relação aos quais o prazo é muito curto.

No último sentido acima continua a preferência para aplicações de renda fixa que permitam um resgate imediato ou dentro de um prazo bastante reduzido, de forma a que o fluxo de caixa não venha a ficar prejudicado. Isto se dá tanto quando a rentabilidade está alta, como quando está muito baixa, ou até mesmo negativa, em termos reais. Nunca devemos nos esquecer de que em nossa economia, dadas as idiossincrasias próprias, *seis meses é um período de tempo considerado de longo prazo*.

Por outro lado, o elevado índice de inadimplência dos clientes dos empresários conta como outro fator favorável a investimentos de renda fixa de curto prazo, seja qual forem os juros das aplicações de preservação do capital de giro. Assim sendo, aqui também, não importa o rendimento das aplicações, alto, médio ou mínimo. Assim, é melhor receber menos do que nada.

Além disto, o inefável Judiciário, autor de sentenças esdrúxulas em matéria empresarial, contribui de forma bastante ponderável em detrimento da segurança e certeza dos negócios, contribuindo sem saber para a afetação negativa da política monetária, uma vez que se constitui em barreira quase intransponível no sentido da mudança de comportamentos econômicos e históricos, quase mesmo da idade da pedra lascada.

E os contratos empresariais, como ficam nesse cenário?

Quanto mais baixa for a taxa de juros ou até mesmo quando for negativa em termos reais, esse fato não afeta o apetite do empresário de fazer o equilíbrio das suas entradas e saídas de caixa (o que é natural) e o viés de correção monetária dos seus créditos se mantém intacto (isto sem falar do lucro). A correção monetária faz parte do DNA empresarial brasileiro, que, se reconhece, nasceu de um gene defeituoso chamado *inflação*, cuja extirpação é uma das missões impossíveis da economia, havendo quem diga que um pouco de inflação é um bem aceitável, pois estimularia a economia. Costuma-se dizer que não existe *meia gravidez*, nem *meia inflação*, pois qualquer nível de inflação no limite é maléfico, especialmente no longo prazo.

Dado que existe uma inflação persistente entre nós, ainda que baixa e em rota decrescente, o seu efeito nos contratos de longa duração é sensível quanto à afetação negativa do lucro pretendido em operações empresariais. Isso resulta, conforme acenado acima, na busca pelo empresário da correção do valor da moeda a ser recebida quando do pagamento correspondente, o que pode ser feito por meio da transposição da inflação para o preço, a ser realizada *preventivamente* (o que representa risco de avaliação, tanto maior quanto mais duradouro for o contrato no tempo), ou posteriormente, pela aplicação de algum índice de correção monetária quando permitido por lei.

No tocante aos *empresários comuns* (não instituições financeiras), o regime legal em vigor permite correção monetária tão somente para as obrigações de prazo igual ou superior a um ano, aplicáveis índices de preços gerais, setoriais, ou que reflitam a variação dos custos de produção ou de insumos (Lei 10.192/2001, art. 2º, Plano Real).

Explica-se. Quanto aos pagamentos em dinheiro vigora o princípio do nominalismo, conforme o art. 315 do CC/2002: *"As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes".*

Portanto, no mundo das taxas de juros reais negativas os empresários são limitados na busca do escape aos efeitos da inflação remanescente da economia aos mecanismos acima referidos, inexistindo outros, não tendo neste artigo havido preocupação com a existência de eventuais situações de anomalias fáticas ou jurídicas, tais como a inadimplência, a imprevisão, o desequilíbrio econômico das prestações posterior ao contrato etc.

Por todo o exposto, concluímos que os empresários pátrios podem continuar com a sua vida costumeira, mudando as taxas de juros reais negativas tão somente o horizonte da rentabilidade ou nada mudando quando os bens oferecidos no mercado forem de demanda elástica (muito sensível a alterações nos preços) e oferta inelástica (sensibilidade reduzida às alterações nos preços), o melhor dos mundos como percebe

O FUNDO DE AVAL FRATERNO - FAF -, O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DO IMÓVEL RURAL E A CÉDULA IMOBILIÁRIA RURAL (I)

17.10.19

Não é por falta de medidas provisórias que o governo atual vai passar despercebido. Fora as surpresas de todos os dias, em todas as áreas, o Presidente da República editou até o momento (ainda não terminou o dia) 27 medidas provisórias. Algumas delas não tiveram sucesso, outras o alcançaram de forma relativa e poucas passaram pela marca da vitória sem contratempos.

Observe-se a desobediência sistemática ao comando constitucional que determina como condições para a edição de medidas provisórias, cumulativamente, a sua relevância e urgência, fatores que superariam o trâmite regular pelo Legislativo de leis ordinárias. No caso concreto podemos pensar que esteja presente a relevância, mas jamais a urgência.

Outro ponto a comentar está na odisseia das MPs pelo Congresso Nacional, em sua análise. Sabe-se como ela entra, mas nunca se sabe como ela sai, as vezes sendo deixada morrer por inércia. E não é raro que o texto ressurja eivado de *jabuticabas*, convenientes aos jardineiros que as implantaram no galho da MP, mas inconvenientes para o fim proposto.

Passarei a fazer o exame metodológico do texto na forma de um exercício progressivo. De início eu o atacarei (sem interpretações viesadas, por favor) como um operador do direito que não tem muito conhecimento dessa área (vai ver que não tenho mesmo) e utilizará o seu cabedal jurídico em uma primeira leitura, com a apresentação das minhas dúvidas. Em seguida farei o cotejo das minhas impressões com a Exposição de Motivos para tirar algumas conclusões e dúvidas, sabendo que a interpretação autêntica do criador da lei não vincula o intérprete, seja ele juiz ou árbitro. Finalmente eu tecerei *considerações conclusivas* sobre as dúvidas que restarem, trazendo os comentários finais pertinentes.

Vamos lá.

O **Fundo de Aval Fraterno – FAF** terá por finalidade garantir de forma subsidiária dívidas de produtores rurais, entre as quais as resultantes da consolidação de dívidas. Significa dizer que a sua utilização se coloca como uma cobertura secundária em relação a outras garantias

oferecidos pelos devedores. Dessa forma essa característica implica em uma ordem obrigatória a ser seguida pelos credores (ou a um benefício de ordem em favor dos devedores).

A designação desse fundo me parece um tanto jocosa e juridicamente imprópria. Isto porque no ramo dos negócios cada um cuida dos seus próprios interesses (o ser humano e as empresas de que participam têm uma natureza intrinsecamente egoísta, como nos ensinaram os filósofos e os economistas)[21]. Essa tal fraternidade mais teria a ver com o *abraço do afogado*, que se agarra fortemente a quem busca salvá-lo. Ou ele é salvo ou os dois vão juntos para o fundo das águas.

O FAF é constituído por **(i)** no mínimo dois e, no máximo dez devedores; **(II)** pela instituição financeira credora; ou pelos credores originais (no caso de consolidação de dívidas), incluídos os não financeiros; e **(iii)** pela instituição garantidora, se houver.

A norma não especifica, mas esses credores originais devem ser, necessariamente, instituições financeiras, respeitado o caput do seu art. 1º.

Por sua vez, os recursos que formarão o FAF serão integralizados por meio de uma estrutura de cotas, obedecidos os percentuais mínimos fixados naquela norma, incidentes sobre os saldos das operações de crédito garantidas pelo FAF: **(i) cota primária**, de responsabilidade dos devedores, correspondente a quatro por cento; (ii) **cota secundária**, de responsabilidade das instituição financeira credora ou, na hipótese de consolidação, dos credores originais, correspondente a quatro por cento; e **(iii) cota terciária**, de responsabilidade da instituição garantidora, se houver, correspondente a dois por cento.

Já que se trata de porcentuais mínimos os interessados deverão estrutura a integralização do restante do FAF conforme suas possibilidades e interesses.

O que se verificará na prática será o problema de serem encontrados bens dos devedores que ainda estejam livres de quaisquer obrigações ou garantias, não se podendo pensar em um FAF do tipo hipotecário, ou seja, formado por garantias que vão do subsolo até a estratosfera.

Os **critérios para a consolidação das dívidas** são os seguintes: **(I)** a instituição financeira consolidadora poderá exigir a transferência das garantias oferecidas nas operações originais para a operação de consolidação; e **(II)** os percentuais mínimos acima referidos incidirão sobre os valores que vierem a ser consolidados.

O que interessa é saber como a instituição financeira credora ou aquela que se tornou consolidadora buscará satisfazer-se no patrimônio do FAF. Em primeiro lugar, sendo este fundo de natureza subsidiária, os credores deverão esgotar inicialmente as garantias reais ou pessoais oferecidas pelo devedor individual. Em seguida passar-se-á à utilização dos recursos do FAF de acordo com a seguinte ordem obrigatória:

I - cota primária;

---

[21] *O motor principal e fundamental no homem, bem como nos animais, é o egoísmo, ou seja, o impulso à existência e ao bem-estar (...),* conforme Arthur Schopenhauer. Thomas Hobbes foi mais pesado em seu julgamento, ao afirmar que o homem é um lobo egoísta e interesseiro, sempre desejoso de saciar o seu apetite. Por sua vez, Kenneth Arrow (Nobel de economia em 1972) afirmou que não existe alguma coisa que se possa chamar de interesse coletivo, dado que todos os interesses são individuais.

II - cota secundária; e

III - cota terciária.

Essa estrutura de alguma forma e em algum nível acarretará uma perda para as instituições financeiras participantes, segundo o valor de suas respectivas participações, a partir do esgotamento dos valores que compõem a cota primária.

Uma vez quitadas todas as dívidas garantidas pelo FAF ou dado o exaurimento dos seus recursos ele será extinto, devolvendo-se os valores eventualmente remanescentes de forma proporcional à sua contribuição originária, hipótese que deverá ser muito rara, a ser feita na ordem inversa, ou seja, da cota terciária para a primária. Essa solução corresponde ao legitimo interesse da instituição financeira garantidora e da consolidadora.

Diante desse cenário pergunta-se a respeito da necessidade de se criar legalmente um mecanismo especial para o fim do estímulo ao financiamento rural. Em que medida as próprias instituições financeiras poderiam ter adotado uma iniciativa em tal sentido, lembrando-se de que no passado os institutos de direito mercantil – e os de direito bancário entre eles – nasceram da prática dos comerciantes e dos banqueiros, tendo o legislador progressivamente incorporado ess institutos ao corpo de leis correspondentes. A impressão que fica é que os empresários e banqueiros perderam o *timing* e a essência de suas iniciativas, necessitando que o legislador (no caso o governo) desperte-os de sua inércia para o fim de dar nascimento a um veículo próprio para o desenvolvimento adequado de suas atividades. Outra hipótese é a da presença do Estado todo poderoso, condutor por si próprio dos caminhos econômicos – no caso – que direciona a economia para os seus interesses e supre as necessidades não atendidas pela sistemática presente. Nada impede que as duas explicações coexistam.

No sentido acima nada impediria que os banqueiros isoladamente ou em conjunto organizassem esquemas de consolidação de dívidas com os seus devedores, no universo da constituição das garantias adequadas, fazendo para tanto um aporte de recursos com o concurso dos devedores. O que não está ao alcance daqueles, por ser privilégio da lei, é a constituição de um patrimônio de afetação e a criação de de títulos de crédito, como se dá quanto à Cédula Imobiliária Rural, um a mais a se acrescer ao rol bastante extenso dos já existentes na mesma área do agronegócio.

Além do que já se disse no parágrafo anterior, não poderiam os particulares, evidentemente, constituir subvenções econômicas para empresas cerealistas com recursos do inefável e aparentemente inesgotável BNDES, a par da equalização das taxas de juros para as instituições financeiras privadas.

Explica a Exposição de Motivos que a subvenção econômica já prevista na Lei nº 8.427, de 27.05.1992 seria realizada neste caso por meio de uma equalização das taxas de juros aplicáveis às operações assim favorecidas mediante o pagamento pelo Tesouro Nacional da diferença entre o custo de captação dos recursos necessários, somado aos custos administrativos da instituição financeira beneficiara, e a taxa de juros cobrada do tomador do crédito rural, que teria condições de fazer operações de crédito segundo taxas de juros mais acessíveis, com o resultado do desenvolvimento das atividades agropecuárias em nosso país.

A Exposição de Motivos afirma, ainda, que a proposta da subvenção vertente não implicaria em custos adicionais para a União, mas que promoveria o aumento da concorrência entre instituições que integram o Sistema Nacional de Crédito Rural, com impacto positivo na

redução dos custos para os tomadores de crédito. Em primeiro lugar eu lembro que os recursos do BNDES são originados fundamentalmente da União, de forma que não se revela verdadeira a asserção acima referida. Tal custo é dela diretamente e dos nossos bolsos, indiretamente.

Por outro lado, para mim está presente o perigo do desvio do aumento da concorrência entre as instituições financeiras na concessão de crédito a taxas mais baratas em beneficio. Ao contrário, poderá ocorrer a sua elevação, já que a diferença em favor do tomador de crédito ficará a cargo do BNDES. Dessa forma o incentivo da MP ora comentada seria em certa medida negativo e não positivo.

Quanto às taxas de juros, a intenção de vê-las mais baixas do que seria o *"normal"* encontra um óbice econômico natural, dado que a formação do FAF se dará com devedores assim reconhecidos e que já esgotaram a sua capacidade de outorgarem garantias de melhor qualidade. Ora, sabe-se que entre os elementos do *spread* bancário está o risco de inadimplência, mais acentuado na situação desse instituto. Neste sentido a Exposição de Motivos afirma que tem havido esforços para a mitigação de riscos vinculados aos financiamentos rurais, entre os quais subvenção (mais uma vez) ao prêmio do seguro rural, por meio da garantia de riscos climáticos e fitossanitários, a par de crédito de custeio rural ao amparo do PROAGRO. Claro que isto ajuda, mas o efeito sobre as taxas de juros é parcial.

Em acréscimo, a Exposição de Motivos indica que o reforço das garantias de que trata essa MP permitirá ao produtor rural obter financiamento para quitar suas dívidas de curto prazo, com isso ganhando fôlego para reestruturar o seu negócio, o que se revela, em tais termos, uma missão impossível. Isto porque é sabido que a atividade rural não tem maturidade de curto prazo. Quando muito será de médio prazo (seis meses a um ano) e principalmente de longo prazo (mais de um ano). Assim sendo, financiamentos de curto prazo formarão uma fileira bastante significativa para o fim de sustentar-se a atividade rural, revelando-se, portanto ineficazes e com um custo *em cascata* bastante elevado.

Considere-se, ainda, que a formação prevista pela MP para a constituição do FAF é baseada em cotas mínimas que, somadas, atingem apenas 10% (dez por cento) do valor a ser avalizado, não tendo havido a preocupação de se explicar como serão integralizados os restantes 90% (noventa por cento). Nesta situação é impossível avaliar qual o interesse das instituições financeiras em realizar contribuição com tal nível de participação, considerando-se que as garantias fornecidas são de natureza subsidiária, constituídas por devedores já problemáticos.

Por enquanto interrompo aqui as minhas considerações, pretendendo com este texto fazer o mesmo que costuma ocorrer com pesquisadores de universidades americanas e europeias, no sentido de que uma versão preliminar é apresentada para discussão pública e, uma vez colhidos os comentários da comunidade interessada, chega-se ao texto definitivo. É o que eu espero que aconteça.

Os demais temas dessa MP ficam para o próximo número.

O patrimônio de afetação do imóvel rural e a Cédula Imobiliária Rural - II[22]

(21.10.19)

.

No primeiro artigo desta série tratamos da estrutura e finalidade do FAF, expondo as minhas dúvidas a seu respeito, que não eram poucas. A leitura dos artigos que têm sido publicados sobre o tema não as espancaram, porque eles têm sido de natureza predominantemente descritiva. E uma das minhas preocupações se deu em relação a problemas eventuais do entendimento, alcance e interpretação das normas referentes à MP 897/2019 e dos que estão a ela ligados, pensando até mesmo o que poderá acontecer futuramente no plano do Judiciário, imaginando o que entenderão sobre ele – com o devido respeito - juízes de comarcas distantes dos grandes centros, não afeitos aos segredos do direito bancário e do mercado de capitais, por exemplo.

Por oportuno, deve-se ter em conta que, do ponto de vista de sua oportunidade, a eficácia dos institutos tratados pela MP 897/2019 (que é uma solução micro) depende da superação da recessão econômica que está estabelecida no país (solução macro, sem perspectiva de superação a não ser no longo prazo, conforme os ventos da política), ambiente atualmente desfavorável à procura de crédito pelas empresas (no caso particular pelos produtores rurais). E a prova disto está no fato de que, tendo o Banco Central do Brasil liberado recentemente quase 20 bilhões de reais que estavam presos como depósitos compulsórios, eles ficaram inertes nos caixas dos bancos, sem clientes interessados[23].

Outra observação a ser feita refere-se à necessidade da interpretação da MP 897/2019 a partir do trabalho de um *operador **generalista** do direito*, dada a significativa quantidade de microssistemas jurídicos envolvidos, entrelaçados uns aos outros. Trata-se de uma tarefa que aos poucos caminha para a qualificação de *missão impossível X*, considerando-se que nossas faculdades de direito têm se preocupado em formar o advogado especialista do direito do dedo mindinho de pé esquerdo. Também é desprezada a importância da lógica, instrumento, digamos assim, da condução do pensamento adequadamente concatenado. Prefere--se, ao invés, o método de se pescar aleatoriamente todos os *peixes* que possam ser encontrados em uma lei, para depois tentar se fazer uma classificação qualquer, mesmo que no meio deles tenha vindo um sapo.

Veja-se que a MP em questão passa pelo Direito Constitucional, Civil, Comercial, Tributário e Trabalhista, se é que não me esqueci de algum dos que nela foram chamados a colaborar. Nesse contexto são identificados, entre outros, diversos institutos como o do patrimônio (geral e de afetação), dos títulos de crédito (a Cédula Imobiliária Rural, o Depósito Bancário, à Cédula de Produto Rural, os Títulos do Agronegócio, quanto à cartularidade, endosso, aval, escrituração), a recuperação judicial, o depósito centralizado, os valores mobiliários, a subvenção econômica, e por aí vai.

E já que estou me relacionando aos diletos leitores em um tom coloquial, destaco que a minha geração de operadores do direito foi privilegiada ao tempo do milênio/século passado,

---

[22] Este artigo é continuação daquele publicado neste Migalhas no dia 8 do mês em curso, sob o título *"O Fundo der Aval Fraterno – FAF -, o Patrimônio de Afetação do Imóvel Rural e a Cédula Imobiliária Rural".*

[23] Vide sobre o tema "*Compulsório liberado pelo BC fia 'empoçado' e não vira crédito", de* Alex Ribeiro, in Valor Econômico de 16.10.19.

pelo estudo dos fundamentos dessa ciência em termos de Teoria Geral do Direito, bem como as teorias gerais de cada das disciplinas que formavam a grade do nosso curso. Especialização era pouca, sendo uma delas na Faculdade de Direito da USP a relativa ao Direito do Trabalho, mediante a estruturação prática da disciplina pelo saudoso Prof. Cesarino Júnior. Especialização vinha da vida prática, mas as ferramentas para tanto já estavam em nossas mãos. Sobre isto escreverei em momento mais adequado, tendo certeza de que aquele era o melhor caminho.

1. Novas considerações sobre o patrimônio de afetação

No tocante ao **patrimônio de afetação** vemos que ele é instrumentalizado por meio da Cédula Imobiliária Rural - CIR (uma ou mais), da qual falaremos mais especificamente em seguida, que será colocada no mercado objetivando a obtenção de recursos pelo proprietário do bem para a utilização na sua atividade rural. Duas situações poderão se dar em relação ao destino de parte de uma propriedade rural para o fim da constituição de um patrimônio de afetação: ser constituído por meio da separação da melhor parte da propriedade ou, ao contrário, pela menos valiosa delas.

É evidente que no primeiro caso a colocação no mercado das correspondentes Cédulas se dará de forma mais fácil e a uma taxa mais favorecida. No sendo assim, dar-se-á o contrário. Um efeito perverso será observado quando o credor excutir o patrimônio de afetação diretamente, tornando-se proprietário do bem, do que resultará uma ampla desvalorização da área remanescente. Pense-se, por exemplo, que é na parte boa de uma fazenda que se constituiu o patrimônio de afetação, na qual está a sua fonte principal ou única de água, localizada fora da linha divisória daquela propriedade. Se não tiver sido constituída previamente uma servidão adequada para dar ao dono da área sem água o direito de acesso a esta, ele ficará *"na mão"* do seu vizinho, sem nada poder fazer a respeito para superar o seu problema.

Na qualidade de bem destinado a prestar garantias em operações de crédito tomadas pelo produtor rural a estrutura jurídica mostra-se adequada, observadas as ponderações acima efetuadas. Sua segurança jurídica está bem construída, tratando-se de bem completamente livre de outros gravames e de sua absoluta separação de demais bens do patrimônio gera do proprietário ou de eventuais outros patrimônios de afetação que ele tiver constituído. Neste sentido esse patrimônio de afetação na correspondente CIR a plena materialidade do direito de propriedade, naquela *cartularizado*, tal como ocorre em relação a todo e qualquer título se crédito.

Mas um eventual problema ligado à questão da segurança desse patrimônio poderia ser encontrado, por exemplo, na sua desconsideração, por um juiz, em situações de insolvência do produtor rural, passando ele por cima das regras próprias que essa MP 897/2019 dispõe sobre o afastamento dos efeitos da falência, insolvência civil ou recuperação judicial do produtor rural. A largueza indiscriminada que tem sido observada no âmbito do Judiciário quanto à aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa deixa o operador do direito um pouco receoso de que o mesmo venha a acontecer em relação ao patrimônio de afetação de que se trata e à CIR que nele tem origem.

Outra fonte de enfraquecimento do patrimônio de afetação em tela, como nota fortemente negativa, tem base no inciso I do art. 9º e no inciso II do art. 13 da MP 897/2019, transcritos em seguida *ipsis litteris*:

> *Art. 9º Os bens e os direitos integrantes do patrimônio de afetação não se comunicam com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do proprietário ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos,*

desde que o patrimônio de afetação esteja vinculado a uma ou mais Cédulas Imobiliárias Rurais, na medida das garantias vinculadas à Cédula Imobiliária Rural.

(...)

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário rural.

Art. 13. Incumbe ao proprietário que constituir o patrimônio de afetação:

(...)

II - manter-se adimplente com as obrigações tributárias e os encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas de sua responsabilidade, incluída a remuneração dos trabalhadores rurais.

Assim sendo, nos termos dos dispositivos acima, o patrimônio de afetação poderá ser desconstituído ou ignorado diante da inadimplência do proprietário rural que o erigiu. Assim tal instituto se revela mais como uma *carta de intenções* do que como um patrimônio efetivamente separado que assim não é. Ou seja, o legislador está *vendendo gato por lebre*.

2. A Cédula Imobiliária Rural – CIR

Cuida-se de mais um título de crédito destinado ao financiamento da atividade produtiva rural, dotada da natureza de **promessa de pagamento em dinheiro** relativa a operação de crédito contratada pelo produtor rural junto a uma instituição financeira (necessariamente). Caso o pagamento em questão não seja efetuado o devedor deverá entregar ao credor o bem imóvel do qual se constituiu a CIR como garantia, objeto do patrimônio de afetação estabelecido pela MP vertente.

Diferentemente da alienação fiduciária em garantia (na qual, diante do inadimplemento do devedor, o credor se consolida na propriedade plena do bem que é o seu objeto), em relação à CIR, uma vez não paga, surge para o devedor a obrigação de entregar o bem imóvel rural ou fração dele vinculado ao respectivo patrimônio de afetação. A recusa da entrega obrigará o credor recorrer ao oficial de registro de imóveis competente para que, na forma do inciso IX do art. 19 da MP, processe o registro para o seu nome da transmissão da propriedade do bem que formou o mencionado patrimônio de afetação. Essa prerrogativa consta expressamente de autorização dada pelo emitente.

A emissão da CIR é reservada exclusivamente ao proprietário rural, pessoa natural ou jurídica, que, como premissa necessária, tenha constituído um patrimônio de afetação na forma da MP em foco o qual, portanto, é o bem jurídico subjacente àquele título de crédito. Observe-se que a CIR não é, naturalmente, *"o bem objeto do patrimônio de afetação",* mas tão somente uma garantia que se estabelece sobre ele e a cartularidade divide-se entre a *natural* (em papel) e a *escritural* (constituída pelo registro ou depósito correspondente em entidade própria, como veremos em seguida).

A MP 897/2019 permite, sem especificar as razões, que, não configurando *requisito* do título (mais corretamente deveria ter dito *elemento* quando à cártula), está presente a faculdade de fazer constar de sua literalidade outras cláusulas não financeiras lançadas em seu registro, depósito ou cártula, as quais poderão constar de documento à parte com a assinatura do emitente, incluída a menção na formalização correspondente. Ficando em aberto essa possibilidade – que não poderá conter qualquer cláusula que esvazie a CIR do seu conteúdo

mínimo obrigatório – nada impediria a meu ver que o endossante dela fizesse uso na medida de eventual interesse legítimo. A diferença entre os efeitos do que constará do registro e da cártula não foram explicitadas pela norma, observando-se que qualquer interessado poderá ter acesso aos elementos constantes do registro, limitando-se ao uso que fará do seu conhecimento, não envolvendo a responsabilidade de quem negociou o título registrado (ou depositado?), como foi visto linhas acima.

A MP em questão disciplina o ato de *registro ou depósito* da CIR em alguma entidade autorizada pelo BCB ou pela CVM a exercer a atividade correspondente de registro ou de depósito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários, nos termos do disposto na Lei 12.810, de 15.05.2013, no prazo de cinco dias úteis, contado da data de sua emissão. Esses atos são a condição necessária para que a CIR tenha eficácia executiva sobre o patrimônio de afetação a ela vinculado. Ou seja, ela se tornará um título executivo extrajudicial.

Em primeiro lugar não ficou muito claro no texto da MP 897/2019 se, diante da falta de registro ou de depósito, qual seria a natureza da CIR, que não chegaria a constituir-se como um título de crédito dotado de eficácia executiva, caracterizando-se tão somente como uma promessa de pagamento de natureza civil, fora, portanto, do direito cambial e de sua força.

Em segundo lugar a referida MP parece colocar no mesmo plano, como sinônimos, os termos *registro* e *deposito* que têm juridicamente contornos bastante diversos. Quando se faz o registro de uma escritura de imóveis em cartório próprio, o efeito é tão somente o de se dar publicidade quanto à identificação do proprietário do bem registrado e de eventuais gravames sobre o imóvel (hipoteca, por exemplo). Ao contrário, quando se faz o depósito – que no caso seria aquele de natureza regular, que não transfere a propriedade do bem para o depositário, como acontece com os depósitos bancários – o depositário assume a obrigação de guarda, de conservação do bem e de sua devolução oportuna ao legítimo proprietário.

No parágrafo segundo do art. 16 a MP 897/2019 abandona o termo *registro*, para fixar-se no de depósito para o fim de determinar que a CIR terá natureza *cartular* antes de depósito e *escritural* enquanto permanecer depositada.

De início verifica-se uma contradição aparente entre essa declarada natureza cartular antes do depósito da CIR e a ausência de eficácia executiva se não depositada, conforme explanado linhas acima. Isto significaria que ela poderia circular por endosso, transmitindo-se a sua propriedade, mas o endossatário não teria em tal documento a força que lhe seria conferida no plano de sua execução se fosse considerada um título de crédito pleno. Tal contradição se mantém quando é feita a leitura do art. 18 da MP sob comento, no qual está declarado que a CIR é um título extrajudicial, representando dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao valor nela indicado ou ao saldo devedor da operação de crédito que ela representa. Tudo muito certinho e bonito, mas, não depositada, lhe faltará a eficácia executiva.

Uma vez depositada *escrituralmente,* os atos jurídicos praticados em relação à CIR não serão incorporados à sua literalidade, constando tão somente o histórico correspondente nos registros do sistema próprio. Isto quer dizer que os adquirentes sucessivos da CIR depositada não integram – ou não devem integrar – a cadeia cartular da responsabilidade inerente aos títulos de crédito, não servindo como elemento integrativo o histórico das negociações objeto daquele título. Essa cadeia, na verdade, não se formaria quanto aos negócios feitos em relação à CIR depositada.

Um ponto a se destacar é o relativo à desnecessidade do protesto da CIR para que seja assegurado o direito de regresso contra endossantes e avalistas. Isto, é claro, aqueles cujos nomes constam de sua literalidade enquanto não depositada. Mas essa circulação seria muito

restrita, pois se daria no curto prazo de cinco dias antes do registro obrigatório, nos termos do art. 16 da MP em questão.

Caro leitor, se você a essa altura dos acontecimentos não estiver totalmente confuso, peço por favor que ocupe o lugar desse escriba para o fim de afugentar a quantidade de dúvidas que têm sido levantadas neste e no texto anterior.

A CIR poderá ser garantida por terceiros, pessoas comuns, instituições financeiras ou seguradoras e receber aval, que constará, conforme o caso, do registro ou do depósito ou da cártula. Tratando-se o aval do efeito cambial relativo à garantia de algum negócio realizado com o título, mostra-se uma contradição na norma (ou no mínimo uma limitação), na medida em que o inciso I do § 3º do art. 16 estabelece que no período e que a CIR estiver depositada não serão transcritos negócios ocorridos no seu verso, que somente constará dos respectivos registros.

A esse respeito deve-se fazer uma pergunta sobre qual seria o efeito jurídico e como se tornaria eficaz diante de terceiros um aval concedido quanto a uma CIR depositada, que não constará da literalidade do título, mas tão somente dos registros do sistema. Trata-se de uma incógnita específica para esse título, que necessita ser tratada do ponto de vista da Teoria Geral dos Títulos de Crédito. Vejamos.

A Lei Uniforme sobre a letra de câmbio e outros títulos de crédito dispõe no seu art. 31 que o aval, além de ser aposto no próprio título, também pode ser dado em folha anexa. Desse ponto de vista a única questão que se coloca é a da prova daquele ato cambial, porque isoladamente a folha anexa não é nada. Neste caso a eficácia do aval depende de ter o titular do crédito, em suas mãos, os dois documentos, o original do título e aquela folha anexa. O anexo é um documento à parte, mas pode estar ligado ao título, por meio de cola, o que se tem chamado de *alongamento*. Veja-se a esse respeito o art. 13 da Lei Cambial. No caso do cheque a Lei 7.57, de 02.09.1985 refere-se expressamente em seu art. 19 à *folha de alongamento*.

No sentido acima, portanto, o histórico extra cartular da CIR, no tocante ao aval, anotado nos registros do sistema e ao qual algum interessado tenha o direito de acesso, poderá ser eventualmente considerado como a tal folha de alongamento, para o efeito do reconhecimento daquele ato de garantia prestado pelo portador da CIR. E como aval por ele responderá o avalista perante o titular legitimado do título de que se trata.

E para o fim de tal responsabilidade, como também daquela dos endossantes, a MP vertente dispensa o ato de protesto (art. 18, § 2º). Mas, precisamente quanto à responsabilidade dos endossantes, eis que o legislador provisório *ad hoc* nos traz uma *pérola* no art. 24, inciso II, segundo o qual os endossantes responderão somente pela existência da obrigação e não pelo seu pagamento. Seriam endossantes do *tipo café com leite*, como se fazia em relação à antiga *brincadeira do pique*, quanto às crianças mais novas. Trata-se da quebra de um dos princípios cambiais essenciais dos títulos de crédito.

Nos termos do art. 15 da Lei Cambial, **o endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação quanto do pagamento do título**. Dessa maneira, o que a MP 897/2019 é dar ao endossante a simples função de *repassador material do título*, sem qualquer responsabilidade. Durma-se com uma regra dessas, cuja finalidade econômico-jurídica não se pode compreender. Se fosse o caso de não se atribuir responsabilidade cambial aos endossantes, bastaria proibir o endosso (por meio da *"cláusula não à ordem"),* do que resultaria, é claro, um esvaziamento da função da CIR. Aliás, parece que contraditoriamente, tendo em vista o objetivo de sua circulação no mercado, *a "cláusula à ordem",* que permite a circulação por endosso dos títulos de crédito, é uma faculdade expressa em relação à CIR.

Como vimos acima, a regra geral no tocante ao endosso é, portanto, a da responsabilidade do endossante, respondendo ele pelo pagamento do título, tal como consta do art. 15 da Lei Cambial. Para não responder é necessário que se faça constar expressamente da literalidade do título uma cláusula em tal sentido, não tendo sido essa a solução adotada pela MP sob exame.

Vamos a outro ponto. Sem necessidade, porque há lei específica, o § 2º do art. 19 da MP 897/2019 estabelece que o patrimônio de afetação vinculado à CIR observará o disposto na legislação ambiental.

A CIR foi criada com a intenção de dar nascimento a um crédito, que tem como fundamento econômico e jurídico (negócio jurídico subjacente) o patrimônio de afetação sobre o qual se constitui. Daí que a sua negociação em mercados é um fator natural para o exercício de sua finalidade. Neste sentido a MP 897/2019 determina que ela somente poderá ser negociada nos mercados regulamentados de valores mobiliários quando registrada ou depositada em entidade autorizada pelo BCB ou CVM, autorizada a exercer a atividade de registro ou de deposito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários.

Tenha-se em conta que nada impede a circulação privada, que não caracterize ofensa à obrigatoriedade do registro ou depósito prévio da CIR para o efeito da sua negociação em mercados próprios. Atente-se para o fato de que tal negociação dispensa o registro na CVM, referido no art. 19 da Lei 6.385/1976, uma vez que foi criada uma sistemática própria aqui já examinada. E a natureza, por sua vez, da CIR como valor mobiliário, é determinada pela própria MP 897/2019, não se encontrando ela no rol constante do art. 2º da lei acima mencionada, não sendo o caso de ser classificada como título ou contrato de investimento coletivo, na forma do inciso IX.

No tocante ao uso do imóvel ou parte dele que se constituiu em patrimônio de afetação, isto se dará em relação à sua destinação econômica própria, a cargo do proprietário (por sua vez o emitente da CIR) devendo empregar em sua guarda a diligência que se revelará compatível com a sua natureza. Neste sentido, fazendo uma *blague* com a questão do acesso a armas pelo produtor rural, segundo *a filosofia bolsonariana*, será dever do produtor rural (sob pena de quebra dessa obrigação) estar preparado com armamento eficaz para defender-se de eventuais invasores. Será o faroeste caboclo, fundada a reação armada do proprietário nos dizeres de placas comuns em propriedades rurais norte americanas: *"No trespassing".* O risco será seu, membros do MST, quejandos e bandidos *comuns*.

Não há vencimento determinado para a CIR. Isto dependerá da necessidade financeira do produtor rural que a emite, de acordo com o tempo de maturação da atividade que desenvolve na propriedade objeto da constituição do patrimônio de afetação correspondente. Aproveito para lembrar os riscos próprios da atividade rural e da necessidade de se resguardar de eventos danosos por meio de contratos de seguro pertinentes.

Dar-se-á vencimento antecipado, nos termos do art. 23 da MP em questão nas seguintes hipóteses:

> *I - inadimplência da operação de crédito garantida pela Cédula Imobiliária Rural;*
>
> *II - descumprimento das obrigações de que trata o art. 13;*
>
> *III - insolvência civil, falência ou recuperação judicial do emitente; ou*

IV - na existência de prática comprovada de desvio de bens e administração ruinosa do imóvel rural que constitui o patrimônio de afetação a ela vinculado.

Há algumas coisas interessantes a se comentar quanto ao dito vencimento antecipado. Em primeiro lugar a questão do art. 13, segundo o qual:

Art. 13. Incumbe ao proprietário que constituir o patrimônio de afetação:

I - promover os atos necessários à administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive por meio da adoção de medidas judiciais; e

II - manter-se adimplente com as obrigações tributárias e os encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas de sua responsabilidade, incluída a remuneração dos trabalhadores rurais.

Veja-se as obrigações referidas no inciso primeiro, supra, correspondem ao exercício próprio de qualquer pessoa quanto ao cuidado com seus bens (o nosso caro *pater famílias*), no tocante especifico à defesa do patrimônio de afetação. Seria o equivalente a um *dever fiduciário* do direito anglo-norte-americano, instituto ao qual se costuma fazer uma aplicação deveras leviana entre os nossos operadores do direito e que nada tem a ver com os fundamentos daquele instituto na sua origem.

Quanto ao inciso II, lá vem de novo a conhecida e antiga novela da proteção diferenciada que no direito brasileiro se estabelece quanto aos créditos públicos e aos trabalhistas (no caso referidos especificadamente os trabalhadores rurais), sem que haja uma devida justificativa econômica para tanto, que a torne eficaz em relação ao recebimento dos créditos correspondentes.

Quanto ao inciso III do art. 23, a MP que afasta do devedor (emitente da CIR) o direito à recuperação judicial a qual seria, de acordo com o art. 47 a Lei 11.101/2005, precisamente o meio adequado para *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*.

E note-se que ao produtor rural é especificamente estendido o direito a pleitear sua recuperação judicial uma vez obedecidos os requisitos presentes no parágrafo segundo da norma acima citada. Dessa forma a MP 897/2019 quebra o princípio maior, consistente em se dar oportunidade de recuperação do seu negócio para negócios viáveis, na medida em que os problemas financeiros por ele enfrentados não sejam de natureza estrutural, mas contingenciais.

Prezados leitores, vou parar por aqui. Já gastei demasiadamente os meus já antigos neurônios e deve ter esgotado a sua paciência.

Vem mais por aí em terceiro artigo sobe esta matéria. Além de mais a tratar com relação a essa MP, são tantas as interrelações jurídicas envolvidas e inerentes a diversos microssistemas jurídicos, que sobre muitas delas eu posso ser ignorante (como já afirmei na matéria anterior) e quanto a outras posso não as ter percebido.

Por isto, recorro a um *habeas corpus preventivo* para que em próxima oportunidade, eu reveja ou complete eventualmente alguma coisa sobre a qual já me pronunciei, esperando não precisar recorrer ao STF, já tão assoberbado de questões ingentes, algumas das quais ele mesmo cavou, SMJ. Eventuais omissões que tiverem se verificado serão oportunamente sanadas.

Críticas construtivas serão muito bem recebidas.

Hasta la vista, baby.

III - CONSUMIDOR

NEM TUDO MUNDO QUE CONSOME É CONSUMIDOR

- 31.05.2011 -

Nota – Nada mudou nesta matéria desde que esse texto foi escrito. Continuamos de pior a *mais pior* ainda.

Desde a promulgação do nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC que têm sido travadas inúmeras discussões sobre o conceito de consumidor, na busca da proteção diferenciada que a legislação específica a ele dispensa. E, convenhamos, muita bobagem tem sido dita e escrita a respeito. As razões para tanto se colocam nos planos da ignorância do funcionamento dos microssistemas jurídicos e (o que é muito pior) no da ideologia.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que a construção jurídica do CDC representa uma exceção ao chamado *direito comum*, formado pelo Código Civil de 2002 e pela legislação mercantil em geral. Assim sendo, a idéia da generalização da proteção do CDC, por via da ampliação extensiva do conceito de consumidor quebra a sistemática jurídica correspondente e torna regra aquilo que é extraordinário.

O desvirtuamento do Código do Consumidor traz consequências altamente negativas para toda a atividade econômica, pois resulta em um aumento de custos para o agente econômico que, para enfrentá-lo, toma a iniciativa do aumento dos preços dos seus produtos. Ou seja, há uma internalização de novos custos de transação decorrentes da ampliação do campo de aplicação do CDC, que é externalizada de maneira linear para toda a clientela do agente econômico afetado, pegando consumidores e não consumidores.

O problema está no desconhecimento (ou simplesmente desconsideração proposital) pelo aplicador da lei da velha lição do conhecido economista: *"Não existe almoço de graça, alguém vai pagar a conta".*

Uma das distorções mais comuns do CDC está na ampliação indevida do conceito de *destinatário final*, o que tem levado ao pretendido favorecimento, por exemplo, de sociedades

empresárias que tomam empréstimos em bancos, sob a falsa alegação de que, uma vez ingressados os recursos no caixa da empresa, eles são *consumidos* no uso que a eles dará o mutuário.

Em primeiro lugar essa orientação se funda na alegação de que os tomadores, mesmo grandes empresários, sempre serão hipossuficientes em relação aos bancos, estes sempre caracterizados como empresários de porte muito mais avantajado e conhecedores do mercado de dinheiro, cujos segredos não estão revelados aos simples mortais. Isto é uma falácia. Toda grande empresa tem o seu departamento financeiro que conhece muito bem esse campo de atividades. E, se não tiver, isto não quer dizer que os bancos se encontram sempre em posição de superioridade técnica em relação ao tomador quando emprestam dinheiro. O tomador sabe perfeitamente o quanto pagará de juros nas operações celebradas e tem condições de avaliar se o negócio lhe interessa ou não.

Observe-se que as taxas de juros não são tabeladas, operando os bancos dentro de um espectro maios ou menos amplo, conhecido como *taxa média de mercado*. E como é média, e óbvio que há taxas inferiores e superiores à média e o seu manuseio pelos bancos decorre de fatores ligados ao perfil individual do tomador do empréstimo (formado pelo conhecido trio do prazo, do risco e da garantia, que interagem entre si).

Outro ponto da argumentação consumerista está nesta falsa noção de *consumo* do dinheiro recebido pelo empresário tomador de recursos bancários. Um empresário somente pode praticar operações-meio (levantar recursos financeiros) objetivando a realização das operações-fim. Representaria uma quebra do objeto social o levantamento de recursos para simplesmente gastá-los em qualquer outra coisa.

Desta maneira, os recursos que entram no caixa de uma sociedade empresária a título de empréstimo sempre deverão ser tomados com a qualidade de *insumos*, ou seja, de capital de giro a ser utilizado para a realização do objeto social. Desta forma, nunca o favorecido os recebe como destinatário final.

E a atividade do empresário deve ser vista como tal, tanto do ponto de vista específico e direto (compra de uma máquina para o parque industrial da empresa), como genérico e indireto (a montagem de uma academia de ginástica para os seus funcionários). Mesmo neste último caso, o que o empresário busca é melhorar a qualidade de vida dos seus empregados, do que resultará aumento da produtividade e redução do stress interno.

Ou seja, nem todo mundo que consome é consumidor.

Voltaremos a este tema.

_____

1 Sobre o tema vide o item 7.7, da nossa ''*Teoria Geral do Contrato*'', que será em breve objeto de nova edição.
2 In ''*Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*", 6ª ed, Ed. Atlas, São Paulo 2006, pp. 263.
3 In *''Metodologia da Ciência do Direito''*, 3ª ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997. pp. 574 e segs.
4 Ob. cit., pp. 609.

5 In ''Direito Constitucional e Teoria da Constituição'', 5ª ed., Ed. Almedina, Lisboa, 2002, pp. 694 e 695.

A função social do contrato e o diálogo entre as fontes (mais um caso de superação inconstitucional do princípio da autonomia privada)

É absolutamente necessário voltar-se ao estudo dos fundamentos do direito, deixando quem nele opera de agir como se o seu pequeno feudo seja mais importante do que todo o reino. Insta deixar de olhar para baixo e procurar o sol que nasce no horizonte.

(5 de março de 2018)

Nascida no campo do Direito do Consumidor, a teoria (se é que assim pode ser chamada) do *diálogo entre as fontes* revela-se uma rematada heresia jurídica, em relação à qual fica demonstrado o inexplicável desconhecimento de noções fundamentais do Direito, como as de sistema, de ordem jurídica constitucional (hierarquia entre as normas), além da ignorância a respeito de institutos seculares (novação), aliado ao uso gratuito de outros mal resolvidos pelo legislador. Este último é o caso da função social do contrato, em péssima hora incluída no art. 421 Código Civil de 2002, como limite à liberdade constitucional de contratar[1].

Um levantamento que estamos fazendo sobre a aplicação de tais questões pelos Tribunais nos tem deixado verdadeiramente estupefatos quanto à enorme confusão de conceitos que está presente nas decisões a seu respeito. No caso da função social do contrato, o exame de diversos acórdãos demonstra que ela se tornou um fetiche que serve para resolver qualquer problema jurídico em relação ao qual o julgador pretende favorecer a parte que julga mais fraca, segundo o seu entendimento. Portanto, somente podemos entrever duas explicações (i) o legislador não sabe o que está fazendo; e/ou (ii) a solução resulta de um viés social/ideológico.

Vejamos o que aconteceu em um caso que escolhemos bem a propósito, abaixo referido por sua ementa:

> *REsp 866343 / MT. RECURSO ESPECIAL. 2006/0098174-1. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. 02/06/2011. DJe 14/06/2011*
>
> ***Ementa***
>
> *PROCESSO CIVIL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. NOVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO NEGÓCIO JURÍDICO ANTECEDENTE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. SÚMULA 286 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.*
>
> *1. A violação do art. 535 do CPC configurou-se, no caso dos autos, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração, nos*

quais os recorrentes apontam a existência de omissões, mormente no

tocante à possibilidade de exame judicial de supostas ilegalidades substanciais nos contratos celebrados anteriormente à alegada novação com a instituição financeira (fls. 1.052-1.053), o Tribunal não se manifestou de forma satisfatória sobre o apontado vício, consoante se infere do voto condutor às fls. 1.061-1.066.

2. A novação, conquanto modalidade de extinção de obrigação em virtude da constituição de nova obrigação substitutiva da originária, não tem o condão de impedir a revisão dos negócios jurídicos antecedentes, máxime diante da relativização do princípio do pacta sunt servanda, engendrada pela nova concepção do Direito Civil, que impõe o diálogo entre a autonomia privada, a boa-fé e a ***função social do contrato****. Inteligência da Súmula 286 do STJ.*

3. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem.

No julgado em questão estão presentes, infelizmente, dois absurdos jurídicos. O primeiro diz respeito à quebra dos efeitos da novação, pelo fato de que se permitiu a revisão dos negócios jurídicos anteriores que foram alcançados por aquela. Isto é absolutamente contrário à natureza desse instituto. Como se sabe (ou se deveria saber), o efeito primordial da novação é o de extinguir as obrigações que foram o seu objeto segundo a livre vontade das partes. Ora, a extinção significa a morte do negócio anterior em todos os seus aspectos, passando as relações entre as partes a serem reguladas exclusivamente pelo novo negócio. Nas palavras de Sílvio Venosa, trata-se de ''*meio extintivo*'' (da obrigação anterior), ''*porque a obrigação pretérita desaparece*''[2].

Já dizia o nosso ''Aurélio'' que desaparecer significa *sumir*, *morrer*. Sumir é sumir de vez, sem retorno. Assim acontece com a novação. Não é possível dar nova vida ao que anteriormente existia. Portanto, tal como se encontra no acórdão examinado, não se pode relativizar os efeitos do princípio do *pacta sunt servanda*. Medida em tal sentido representa um contrassenso dado que, mais uma vez, as partes novaram as suas relações segundo o regime de liberdade e de autonomia privada.

Outro absurdo jurídico que infelizmente tem grassado em decisões judiciais é representado pelo chamado *diálogo das fontes*, conforme se encontra na ementa, que defende a imposição de uma conversa entre a autonomia privada, a boa-fé e, ''*voilá*'', a função social do contrato. Um sistema normativo opera pela hierarquia das normas. Caso contrário, estabelece-se a bagunça generalizada. No nosso ordenamento jurídico, toda a legislação se submete de cima para baixo aos comandos constitucionais. Não se conhece o caso de que alguma norma inferior possa dialogar com outra de natureza constitucional para se fazer valer em detrimento desta última. Essa é a natureza imutável do nosso ordenamento jurídico, que vem sendo destroçado pelo tal diálogo, a partir de uma visão vesga do Direito do Consumidor.

O que ocorre é que, em tal subsistema jurídico, a lei especial (o CDC) prevalece diante da lei geral, quando se trata do mesmo objeto. Mas isto não significa que o Direito do

Consumidor possa massacrar princípios jurídicos superiores como o da autonomia privada, de matriz constitucional.

E, repetindo sempre o nosso argumento, que função social se encontra na novação, celebrada privadamente entre partes capazes?

Lembre-se de que Karl Larenz referiu-se a casos da colisão entre princípios e normas, em relação aos quais a solução se dá por meio da *ponderação de bens* [3]. Assim sendo, algumas vezes, normas podem colidir, devendo o juiz resolver a questão (sabe-se que o legislador é imperfeito). Mas resolver o problema não acontece por meio de diálogo entre elas, mas pela submissão de umas às outras. No caso, o critério apontado por aquele autor é o da *ponderação de bens*, tema que não importa aqui desenvolver.

O que se percebe em uma decisão como a presentemente examinada é que a Corte aplicou uma solução que superou de forma indevida a lei existente (tutela jurídica da novação). E sobre essa iniciativa o mesmo Larenz nos ensina com muita clareza que há um limite para o desenvolvimento judicial do Direito, papel reservado ao legislador. E, nesse sentido, ele afirma expressamente que os *''tribunais carecem de competência para promover a conformação social''* [4] nem que, aduzimos, seja para reparar alguma justiça que tenha sido entrevista em um caso concreto.

A respeito da hierarquia das normas, os tribunais andam se esquecendo de princípios fundamentais do direito constitucional, sendo o da hierarquia entre as normas um dos mais importantes. Neste sentido, demonstra Gomes Canotilho que as normas não se situam em um plano de horizontalidade umas em relação às outras, mas em um *plano de verticalidade*, à semelhança de uma *pirâmide jurídica* (expressão daquele autor). Neste sentido, acrescenta que são inaplicáveis as normas de hierarquia inferior contrárias às de hierarquia superior, cuidando-se de preferências de validade e de aplicação[5].

Portanto, é absolutamente necessário voltar-se ao estudo dos fundamentos do direito, deixando quem nele opera de agir como se o seu pequeno feudo seja mais importante do que todo o reino. Insta deixar de olhar para baixo e procurar o sol que nasce no horizonte.

Voltaremos a esse assunto. Não é uma ameaça. É uma promessa.

(IV) CONCORRENCIAL

O DIREITO EMPRESARIAL SOB A ÓTICA DOS *HUNGER GAMES*

- 24.04.20132 -

Introdução

Coloca-se um desafio para ser enfrentado: utilizar a filmografia para fazer um *link* (para usarmos um termo da moda informática) com o Direito Empresarial, de forma a se poder fazer um aprendizado importante a partir dessa experimentação.

Não seremos acusados de elitistas, como se costuma tachar a nós, advogados, já que escolhemos a conhecida trilogia *Hunger Games* para fazermos importante relações com o Direito Empresarial. Como esse ramo do direito tem-se todo um vasto e complexo conjunto de normas que pode ser reunida em diversos microssistemas jurídicos, caracterizados por sua especialização. São tocados pela trama daquela série o Direito Concorrencial, o Direito Comercial (este na área de um sub microssistema, o Direito Societário), etc.

No Brasil a série tomou o nome de J*ogos Vorazes,* e é baseada na obra de Suzane Collins. Todos os ingredientes estavam presentes para ser um grande sucesso, representando uma novidade depois de que bruxos e vampiros infestaram e ainda infestam as telas do cinema.

Em certa medida a série é inspirada na lenda de *Teseu e o Minotauro.*

A história se passa em uma sociedade totalitária, na qual se dá o controle absoluto da maioria expressiva dos mais pobres (representados por 99% da população e consequentemente sem educação, saúde e demais benefícios da sociedade que os brasileiros carentes conhecem à exaustão), exercido pela minoria dos mais ricos (1%), controle este fundado na força e na manipulação. Os fatos que levaram a esta situação não ficaram muito claramente delineados no filme, relacionados com guerra e destruição dos fundamentos da civilização anterior.

Os pobres são divididos em 12 distritos, que devem fornecer anualmente, cada um deles, dois representantes entre 12 e 18 anos de idade para que participem de uma competição mortal entre si, na qual somente pode restar um sobrevivente, que será devidamente coroado como o herói de sua série. O objetivo declarado é o do entretenimento da classe dominante. No fundo, trata-se de um mecanismo de perpetuação no poder e satisfação da classe favorecida por meio do velho truque do *Panis et Circencis* iniciado no velho Coliseu romano, hoje substituído, entre outros exemplos, pelo lixo domiciliar, vendido pelas TVs abertas.

Uma personagem mais velha encarna o controle absoluto e sob suas ordens operam os *executivos* do programa político operado por meio dos referidos jogos. A heroína é uma jovem que voluntariamente se oferece para a substituição da irmã mais nova que havia sido sorteada e, com ajuda externa não explicada claramente, de quem e por que, ela termina por assumir um papel relevante fora do roteiro programado, o qual resulta ao final não na sobrevivência de um dos participantes, mas de dois, dela e de outro membro do mesmo distrito.

Procuremos dentro deste contexto brevemente relatado, fazer um paralelo com o direito concorrencial, pensando em termos de um determinado mercado e de empresas que nele atuam.

Avulta em primeiro lugar que a posição de domínio é incontrastável, a qual permite interferir no mercado sem o receio de consequências de qualquer espécie, situação semelhante, em parte, ao recente avanço do governo argentino sobre uma empresa petrolífera espanhola. Mas talvez o melhor exemplo seja o do capitalismo de Estado vigente na China, que se manifesta em uma área territorial muito restrita daquele país, submetendo-se o resto do povo ao domínio pleno da ditadura chinesa.

Abaixo do *Chief Executive Officer* encontram-se executivos que apenas cumprem ordens com certa liberdade de atuação, mas sujeita inexoravelmente a resultados positivos, dentro do

programa em andamento, sob pena de afastamento imediato, no caso representado pela morte física do diretor desastrado (se a moda pega por aqui, tal como também na mesma China, a coisa ficaria muito feia).

Em segundo lugar, ressalta uma absoluta assimetria de informações entre os participantes dos jogos e os seus organizadores (controladores). Claro, isto se dá em detrimento dos jogadores e no favorecimento desmesurado dos últimos. A este respeito, a distribuição da informação é mínima em relação aos *diretores* que só conhecem o *script* básico, e é praticamente nula quanto aos membros dos distritos submetidos ao comando superior.

A noção de assimetria de informações não vem do direito, mas da economia, objeto de um já lendário texto datado de 1970 de George Akerlof ("*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*").

De outro lado, não há limites em relação aos recursos colocados à disposição dos controladores, que têm conhecimento de tudo o que ocorre entre os controlados e que podem interferir no *mercado* dos jogos, usando os mais variados recursos, manipulando-o permanentemente e até mesmo mudando as regras do jogo conforme os seus interesses em cada momento.

Organizado o grupo de jogadores, estes são preparados separadamente para que, em tese, assumam melhores condições de serem vencedores, tornando-se um deles o único sobrevivente no mercado. Aos antigos vencedores de cada torneio é assegurada a sua utilização futura como os assessores que treinarão os novos participantes, tal como acontece com os diretores executivos de empresas. Estes muitas vezes são premiados no final de suas carreiras de sucesso, quando se dá o seu afastamento das funções executivas, substituídas por participações em conselhos consultivos muito bem remunerados, conforme tenha sido determinado pelo CEU. Esses ex executivos, senhores de informações relevantes, recolhidas no seu tempo de jogadores, assumem o encargo de treinamento dos novos participantes. Neste papel sua responsabilidade é de meio e não de resultado.

Os jogos se iniciam de forma extremamente brutal em volta da disputa dos recursos extremamente escassos, essenciais à sobrevida dos jogadores, disponibilizados pelos organizadores. Algumas daquelas *empresas morrem* de imediato, não conseguindo chegar ao verdadeiro início do papel que pretendiam exercer, ou seja, o de sobreviver no mercado pelo maior período de tempo que fosse possível e, na melhor das hipóteses, nele sair vencedor.

A heroína, que havia sido orientada na fase de treinamento, esperou o melhor momento para buscar a sua parcela de insumos, havendo superado com sucesso os riscos iniciais. Segue-se uma luta inclemente pela disputa do território e dos recursos, sendo interessante notar que se formaram dois cartéis, um de natureza claramente voluntária, com maior número de participantes e outros de certa forma acidental e sequencial no tempo, com a mudança de parceiros conforme o desaparecimento de um e a sua substituição por outro.

O fato da *cartelização* daquele mercado poderia levar um intérprete a considerar tratar-se de um fenômeno que faria parte do *DNA* dos participantes de disputas empresariais e de sobrevivência dos que nele atuam, na defesa dos seus próprios interesses e sem considerar os efeitos para os que ficam *de fora* e, ainda, sem qualquer preocupação com os consumidores dos seus produtos e/ou serviços.

É interessante notar que no primeiro dos cartéis formados no filme em questão seus participantes pareciam estar alheios ao fato de que depois do aniquilamento dos inimigos comuns, a luta fratricida se daria entre eles mesmos, resultando na sobrevivência de apenas um, deles, conforme previsto nas regras do jogo. Acresce que o membro do mesmo grupo da heroína

havia inicialmente ingressado no primeiro cartel, aparentemente como forma de protegê-la, tal como faria uma empresa integrante de um grupo de composição não revelada, quanto a uma terceira externa ao acordo, a ser favorecida por meio da transmissão de informações privilegiadas.

Um segundo cartel se forma entre a heroína e uma das participantes em uma relação de afinidade que a segunda apresentou perante a primeira, o qual terminou pela morte da mais fraca, como sempre violenta.

Em um momento futuro os dois membros do mesmo distrito se unem ostensivamente em outro cartel paralelo na luta contra os demais, notando-se de parte a parte um espírito de sacrifício pessoal que não condiz com a realidade dos negócios, sempre dirigida pelo interesse egoísta de cada empresa.

Em um dado momento é anunciada uma mudança nas regras do jogo, tendo sido permitido que passasse a haver a possibilidade de dois sobreviventes, desde que pertencessem ao mesmo distrito. Isto provocou uma reviravolta nas estratégias dos jogadores, com evidente aumento dos custos de transação, tendo em conta que se as regras foram mudadas uma vez, isto poderia acontecer de novo, como efetivamente ocorreu duas outras vezes, pelo restabelecimento da exigência de um único sobrevivente e posterior retorno à primeira exceção estabelecida. Como se verifica, era um mercado despido de qualquer segurança, ausente nele o pressuposto da ordem jurídica estável, tal como já nos ensinou Natalino Irti.

De todos os fatores expostos resultou que a heroína e seu companheiro terminassem os jogos como a dupla de vencedores. Mas foi encerrada apenas aquela série, mantendo-se toda a estrutura dos jogos íntegra nas mãos do controlador, afastado o problema do diretor inepto, como resultado de uma demissão também mortal.

Ausente qualquer concorrente daquele controlador, o mercado continuaria funcionando indefinidamente nas mãos do seu monopolista absoluto. Observe-se que, pelas circunstâncias presentes, as barreiras à entrada de novos organizadores se revelavam a completa inviabilidade de mudanças, tendo em conta que o grupo dos pobres manipulados, segundo os elementos disponíveis para análise, não tinha qualquer condição de ocupar um espaço de competição.

Desta forma, o *Diretor de Relações com o Mercado*, à frente da exibição dos jogos não precisava ter qualquer preocupação com a perda do seu cargo.

Quem sabe, no futuro, será aberta alguma brecha nesse até então impenetrável monopólio.

(V) EMPRESA, CONTRATOS E TÍTULOS DE CRÉDITO

O QUE ACONTECEU COM O CONTRATO? I

- 19 de outubro de 2018 -

Por que essa pergunta? Aconteceu mesmo alguma coisa com o contrato?

De início, destacamos que estamos no campo do Direito Comercial (ou empresarial, como queiram). Nada temos a ver aqui com o direito trabalhista, por exemplo.

"*Ai vareia*", como diria o caipira diante daquela pergunta. E a resposta pode ser variada e aparentemente contraditória.

Como instituto jurídico parece que não aconteceu nada com o contrato. Ele continua sendo todo acordo de vontades entre duas ou mais partes para o *fim de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial*. Esta definição serve tanto para o contrato bilateral ou fechado como também para o contrato plurilateral ou aberto. A patrimonialidade da relação é elemento fundamental. Sem uma expressão em dinheiro, objeto das prestações das partes, não se trata de contrato. Mesmo uma doação é contrato porque o bem doado é suscetível de uma avaliação em dinheiro.

Mas ocorreram mudanças substanciais no contrato que, de simples, tornou-se muito complicado. Uma das mais importantes se deu no campo do direito do consumidor, no qual a igualdade ideal das partes cedeu lugar para o reconhecimento da figura inefável do consumidor, um ser hipossuficiente, considerado o ponto de vista jurídico, claro. Isto porque como um gastador do dinheiro que não tem ele se revela insuperável. Empresário de um lado, consumidor do outro, entendeu o legislador não sem razão que para reequilibrar os pratos da balança da Justiça era preciso botar um pouco mais de responsabilidade jurídica no prato do empresário para que os dois pratos da balança ficassem parelhos.

Acontece que cozinheiros consumeristas trataram de botar tanto molho e tempero no prato do consumidor que este ficou muito pesado para o empresário, tendo-o inclinado tanto que chegou a bater no piso da mesa dos negócios, onde a balança se situava. Um desses temperos foi chamado de *Diálogo das Fontes*, como se o direito do consumidor pudesse ser visto como uma fonte luminosa das antigas praças das cidades do interior, nas quais os jatos de água subiam e desciam em cadência alternada, cada uma com uma cor diferente, ao som de música bombástica. Ao final da apresentação, todos os jatos convergiam cheios de cores em uma apoteose brilhante. Fácil de inventar, difícil de aceitar essa noção. Afinal de contas, o direito apresenta uma estrutura militar, desde o general lá em cima até o soldado raso cá em baixo, ou seja, Constituição no topo e regulamento na base. O General manda e o soldado obedece.

Mas foi o Código Civil de 2002 o pai de alterações radicais no contrato, tendo ele levado ao cemitério jurídico por morte matada o nosso antigo Código de 2016 e o Código Comercial de 1850 (do qual sobrou somente o zumbi do Direito Marítimo), tendo deixado saudades, jamais podendo ser consolados os seus admiradores por mais que missas sejam celebradas.

E, como já tem sido dito muitas vezes, o contrato sofreu um ataque muito forte que atingiu seu âmago quando se mexeu na autonomia privada para condicioná-la a parâmetros idiossincráticos, que estão no artigo 421 do Código Civil, vinculados a tal da sua função social.

Veja-se que a autonomia privada (presente na expressão *liberdade de contratar*) ficou vinculada na razão e nos *limites da função social do contrato*. E aí nós, pobres destinatários dessas vinculações, na qualidade de *operadores do direito*, precisaremos decifrar o que elas querem significar.

Primeiro, o princípio constitucional da livre iniciativa ficou preso a esses parâmetros. Fora deles não se reconheceria a liberdade de contratar, ou seja, o contrato celebrado sem o

seu atendimento seria inválido e ineficaz. Aqui perguntamos, quem manda mais, o general ou o soldado raso? Constituição ou lei ordinária?

Segundo, o que quer dizer em razão da função social do contrato, fixando o olhar aqui para o termo *razão*. Seria, talvez, considerar que se eu não me preocupo com a função social do contrato, se me esqueço dela, se faço de conta que não a vi, se a marginalizo, então o contrato que eu celebrei também fica taxado de inválido e ineficaz. Perdi meu tempo e meu dinheiro.

Em terceiro lugar, devemos verificar o que são esses tais *limites* daquela função social. Aí eu fico inteiramente perdido. Não existe placa de trânsito jurídico que me diga se eu devo trafegar a 50, 60, 90, 100 ou 120 quilômetros por fora. E se eu desobedeço ao limite aplicável, levo multa: meu contrato mais uma vez será inválido e ineficaz. E não adianta seguir o carro da frente, porque ele também poderá estar fora do limite legal.

Finalmente em quarto lugar, mas na verdade como o grande mote desta maratona, é preciso saber o que seja a *função social do contrato*. Função significa referir-se ao papel jurídico que ela deve exercer. Isto é mais ou menos fácil de entender: para que eu quero celebrar um determinado contrato? *Social* já representa um problema muito sério. Social em relação ao que? A sociedade como um todo, a um segmento, a uma das partes, a ambas?

Como instituto jurídico é evidente que o contrato (lícito, claro), tem uma função social intrínseca de proporcionar a circulação da riqueza, que é absolutamente necessária para o bom desenvolvimento da economia. Observamos que a licitude está implícita nos contratos nominados (objeto de lei aprovada pelo Congresso), enquanto os contratos inominados deverão ser examinados casuisticamente para comprovar a sua licitude. Mas, esse é um caráter natural do contrato, mais velho do que os anos de Matusalém. Trata-se do famoso *choveu no molhado*. Um contrato de compra e venda tem a função social de fazer com que o vendedor receba o preço e o comprador receba o bem. Ponto final!

- *Ah, mas se o comprador for hipossuficiente e ele vier a passar por uma dificuldade superveniente e não puder pagar a prestação do imóvel que ele comprou? Vai ficar sem teto sob o qual morar?* Não se pode aceitar essa situação, dizem os mais consumeristas. Será preciso reequilibrar as obrigações desse contrato para proteger a parte mais fraca. O resultado dessa visão é que, no limite, as construtoras todas irão à falência e muita gente ficará sem possibilidade de comprar uma casa ou um apartamento onde morar porque não existem ou porque o preço ficou proibitivo porque sobre a situação operou uma famigerada lei da oferta e da procura, a qual deu lugar ao aparecimento abusivo dos especuladores, grandes criminosos do mercado.

Como não existem parâmetros, o que é função social restou como atribuição do juiz, no sentido de identificar o seu eventual descumprimento, diante da enorme diversidade de situações particulares que se apresentam e, como sabemos, decisões folclóricas permeiam toda a nossa jurisprudência. Uma das últimas delas foi a da condenação de uma empresa de turismo brasileira que vendeu um pacote de férias de inverno, responsabilizada porque não nevou na estação de *ski* para aonde se dirigiram os seus clientes, "*conforme prometido*". A alegação foi a de que aqueles consumidores não teriam sido devidamente informados pelo fornecedor de que, contra as expectativas normais da região, poderia não nevar, mesmo em pleno inverno. Claro, que a proteção dada pela decisão que foi uma gelada para o fornecedor, foi no sentido da proteção do mais *perfeito estúpido*, alguém originado de um país tropical que jamais havia visto neve e sua vida e que não sabia que ela é um produto sazonal aleatório.

No caso acima a função social não atendida foi a de frustrar o legítimo direito de gozar as férias contratadas pela família, nos estreitos limites de sua caracterização, que as passou a seco.

Em outros campos do Direito Comercial o contrato também tem levado uma boa surra. Que o digam os bancos, que sofrem também diante do consumidor e em outras relações contratuais nas quais são julgados como vilões.

Mas ainda deve-se ter em vista o Direito Concorrencial, que frustra a execução de contratos firmados, chegando até mesmo a levá-los à plena ineficácia e ao chamado Direito Recuperacional que muda a vestimenta de certos contratos como e os carrega para o bojo de uma recuperação ou os mantém fora dela, nos seus efeitos regulares.

Esses dois campos de utilização do contrato serão deixados para outra conversa.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O JUDICIÁRIO

- 05.09.2018 -

Tanto quando se podia esperar, a função social do contrato vem sendo aplicada pelo Judiciário com alguns dos vícios que já havíamos apontado anteriormente, fato que gera receio no meio empresarial, tendo em vista uma instrumentalização maléfica do instituto1.

Havendo penetrado no Direito brasileiro na roupagem do art. 421 do Código Civil (clique aqui) como condição da liberdade de contratar, a função social do contrato não se encontra conceituada e se mostra extremamente fugidia para o intérprete menos avisado, apta a um uso político ou jurídico ideológico, o que representa enorme perigo para a certeza e a segurança do Direito. Nesta breve análise vamos nos limitar aos efeitos do instituto no campo dos contratos empresariais. Estes podem ser conceituados como aqueles que apresentam como partes de um lado um empresário no exercício de sua atividade e do outro igualmente um empresário ou uma pessoa natural não caracterizada como consumidor.

Como se sabe, o Brasil se classifica como um país capitalista, no sentido de que entre nós as pessoas são livres para exercerem atividades econômicas privadas em diversos campos, na busca e na apropriação dos lucros que possam produzir. Dentro deste contexto cabe aos empresários criar, girar e, consequentemente, distribuir riqueza pela utilização dos fatores da produção (capital, trabalho, tecnologia e informação). Na medida em que os empresários atuam nas mais diversas esferas da atividade econômica, eles assumem o risco individual do seu eventual insucesso por eventuais quebras, não encontrando no Estado, em regra, suporte econômico para enfrentar suas vicissitudes.

É o próprio risco do negócio o fator que legitima a apropriação dos lucros na atividade empresarial e por simplesmente exercê-la dentro de um campo lícito o empresário já preenche de forma primária uma função social, seja por meio da própria empresa, seja pela utilização dos contratos que celebra para a realização dos seus objetivos econômicos.

Assim sendo, ao concluir um contrato empresarial (tanto faz se nominado ou inominado, estes segundo permitido pela liberdade das convenções) o empresário exerce a função social que dele se deve esperar, até porque ele gera empregos em cascata, peça fundamental na

economia de um país emergente. Não haveria, pois, que se falar em algum acréscimo superveniente à qualificação da atividade empresarial ou dos contratos realizados dentro do seu âmbito.

A atuação do Judiciário na operacionalização da função social do contrato tem encontrado uma base, entre outros, em Judith Martins-Costa, para quem teria havido uma mudança fundamental no direito contratual pela regulação da função social, no qual a restrição à liberdade de contratar não mais se colocaria no campo da exceção, a um direito absoluto, mas como expressão da função meta individual que integra aquele direito. Desta forma, a função social seria dotada de um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deveria ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Por tais motivos, isto determinaria que a concreção especificativa da norma não mais estaria pré-constituída pelo legislador, mas seria construída pelo julgador em cada novo julgamento, subindo de valor os casos precedentes, que auxiliariam na fixação da hipótese, e pela doutrina, no apontar de exemplos3.

Como se verifica, a posição da autora citada descarta a norma em si mesma e sua interpretação natural e autêntica, para valorizá-la em um plano externo pela jurisprudência (que operaria conforme a construção de precedentes segundo o modelo anglo-norte-americano) e pela doutrina, a erigir sistematicamente o instituto. Se o leitor não sentiu calafrios do seu lado, nós os sentimos bem fortes do lado de cá. Dentro dos limites deste artigo remetemos os interessados para os nossos textos acima referidos, onde poderão encontrar expressiva bibliografia sobre o tema, contra e a favor.

Sob este enfoque vejamos como o Judiciário vem aplicando a função social do contrato em seus julgamentos, pelas mãos do STJ onde foram colhidos julgados emblemáticos, de onde tiramos trechos de suas ementas:

> **Caso 1**: *"4. O pleno exercício da liberdade de contratar pressupõe um acordo que cumpra determinada função econômica e social, sem a qual não se pode falar em legítima manifestação de vontade. Assim, não se pode impor a uma das partes a obrigação de se manter subordinada ao contrato se este não estiver cumprindo nenhuma função social e/ou econômica".* (Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 3/11/2011, DJe 16/11/2011).
>
> **Caso 2**: *"2. A novação, conquanto modalidade de extinção de obrigação em virtude da constituição de nova obrigação substitutiva da originária, não tem o condão de impedir a revisão dos negócios jurídicos antecedentes, máxime diante da relativização do princípio do pacta sunt servanda, engendrada pela nova concepção do Direito o diálogo entre a autonomia privada, a boa-fé e a função social do contrato. Inteligência da Súmula 286 do STJ".* (REsp 887946/MT 2006/0206376-0, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª turma, j. 10/5/2011, publ. DJe 18/5/2011.
>
> **Caso 3** *"6. Interpretação conjunta dos enunciados normativos do art. 924 do CC/16 e do art. 413 do CC/2002 à luz da regra de transição do art. 2035 e seu parágrafo único do CC/2002, recomendando a concreção do princípio da função social do contrato mesmo para pactos celebrados na vigência da anterior codificação civil".*

Em relação ao primeiro caso, um contrato pode ser desfeito sob a alegação de que ele não esta cumprindo determinada função social e/ou econômica. O que é a tal função social não foi dito. E, no tocante à função econômica, todo contrato naturalmente a exerce, isto faz parte de sua própria natureza, pois o contrato é conceituado como todo acordo entre duas ou mais partes para o fim de dar nascimento, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial. Desta forma, verifica-se que faltou ao julgador até mesmo o conhecimento básico do que é o contrato.

Mais ainda, no caso sob exame infere-se que o contrato em tela foi executado durante um período de tempo indeterminado no qual a função social foi atendida e, a partir de certo momento isto deixou de ocorrer, fato que gerou o direito à parte que se sentiu socialmente prejudicada, de requerer a extinção do acordo. Coloca-se, pois o problema para o contrato como instituto não mais em ser ou não ser, mas em ser e continuar sendo, a partir da não configuração de fatores negativos indeterminados.

A segunda decisão é ainda mais perigosa porque ela faz um mau casamento entre outros conceitos de uso também aberto e consequentemente igualmente perigosos, os quais reunidos à função social do contrato resultam em uma preocupante destruição de princípios que lhe são fundamentais.

O primeiro diz respeito à relativização do princípio segundo o qual os contratos celebrados devem ser cumpridos, ou seja, pacta sunt servanda. Segundo o que ficou decidido nesse julgado, pode-se num primeiro momento contratar prometendo uma prestação e depois não mais se sentir obrigado a executá-la porque a obrigação se tornou relativa. Em que condições e em que medida não se sabe, tendo-se por definição que a contratação tenha sido feita em condições lícitas e equitativas, havendo dado lugar a um contrato inicialmente existente, válido e eficaz, que veio depois a perder o seu rumo.

Outra gracinha, como diria alguém, é a tal história do diálogo no plano jurídico. Nestes termos, a autonomia privada deve conversar com a boa-fé, e com a função social do contrato para o fim de chegarem a um bom termo. Ora, em Direito não há diálogo, há hierarquia, sob pena de se criar um completo caos jurídico4. Assim sendo, é obrigatório que no exercício de sua autonomia privada os agentes operem segundo a boa-fé, não sendo possível negociar com este princípio. Como também passou a ser obrigatório com a infeliz novidade do Código Civil que os agentes atendam a tal função social do contrato e esta, como vimos (contrariamenteaos contratualistas funcionais) reside precisamente na celebração de contratos lícitos pelos empresários (no caso dos contratos empresariais) dentro de um regime de vontade livremente manifestada. E pronto!

O que passar disto é má ideologia e mau Direito.

O terceiro caso desarranja um dos fundamentos do Direito que todo estudante aprende logo no início do seu curso, qual seja o do respeito ao ato (na hipótese, contrato) jurídico perfeito. Segundo se verifica, na decisão sob exame, o desatendimento da função social do contrato pode alcançar aqueles que foram celebrados antes mesmo da vigência ano Código Civil atual, sob o fundamento do seu artigo 2035. Este dispõe que os efeitos dos contratos quando verificados sob a sua égide se subordinam ao atual Código Civil e isto também se aplicaria à função social do instituto.

No julgamento em tela foram confundidos causa com efeito. Como se verifica pela leitura do art. 421 a função social do contrato se coloca no plano da causa (condição prévia da

liberdade de contratar) e não dos efeitos. Na visão dos doutos julgadores, a função social do contrato seria como as marés, que vêm e que vão segundo o movimento da lua e se o empresário for apanhado por azar no refluxo da maré vazante da função social de um contrato que celebrou, verá que o contratado não é mais válido e muito menos eficaz. Problema dele para arrumar de volta o seu negócio.

Diante de tudo isto os advogados criativos terão que imaginar soluções para ultrapassar a visão de julgadores que têm aplicado tão livremente a função social do contrato (e outros institutos a eles referenciados, como vimos) em suas decisões, de maneira a fazer com que haja durabilidade no tempo quanto aos ajustes que houverem celebrado, nos precisos termos contratados, uma vez que o tenham feito segundo o Direito, que não pode ser tão flexível como aquela senhora da famosa ópera em que se canta que "*la donna è mobile qual piuma al vento. Muta d'accento e di pensiero*".

_____

1. Cf. nossos Contratos Mercantis e a Teoria Geral do Contrato – O Código Civil e a Crise do Contrato, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2010; e Teoria Geral do Contrato – Fundamentos da Teoria Geral do Contrato, Vol, 4, Ed. RT, 2ª ed, São Paulo, 2013.
2. Exceto, por exemplo, no campo do Direito Bancário no qual o legislador criou mecanismos de salvamento de instituições financeiras sob a responsabilidade do Estado em alguns casos, como mecanismo mais barato para a sociedade do que a quebra do sistema financeiro como um todo dentro do que se chama de risco sistêmico.
3. In O Direito Privado como um *"sistema em construção":* as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, www.jus2.uol.com.br, acesso em 25/2/2010.
4. O chamado diálogo das fontes surgiu no meio consumerista, segundo o qual o Código do Consumidor deve manter uma assembleia permanente com o Código Civil e com leis especiais para o fim de se chegar ao bom Direito. Mas o que se tem visto é a tentativa do estabelecimento de uma ditadura do CDC diante das demais fontes, como fruto da atuação dos instrumentalistas do Direito, que tem constantemente desarranjado toda a orquestra jurídica.

PROPRIEDADE, EMPRESA E CONTRATO: FUNÇÃO SOCIAL E NÃO "SOCIALISTA"

- 22.04.2008 -

A Governadora do Estado do Pará em recente entrevista a um jornalista, afirmou que correspondia a uma *iniciativa "terrorista"* a busca de tutela junto ao Judiciário por uma empresa que havia tido uma de suas propriedades invadidas pelo MST e desejava proteção preventiva contra nova invasão anunciada a qual, ao final veio a ser efetivamente realizada, em flagrante desrespeito à determinação judicial obtida pela requerente. Diante de uma afirmação desta natureza (mesma vinda de um político) e dos rotineiros ataques ao direito de propriedade, somente se pode concluir que as instituições se encontram em frangalhos como resultado de uma visão completamente equivocada do papel dos movimentos sociais em um Estado democrático de Direito.

Trata-se, entre outros aspectos paralelos, ainda e sempre da questão da função social da propriedade, que tem sido intensamente debatida desde a sua introdução no direito positivo brasileiro, enriquecida pelas discussões em torno da função social da empresa, havendo se

tornado mais acirrada quando da inclusão no Código Civil de 2002 de regra voltada para a função social do contrato (art. 421).

Tem se notado uma interpretação equivocada a respeito da mencionada função social, nos seus tríplices aspectos, inclusive pelo Judiciário, tornando-se necessário que o trem seja colocado de volta aos seus trilhos.

Segundo entendemos, o tema vertente resume-se, de forma genérica, na concepção do conceito de propriedade a partir da sua tutela pela Constituição Federal e do seu exercício de forma "social", o que alcança também a empresa e o contrato.

Como se sabe, desde muito tempo foi abandonada a visão individualista vigente até o século XIX, período dentro do qual a propriedade era considerada plena em favor do seu titular e absolutamente inviolável por parte de terceiros. O dono de um bem podia fazer dele o que desejasse e não fazer nada se assim lhe conviesse.

Entre nós a evolução do direito de propriedade apresenta um marco legislativo importante no direito constitucional a partir do momento em que passa a qualificá-lo segundo a sua função social hoje prevista nos incisos XXII e XXIII do art. da CF. O primeiro garante a propriedade e o segundo vincula o seu exercício ao atendimento daquela. A questão objeto deste ensaio limita-se a indagar como se interpreta o direito de propriedade em relação à atividade empresarial e aos contratos utilizados para o seu exercício.

A CF no art. 170, incisos II e III reforça a ordem geral, fundamentando a ordem econômica, entre outros, no princípio da propriedade privada e de sua função social. No momento em que um empresário ou uma sociedade empresária organiza bens para o exercício de uma atividade empresarial este fato por si só já significa o atendimento da função social da propriedade daqueles bens, considerando que haverá a geração de riqueza, com o aumento do nível de empregos e da prosperidade econômica como um todo. Assim sendo, na medida em que a propriedade seja posta a serviço da atividade econômica e esta seja exercida em atendimento aos demais princípios constitucionais à mesma aplicáveis, estão obrigados os poderes constituídos (Governo e Judiciário) a assegurarem a liberdade dos agentes. O contrário representa uma omissão que gera a anarquia e a perda da confiança daqueles, com a agregação ao custo da atividade econômica das correspondentes externalidades negativas, em prejuízo geral.

Sob outro aspecto, quando a lei das sociedades anônimas determina que o controlador exerça o poder de controle segundo a função social daquelas, isto corresponde a um viés direcionador da atividade societária, uma vez que, uma vez regularmente constituídas, o seu objeto por princípio é lícito e interessa a toda a comunidade.

Finalmente, quanto ao problema da função social do contrato, ela também já se encontra primeiramente atendida pelo próprio exercício regular e lícito da atividade empresarial, devendo assim ser protegida. Os contratos livremente celebrados devem ser cumpridos pelas partes, não se esquecendo que o risco é inerente à atividade empresarial, pendendo ora em favor de uma, ora em favor de outra. Não se trata aqui absolutamente de uma visão unilateralmente protetora da parte mais fraca, que já encontra no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor a tutela adequada.

Não se pode, portanto, pensar em uma distorcida visão *"socialista"*, da propriedade, da empresa e do contrato, que, no limite de uma indevida proteção, levaria à inviabilidade do exercício da atividade empresarial no Brasil ou à sua realização mediante custos impraticáveis. Sob estes aspectos, o mercado é absolutamente implacável. Quem nele atua procurará ares mais favoráveis. Considerando-se que quanto aos chamados "movimentos sociais" o Governo

Federal tem mantido uma posição de eterna coerência na incoerência de saber lidar com eles, vê-se que diante de tal quadro o Judiciário tem um papel altamente relevante na aplicação do bom direito, por meio de uma atuação lúcida, sem pender para um falso paternalismo.

NOTA – Um novo governo não *"petista"* chegou em 2019 com um recado de que o direito de propriedade será devidamente protegido, tendo e vista especialmente os movimentos ditos "sociais". Vamos ver o que acontecerá. Pelo sim, pelo não, conforme notícia do jornal "O Estado de São Paulo" de 15.04.20 no primeiro ano do governo Bolsonaro ocorram 5 invasões, contra 145 nos primeiros quatro anos do governo Fernando Henrique, 222 nos quatro primeiros anos do governo Lula e 2.000 no quatro primeiros anos do governo Dilma.

ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS CIVIS DE GRANDE PORTE[24]

- 23.04.2014 -

1. Introdução

Alteração contratual é toda e qualquer modificação que venha a ocorrer em um contrato que tenha sido anteriormente celebrado entre as partes. Nos de natureza aberta (associações e sociedades) tais alterações somente podem ser feitas a partir da deliberação dos associados ou sócios, para tanto reunidos em assembleia geral. Em alguns casos a decisão será tomada por algum nível de maioria, em outros é necessária a unanimidade.

Já no tocante aos contratos fechados, celebrados exclusivamente entre duas partes, que são credoras e devedoras recíprocas das prestações correspondentes, as alterações contratuais necessitam da concordância mútua, sem cuja presença não serão válidas nem eficazes. A recusa de uma das partes em dar a sua anuência a uma determinada alteração poderá provocar alguns efeitos diversos, como, eventualmente, a resolução do contrato pela impossibilidade superveniente de se poder atingir o objetivo colimado ou a sua resilição por mútuo acordo. Estes são precisamente os casos dos contratos do ramo da construção civil que geralmente se efetuam por meio da empreitada.

O impasse entre as partes, que poderá levar ao término unilateral do contrato, gerará prejuízos e a necessidade de apuração de quem lhe deu causa e a responsabilidade correspondente, que se caracterizará por indenização por danos materiais e morais (estes contra a imagem da empresa que experimentou uma frustração quanto à realização da obra, com repercussão negativa junto ao mercado).

2. Os contratos de construção civil como modalidade de contratos incompletos

Depois de celebrado um contrato, jamais as partes, ainda que revestidas da mais intensa boa-fé, poderão ter certeza absoluta de que os seus objetivos serão plenamente alcançados, tal como os desejaram. Circunstâncias supervenientes, as mais variadas possíveis, poderão afetar o curso de um contrato, como resultado de mudanças sensíveis nas bases factuais e econômicas do negócio.

---

[24] Texto preparado a partir de elementos de palestra proferida pelo autor em 23.04.2014 no evento ***"****Dois Dias de Masterclass – Atrasos, Interrupções e Litígios e a Lei na Elaboração de Contratos de Obras", patrocinado pela Hill International, The Chamber Institute of Building e a Câmara de Comércio Brasil-Caanada (CAM-CCBC)*

No sentido acima são colocadas situações de imprevisibilidade, em relação aos quais os acontecimentos que vieram a concretizar-se depois do contrato concluído jamais poderiam ter sido previstos. No caso da construção civil, por exemplo, uma invasão de alienígenas que tivesse destruído as obras de uma represa em construção. Se alienígenas proliferam em filmes de ficção científica, na vida real, jamais se botou a mão em qualquer um deles para se fazer uma *prova provada*, como diria a boneca Emília do saudoso Monteiro Lobato. Daí que a legislação tem remédios para circunstâncias dessa natureza, ou seja, absolutamente imprevisíveis, que não nos compete aqui examinar.

De outra parte, os contratos incompletos não são assim classificados em virtude de condições supervenientes imprevisíveis, mas em virtude da sua própria natureza. Pode dar-se, ainda, a situação da presença de um custo extremamente elevado (ao ponto de tornar inviável a contratação) em relação às medidas prévias de proteção contratual que poderiam ser tomadas pelas partes quanto a todas as circunstâncias da operação, a qual que poderiam afetar o contrato ao tempo da sua execução. Isto diz respeito precisamente àqueles contratos de execução continuada e duradoura no tempo.

Os contratos incompletos por sua própria natureza são, por exemplo, os de sociedade, mesmo os que tenham um determinado prazo de duração ou aqueles de prazo indeterminado. Uma vez celebrado o contrato social ou o estatuto da sociedade, jamais saberão os sócios com um nível adequado de certeza de que forma evoluirá o empreendimento e como se comportarão os sócios em relação à vida social. A legislação societária apresenta remédios para as situações mais comuns, sabendo-se que muitas outras são suscetíveis de ocorrer ao longo do tempo e que será necessária uma decisão da assembleia geral para que seja encontrada a solução de um problema novo.

No limite, nem sequer os contratos de execução instantânea (entrega da coisa contra o pagamento do preço) podem ser considerados absolutamente extintos em relação aos seus efeitos, pois, por exemplo, um defeito oculto da coisa, posteriormente descoberto pelo comprador, acarretará a responsabilidade do vendedor.

No caso dos contratos fechados, como os da construção civil, é impossível de prever com segurança uma serie de acontecimentos futuros que terão impacto direto sobre o custo e sobre o prazo da entrega da obra. Por mais que se tenham feitas sondagens no terreno, surpresas negativas podem acontecer capazes de determinar mudanças radicais no projeto a ser desenvolvido, afetando de forma intensa os custos de transação.

Contam-se na experiência condições não conhecidas do terreno, que não puderam ser convenientemente avaliadas por maior cuidado que as partes tenham adotado na prospecção do solo, como: (i) solo diferente do inicialmente identificado; topo rochoso abaixo da profundidade prevista, bem como natureza diversa da rocha; (ii) obrigação do uso ou não de estacas metálicas; (iii) localização da barragem em conta diferente da anteriormente prevista; (iv) consequente mudança no diâmetro do conduto forçado; (v) relocalização da casa de força; (vi) a alteração do projeto por opção do cliente ou mesmo por erro; (vii) força maior e caso fortuito; (viii) novas determinações ambientais; etc.

Diante da incompletude contratual, como podem ser resolvidos os litígios dela nascentes?

3. Alterações construtivas

Elas se classificam como: (i) estruturais e (ii) relativas aos métodos de construção.

Seus efeitos se dão em relação aos custos de transação em geral, mas diretamente quanto às despesas de construção da obra. Caberá verificar quem deu causa a tais mudanças para efeito da atribuição da responsabilidade inerente.

Deverão em tal oportunidade ser verificadas as razões objetivas da alteração e quem a determinou. Como pontos de investigação deve se ter em conta o regime jurídico do contrato, especialmente à luz dos artigos 618 e seguintes do Código Civil. Como já se disse, estas normas regem o contrato de empreitada, principal instrumento jurídico desse tipo de operação, sujeito a normas cogentes e a normas estipuladas de forma livre entre as partes. É importante também aferir até que ponto as tratativas anteriores à celebração do contrato foram por ele acolhidas ou expressamente rejeitadas, como forma de identificação interpretativa da efetiva vontade das partes.

Outros pontos importantes para a apuração dessas responsabilidades dizem respeito à identificação da autoria do anteprojeto, o projeto básico, o projeto executivo e o momento da fixação do preço e das condições contratuais especialmente estipuladas.

4. Os mecanismos de solução de controvérsias

Entre eles contam-se: (i) a organização de um órgão não institucional do qual participam representantes de todas as empresas envolvidas; (ii) o *dispute board*; (iii) a mediação; (iv) a arbitragem; e (v) o Judiciário.

Começando pelo último caminho, desde logo é sabido que esse é o pior dos que podem ser encontrados, em vista dos proverbiais problemas, tão conhecidos no Brasil em relação à demora da solução; ao despreparo dos juízes quanto às relações contratuais complexas; e ao aparato processual que permite à parte que esteja de má-fé arraste um caso por muito tempo, sem que a outra possa contrariar efetivamente tal estratégia.

A experiência tem mostrado que a criação de um órgão específico do qual façam parte representantes de todas as empresas envolvidas (em um tipo de consórcio atípico) somente se revela viável enquanto não encontra um veto absoluto de um dos participantes em relação a determinada medida que se pretenda tomar, sabendo-se que tal órgão na prática jamais se constrói para decidir por maioria, a não ser em relação a questões meramente administrativas.

A escolha do *dipute board* já se revela uma solução mais viável, tendo sido adotada com êxito em alguns contratos de grande porte, como se noticia em relação ao Eurotunel, mais ainda grandemente desconhecido no Brasil.

O *dispute board* é constituído por um grupo de especialistas designados pelas partes, os quais deverão acompanhar toda a execução do contrato e emitir opiniões e pareceres de natureza vinculante ou não. Não sendo tais pareceres vinculantes eles apenas servem de guia de orientação a ser estudada pelos interessados, o que não leva à uma rápida solução do problema, questão crucial na construção civil.

Quando a natureza dos pareceres é vinculante, a parte que se sentir prejudicada terá, conforme previsão contratual, o direito de recorrer posteriormente à arbitragem para satisfazer pretensão que tenha julgado não atendida ou objetivando buscar uma indenização a que julgue ter direito. Esta é uma situação em que a parte instada pela vinculação do parecer a executar uma prestação não poderá alegar a exceção do contrato não cumprido.

As designações adotadas para o *dispute board* são: *comitê revisor de solução de controvérsias (dispute review board); comitê executivo de solução de controvérsias (dispute adjudication board); e comitê misto de controvérsias (combined dispute board).*

A mediação e a arbitragem tem se revelado instrumentos altamente eficientes na solução de litígios na construção de obras civis de grande porte, desde que as partes estejam revestidas da necessária boa-fé no andamento do instituto escolhido e cumpram voluntariamente as determinações da sentença arbitral, sem procurarem de má-fé destruí-la perante o Judiciário.

A opção pela disputa em juízo, repete-se, originária ou em grau de revisão ou anulação da sentença arbitral certamente frustrará os interesses das partes de boa-fé, com enorme aumento dos custos de transação.

AS CORTES BRASILEIRAS, O CONTRATO DE SEGURO E A INSEGURANÇA JURÍDICA NESSE MERCADO

- 08.02.2013 -

Não com pouca frequência as cortes brasileiras têm adotado certa orientação em relação ao contrato de seguro que, segundo penso, apresentam como resultado a sua desestruturação econômica e, consequentemente, gera insegurança jurídica nesse importante ramo do direito, diretamente ligado à segurança da vida e dos bens.

A informação, como se sabe, tem grande relevância em diversos aspectos da economia e do direito e não foi por outra razão que rendeu um prêmio Nobel a George Akerloff pelo seu brilhante e conhecido trabalho *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, no qual tratou de questões relacionadas à informação assimétrica, dentro do qual se insere o problema da seleção adversa. Vale muito a sua leitura.

Muito singelamente falando, no mundo da economia e do direito quase sempre nas contratações uma das partes detém informaçõe estratégicas ao negócio em vista, que a outra não possui. O exemplo de Akerloff é o do mercado de carros usados (*lemons*) nos Estados Unidos da América em relação ao qual, num primeiro momento, quem o vende ao dono da loja tem mais e melhor informação sobre o veículo do que o comprador; e, no momento seguinte, o mesmo dono da loja pode ter passado a deter alguma informação sobre aquele bem (não tanto quando o proprietário original), mas em um nível mais elevado do que os seus clientes que o procuram para um negócio. Trata-se, assim, da assimetria informacional.

Desta forma, sem conhecer o verdadeiro estado de veículo e sua história, o lojista sempre oferece um preço menor do que o faria se dominasse as informações a respeito do bem. Assim sendo, em todos os negócios que se fazem nesse mercado o preço sempre é nivelado por baixo, tomando-se como padrão um carro idêntico ao que se tem em vista, em péssimo estado de conservação.

Na negociação feita com o lojista o seu cliente também precisa cercar-se de cuidados a respeito da qualidade e da procedência do veículo que pretende adquirir, geralmente oferecendo pagar um preço mais barato do que o faria se fizesse negócio com um amigo a quem conhecesse muito bem e de quem tivesse as informações necessárias para o fechamento de

uma compra dentro de um nível conhecido de risco, ou seja, o da deterioração normal que se espera de um veículo usado, mas bem cuidado.

Significa dizer, é evidente, que quanto maior a intensidade e a qualidade da informação, maior será o preço a pagar por um determinado bem porque os riscos na sua aquisição são apurados dentro de um ambiente de maior segurança. Não é por outra razão que certas práticas têm sido adotadas nesse mercado para melhorar a informação e dar mais segurança aos adquirentes de veículos usados, que, desta forma, aceitarão pagar um preço mais elevado. Refiro-me, por exemplo, à verificação da regularidade de revisões nas concessionárias, mesmo após o término da garantia de fábrica, cujo efeito é o de se criar uma presunção no sentido de que o carro foi bem cuidado até então. Também as lojas costuma fazer uma vistoria no veículo por meio dos seus mecânicos, sendo capazes, portanto, de oferecer um determinado período de garantia aos eventuais compradores, sob a responsabilidade daquela, às vezes limitada a certas partes ou componentes do automóvel.

Portanto, insisto, informação e preço apresentam uma ligação direta.

Ora, no contrato de seguro a informação a ser obrigatoriamente dada pelo proponente (o cliente interessado em um determinado seguro) à seguradora é colocada no patamar mais elevado que se pode exigir, dentro do máximo de boa-fé do lado do primeiro, de maneira a que o prêmio do seguro possa ser precificado segundo os padrões da ciência atuarial.

No caso sob exame (Jornal *Migalhas*, de 27/01/2013), o segurado havia omitido da seguradora uma informação importante sobre o fato de que padecia de uma doença preexistente (doença crônica no figado), fator que deixou de ser consequentemente considerado para a precificação do prêmio de um seguro de vida que veio a ser contratado. Tempos depois o segurado veio a falecer como resultado de um acidente que lhe causou a fratura do fêmur, do resultou embolia pulmonar e infecçao respiratória. É importante ressaltar que a prova dos autos constatou que a doença preexistente, segundo a tese do STJ (com a qual não concordo), *apenas fragilizou o estado de saúde do segurado, contribuindo indiretamente para o óbito*, mas não foi a causa direta da morte.

Julgando a lide que veio a se instalar entre a seguradora (que se negou a pagar a indenização sob alegaçao de que aquela doença preexistente havia sido omitida do seu conhecimento) e o segurado, o STJ adotou uma posição em favor deste último fundada na alegação que de a omissão de informações sobre doença preexistente, por parte do segurado, quando da assinatura do contrato, só livraria a seguradora da obrigação de pagar a indenização em caso de morte se esta houvesse decorrido diretamente da doença omitida. Se a causa direta da morte fosse outra, e mesmo que a doença preexistente tivesse contribuído para ela ao fragilizar o estado de saúde do segurado, a indenização seria devida. Desta maneira ficou afastada a alegação de que o segurado havia agido com má-fé.

Pesou contra a seguradora o fato de que, ao tempo da proposta do referido contrato, ela não exigiu exames prévios do segurado por meio do qual pudesse averiguar o seu verdadeiro estado de saúde. Tais exames foram considerados como necessários para o fim do reconhecimento à seguradora do direito de não pagar a indenização correspondente.

Segundo o STJ, ainda, a negativa da indenização proporcionaria enriquecimento ilícito da seguradora frente ao segurado. Isto porque, nas palavras da Ministra Galloti, na ausência dos exames prévios, praticamente nenhum sinistro estaria coberto em favor do segurado, salvo se dele decorresse morte imediata, "*pois, naturalmente, qualquer tratamento de saúde em pessoas*

portadoras de doenças preexistentes é mais delicado, podendo a doença preexistente, mesmo sem relação com o sinistro, constar como causa indireta do óbito".

Tivesse a seguradora conhecimento da doença que o segurado padecia, das duas uma, ou negaria a cobertura (o que seria injusto) ou a precificaria dentro de uma determinada realidade que levaria em conta, inclusive, o fato de que, embora pudesse não ser a causa de eventual morte futura do seu cliente, ela certamente aumentava o risco de que este resultado poderia acontecer, tal qual a própria decisão do STJ reconheceu, como se vê claramente pela leitura do parágrafo anterior.

Uma coisa importante é esquecida em relação ao seguro. Embora as seguradoras sejam empresas comerciais e busquem lucro no exercício de sua atividade, do ponto de vista econômico elas apenas administram a reserva financeira formada pela somatória dos prêmios pagos pelos segurados, dentro de uma boa margem de segurança que lhe é proporcionada pelo cálculo estatístico. A partir da boa qualidade da informação que será levantada pela análise das propostas que lhe são apresentadas, a seguradora sabe com razoável margem de certeza o quanto será gasto no pagamento das indenizações dos sinistros por ela cobertos e, assim, o preço a cobrar dos segurados, carteira por carteira, será acrescido de uma determinada margem que cubra os custos do seu funcionamento e o lucro esperado.

Casos como o da espécie causam uma perda em primeiro lugar para a mutualidade dos segurados e, em segundo, para a seguradora. A repetição de situações como esta – muito comum em seguros de vida e de saúde -, no limite, pode onerar a tal ponto as reservas administradas pela seguradora, que ela poderá se tornar incapaz de cobrir toda a demanda das indenizações relacionadas aos sinistros por ela cobertos.

Eventuais exageros à parte, o certo é que, como resultado de decisões semelhantes à que aqui foi examinada, as seguradoras passam sistematicamente a elevar os prêmios dos seguros nas carteiras mais *contaminadas* por aquela orientação dos tribunais, do que resulta uma perda para os interessados que passam a pagar mais caro pela mesma cobertura. De outro lado, exames prévios são exigidos e, evidentemente, eles não serão pagos pela seguradora, mas pelo proponente, a onerar o seu bolso e o dos planos ou seguros de saúde, de forma muitas vezes absolutamente desnecessária. Além disto, muitas doenças provavelmente não aparecerão em exames de rotina, não sendo o caso de se exigir uma completa investigação da saúde dos proponentes de acordo com a tecnologia mais avançada.

As práticas referidas e as providências acima referidas a correspondem ao que se chama em economia de *externalidades negativas* e de *efeitos de segunda ordem*, que aumentam de forma expressiva os custos para os interessados (*custos de transação).* Para obviá-los, bastaria que se desse ênfase à obrigatoriedade e qualidade das informações a serem prestadas pelos proponentes de contratos de seguro, aos quais se daria a oportunidade prévia, com grande destaque no momento da proposta, quanto aos efeitos negativos da omissão de informações relevantes para a seguradora.

Em matéria de seguro, seguro deveria ser informar bem e não desinformar.

Se eu fosse maldoso, poderia pensar que, no campo do seguro, estariam as cortes julgado de forma ideológica, quer dizer, voltadas intencionalmente (ainda que de forma velada) para a proteção da parte considerada mais fraca (os segurados), diante das seguradoras, servindo a argumentação em favor dos primeiros tão somente para o fim de *dourar a pílula*, tornando-a mais palatável. Dizem alguns que nestas horas as cortes aplicam sempre o CDC (Código de Defesa dos Coitadinhos). Mas como eu não sou maldoso, eu sempre afasto esses maus pensamentos, reconhecendo que tais decisões decorrem somente da apreciação isenta dos julgadores, ainda que criticáveis, conforme aqui foi exposto.

Mas não posso também deixar de me lembrar da velha fábula do lobo (ou leão?) e do cordeiro, que se encontravam bebendo água no mesmo córrego. Todas as explicações que o cordeiro dava ao seu algoz quanto às acusações de que estava sujando a água que aquele bebia (pois se encontrava abaixo na correnteza), não foram suficientes para evitar seu destino inglório. O lema ali era: *Decifra-me ou não. De qualquer forma eu te devoro.*

O VELHO E O NOVO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS. NOVOS PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO JUIZ

(13.05.18)

Sabe-se que o contrato é um dos instrumentos mais importantes para a realização de trocas econômicas e que os empresários particularmente os têm como um dos meios mais idôneos para o exercício de sua atividade e a exigência fundamental se dá no plano de sua eficácia.

Para os empresários não basta que o contrato seja existente e válido. É fundamental também que seja eficaz na expressão mais intensa do seu significado. Essa eficiência se traduz em alguns elementos a serem preenchidos, entre outros: facilidade e rapidez na contratação, clareza do conteúdo e extensão das obrigações recíprocas, garantias de boa qualidade e execução rápida no tempo e plena no seu conteúdo *(enforcement*). Esse último ponto é sabidamente uma ferida aberta nas relações empresariais, que apresenta muitas vezes enorme dificuldade para a sua cura.

No sentido acima destaca-se a proverbial demora do Judiciário em alcançar o fim do procedimento dentro de um prazo razoável e a prática de um ativismo judicial ideológico na proteção da parte que se entende ser a mais fraca na relação jurídica concertada, mesmo que o negócio seja feito entre dois empresários no livre e pleno exercício de sua atividade. O contexto é integrado por normas contratuais muito abertas, como o da função social do contrato, que tem sido sujeita a críticas de toda a espécie quanto ao seu conteúdo e interpretação. Acrescente-se, por exemplo, o conceito de onerosidade excessiva, fonte de muitas pendências nas nossas cortes. Algumas saídas novas têm sido construídas pelo Judiciário, até mesmo de natureza inusitada, como o do adimplemento substancial do contrato, a proteger o devedor que não cumpriu integralmente a sua obrigação.

O problema acima é muito sério. Que direito tem o juiz de penetrar nas relações entre partes, principalmente empresários, para determinar que um devedor fica dispensado de adimplir uma parcela de suas obrigações econômicas? De dez parcelas da dívida, uma parcela não paga de nove corresponderia ao mencionado adimplemento substancial? Que tal duas, ou mesmo três, considerando-se ainda que poderá ser agregado na sentença um *desconto* pelo eventual reconhecimento da presença de onerosidade excessiva?

Ora, o balanço do empresário credor não quer saber dessas *firulas*. O que não é pago é prejuízo e pronto. E se a coisa se multiplica, a conta ficará significativamente negativa ao ponto de reduzir o lucro do credor e prejudicar a sua atividade. E, se o adimplemento substancial do seu devedor o afeta, não poderia ele repassá-lo, por sua vez, para o seu credor, dentro de uma cadeia que somente terminaria na fonte principal da operação? Afinal de contas as empresas operam em cadeias dentro do seu mercado e o que afeta uma pode também gerar efeitos

negativos na linha ascendente. Ainda que a situação seja uma hipótese, mais rara e cerceada pela própria natureza dos mercados, em tese pode-se pensar igualmente na caracterização de risco sistêmico fora da atividade tipicamente bancária. Isto é o que claramente pode ser visto no ramo da mineração no Brasil, depois dos dois episódios das barragens da Vale, com efeitos trágicos em todo mercado correspondente, especialmente em Minas Gerais. E os danos foram mais longe, atingindo terceiros setores, como os do turismo em toda a sua cadeia.

Em vista de tais considerações, buscando resolver alguns desses problemas, recentemente a MP 881, de 30.12.2019 trouxe mudanças importantes em relação à intervenção do Estado na vida do contrato interempresarial. Nesse contexto importa lembrar o tempo em que se atendia o princípio da **autonomia da vontade**, segundo o qual o Estado não tinha qualquer poder para intervir na liberdade das partes em contratar. Chegou mais tarde o momento do estabelecimento do princípio da **autonomia privada**, reconhecendo-se a existência de limites aos particulares nesse campo e, consequentemente o poder do Estado de previamente determiná-los por meio de princípios, colocados a partir da CF e do Código Civil, a exemplo dos artigos 421 e 422 deste último que mereceram nossa crítica em outro lugar.

Observou-se ao longo do tempo um forte desvio da atividade do Poder Judiciário por força de uma intervenção indevida na vida interna dos contratos, sob o manto da função social e da boa-fé objetiva.

O novo princípio da intervenção mínima do Estado foi taxativamente estabelecido pela nova redação dada ao art. 421 do CC/2002, ao qual também se acrescentou um parágrafo único, da seguinte forma:

> *"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.*
>
> *Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional".*

A primeira novidade está na submissão dos limites inerentes à função social do contrato aos termos da *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, que são muito extensos e abertos. Desse fato decorre naturalmente uma imprecisão dos conceitos e grande dificuldade para entender o seu alcance e operacionalizá-los. Esse ato interpretativo somente poderá ser feito com alguma segurança quando se toma a ideia mãe das mudanças efetuadas por meio daquela *Declaração*, a partir da consciência de que, no campo contratual, devem prevalecer os ditames da liberdade de iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, reduzindo-se o papel do Estado ao de agente normativo e regulador, tal como consta precisamente das linhas estabelecidas pela CF (arts. 170 e segs), que devem ser resgatadas.

De certa forma, cuida-se de dar um novo sentido ao papel do operador do direito nessa área, passando-se a utilizar uma exegese funcional finalística dos contratos, fundada nos princípios acima mencionados. Como se percebe, o grau de reconhecimento dos efeitos da autonomia privada tornou-se sensivelmente mais amplo, mas cercada de alguns perigos que somente com o tempo serão superados na sua incerteza por obra do trabalho da doutrina e da jurisprudência.

Não se pode deixar de perceber que o princípio da função social do contrato, tal como se encontrava na redação anterior do art. 421 do CC/2002 perdeu espaço em função dos limites que foram estabelecidos pelos termos do seu novo parágrafo único. Este encerra, por sua vez, dois outros princípios: **(i)** o da intervenção mínima do Estado nas relações contratuais privadas; e **(ii)** a revisão contratual externa deverá ser feita de forma excepcional.

Dos dois parâmetros acima citados evidentemente o segundo constitui um novo marco balizador da intervenção judicial na economia interna do contrato. E isto se dá de forma abrangente, dentro do quadro da teoria geral do contrato, como também em função das alterações expressas, efetuadas nos artigos 423 e nos novos artigos 480-A e 480-B[25].

No sentido acima o art. 480 dispõe de maneira geral que, se em um contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, ela poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. A larga aplicação dessa faculdade pelo Judiciário tem acarretado certo nível de abuso em revisões contratuais, fundado muitas vezes na pretensa necessidade de proteção da parte mais fraca, seja do ponto de vista jurídico, seja econômico. O resultado tem sido o do sensível aumento dos custos de transação e a consequente inserção no preço do contrato dos efeitos correspondentes, por iniciativa da parte que faticamente detém o poder para tanto. Resulta que os preços de produtos e serviços terminam ficando mais caros porque o mercado precifica a intervenção do Judiciário e isto acontece de forma bastante rápida em resposta a orientações dos Tribunais que afetem os interesses (na maioria dos casos legítimos) dos empresários.

Dentro desse cenário, em boa hora o art. 480-A deu às partes, nas relações interempresariais o direito de estabelecerem no momento da contratação certos parâmetros objetivos voltados para orientar a interpretação dos requisitos de revisão ou de resolução do acordo. Em complementação o art. 480-B determina que nas mesmas relações interempresariais deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar como eles alocaram os riscos da forma como assim definiram.

O que se percebe no parágrafo anterior é que, quando se trata de contratos entre empresários, fica reconhecida a sua igualdade (em caráter de presunção *juris tantum*), nelas não se dando lugar a entender que um deles seja considerado hipossuficiente para efeito da proteção legal, a menos que no caso concreto essa verdade seja desmentida. E dessa forma, se as partes construírem tais parâmetros objetivos, o julgador estará obrigado a obedecê-los diante de um pleito que tenha sido levantado por aquela que entender tiver sido prejudicada em alguma circunstância.

O resultado dessa nova construção se revela potencialmente de forma extremamente benéfica para a realização de negócios entre empresários, fortalecendo-se o mercado pelo estabelecimento de um novo nível de segurança jurídica que se espera seja reconhecida pelas cortes superiores ao longo do tempo de uma nova *experimentação*.

---

[25] *"Art. 480-A. Nas relações interempresariais, é licito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual".*
"Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida".

Ressalte-se que as relações de consumo permanecem regidas pelo CDC, se alterações.

Os lineamentos aqui apresentados afloram apenas a superfície dos temas apresentados, a serem desenvolvidos no seu estudo, vindo este texto a integrar o item próprio da abordagem da teoria geral do contrato, objeto da nova edição do quarto volume da coleção de Direito Comercial ao autor, a ser brevemente publicada pela Editora Quartier Latin, revista, ampliada e completada.

VIDA E MORTE DA EMPRESA FAMILIAR DIFERENCIADA

À memória de Waldemar Ferreira, Oscar Barreto Filho e Waldírio Bulgarelli.

O homem, isto é, o ser humano, é movido por seus interesses, geralmente de natureza egoísta, pensando em si mesmo e no seu bem estar. Afinal de contas, trata-se da antiga luta pela sobrevivência. Mas mesmo em uma sociedade individualista, altruístas existem, buscando menos o próprio bem do que o da coletividade.

O modelo ideal entre egoísmo e altruísmo é aquele em que cada um realize os seus objetivos pessoais ao mesmo tempo em que beneficia a sociedade. Até mesmo uma lei reguladora de um tipo societário de objetivo intrinsecamente lucrativo se preocupa com isto, atribuindo ao seu controlador uma responsabilidade que vai além dos seus interesses pessoais, passando pelos acionistas minoritários, pelos seus empregados e pela comunidade em que ela atua.

No mundo capitalista, naturalmente impulsionadas as pessoas buscam sobreviver pela sua própria iniciativa, buscando e criando oportunidades, de forma individual ou coletiva. Para esta finalidade muitos meios honestos estão disponíveis e no campo que nos interessa uma das formas de viver é explorar uma determinada atividade econômica, entre as quais a empresa mercantil que, em situações de normalidade, apresentará o lucro esperado pelo empresário.

A história de algumas empresas apresenta particularidades únicas, que não se repetem no tempo e no espaço. Trata-se daquelas de natureza familiar, que apresentam um produto diferenciado, trazido ao mundo pelo seu idealizador, que lhe deu nascimento e a fez crescer forte e sadia dentro de um mercado restrito. Para isto não é preciso que a sua atividade consista em *produção* própria de bens e de serviços para revenda. Pode se tratar de uma empresa que arregimenta produtos de fornecedores especializados, organiza-os de forma criativa e os disponibiliza aos interessados mediante retribuição financeira.

Mesmo que a ideia haja germinado pronta na cabeça do seu autor, o produto precisa ser desenvolvido, solidificado, distribuído e conservado na sua qualidade crescente, em determinado espaço de tempo.

O empresário que lhe deu nascimento percebe a existência de um mercado aberto à exploração. Ele é virgem ou quase. Há produtos similares em parte, não idênticos. Mas para que ele dê à luz a algo novo, é preciso prospectar bons fornecedores e mantê-los cativos. Como disse acima, no caso aqui imaginado o autor não é o criador direto do produto. Ele estabelece as condições de qualidade, de tamanho, de forma, de periodicidade, e de uma *linguagem* próprias

e monta uma linha rígida controle de qualidade. Nenhuma matéria prima entra na produção e nenhuma sai sem a aprovação do empresário que, ligado paternalmente à sua criação, não delega qualquer função nesse sentido. Afinal de contas, ele tem ciúmes e zelo profundo pela sua empresa.

Não se trata de produção em massa, pasteurizada. Cuida-se de um produto novo em cada fornada que sai. São genéricos entre si, mas isolados em sua individualidade sazonal. E cada um deve preencher o fim de sua *estação,* mesmo que ela se prolongue por mais de uma primavera, de um verão, de um outono ou de um inverno. Neste caso aparecem, mesmo, algumas obras primas. Muitos dos produtos são tão especiais e de qualidade tão elevada que duram décadas, sem se gastar, e aquele fornecedor se torna um ícone, procurado por todos os consumidores, junto ao empresário *distribuidor*, que o disputam nas prateleiras, procura esta que, algumas vezes, gera falsificação por parte de alguns oportunistas.

O valor dessa empresa não está no tamanho de sua organização, nem da modernidade de sua estrutura (embora este último aspecto tenha passado a ser uma influência ponderável na generalidade dos mercados).

Do lado do empresário ele não se limita a colocar os produtos dos seus fornecedores em uma embalagem atraente. Ele os enriquece e os enfileira na prateleira (que nos dias atuais pode ser virtual) de forma organizada numa sequência harmônica de utilidade progressiva. Durante dias, semanas, meses e anos a fio, o mercado é explorado, desenvolvido e solidificado. Passa o tempo e o empresário envelhece. É tempo de passar o bastão para a sua descendência. Filhos e discípulos (estes na rica relação mestre/aprendiz), todos criados no negócio, uns se envolvem com a empresa, passam a vivê-la com o mesmo entusiasmo que o fundador. Outros não lhe dão valor. Procuram outros rumos, outra atividade.

Estabelecida uma relação de causa e efeito entre aquele empresário e o seu produto, inicialmente de natureza essencialmente subjetiva, ela adquire em parte foros de objetividade, dados o *know how* e a organização desenvolvidos, fato que permite a sucessão familiar sem maiores traumas. Mesmo porque os valores intrínsecos da empresa, criados pelo seu fundador, foram incorporados pelos seus descendentes e/ou sucessores, que lhe dão continuidade com a mesma qualidade ótima que ela alcançou ao longo do tempo.

Os resultados financeiros perduram enquanto durar a mesma qualidade. Afinal de contas, o consumidor é leal até certo ponto, não se deixando levar por um saudosismo romântico, o que o leva a abandonar a empresa e os seus produtos assim que percebe mudanças para pior. O mercado é inexorável.

Na terceira ou quarta geração já se desvaneceu o ímpeto dado pelo fundador à empresa e muitas vezes não lhe resta qualquer dos seus descendentes ou antigos aprendizes que ainda continuem lhe dando prosseguimento. Assim, ele se encontra isolado e diante de uma de duas alternativas: ou fecha o negócio, ou o profissionaliza tornando-o fundamentalmente desligado de elementos subjetivos. Esta última saída exige renúncia a um projeto de vida. A outra pressupõe a aquisição dos meios necessários para a modernização pretendida. Mas isto pode exigir um nível mínimo de capital e de tecnologia que o empresário não tem e em dado momento não pode conseguir. Ou também não quer.

Mas existe um ponto fundamental que orientará a decisão do empresário. Por mais que seja possível profissionalizar a empresa, sempre restará residualmente um mínimo de subjetividade no seu exercício e a necessidade da implementação de uma atividade pessoal indispensável, que ele não vê nos seus seguidores. Caso este fator não esteja presente, a

empresa que ele fundou, uma vez profissionalizada, se transformará em mais um gerador de produtos pasteurizados, sem qualidade, recheios insossos de uma receita mal elaborada.

A ligação desse empresário com sua empresa é tão profunda, e o seu desgosto tão grande que, diante de tal quadro, ele pode resolver leva-la à morte.

Fecha as suas portas, dá-lhe as costas e lhe diz adeus.

Os seus antigos fornecedores se encontrarão sem um veículo para a distribuição dos seus produtos. Deverão passar a ater-se aos critérios imediatistas do mercado e à preferência por uma embalagem mais bonita, mesmo que o conteúdo seja sofrível.

Ao direito cabe liquidá-la.

Ave Caesar, morituri te salutant!

Mas não, a história desse empresário não termina neste ponto.

Ele vai até a sua adega, nela toma uma garrafa do seu melhor vinho e um dos seus queijos especiais. Senta-se então à sombra de uma árvore frondosa e enquanto degusta o vinho e saboreia o queijo, constrói novos projetos em outra dimensão de tempo e de espaço, na qual dará nascimento a empresas que talvez venham a ter vida curta, mas que será firme e pujante.. Se o corpo está enfraquecido, a mente está lúcida o e espírito alerta.

Navegar é preciso. Viver também é preciso.

São Paulo.

Final do verão de 2012.

(VI) DIREITO COMERCIAL - REGULAÇÃO - PROJETOS DE CÓDIGO COMERCIAL

TÍTULOS E CONTRATOS ELETRÔNICOS

(25.06.19)

A evolução tecnológica vem trazendo novidades na seara dos contratos, como aqueles dito eletrônicos, que incluiriam os *smart contracts*, devendo se verificar em uma abordagem não aprofundada, dada as naturais limitações desta obra, o que são e como se acomodam na teoria geral do contrato.

Os contratos eletrônicos são aqueles celebrados no ambiente da internet, no mais das vezes em operações configuradas como relações de consumo, que não fazem parte das preocupações específicas deste texto, como já foi dito acima.

Tem se buscado uma classificação desses contratos que possa abrangê-los na sua individualidade, da seguinte forma: **(i)** interpessoais; **(ii)** interativos; e **(iii)** inter sistêmicos.

Os **contratos interpessoais** seriam aqueles nos quais pessoas naturais e/ou jurídicas interagem entre si, dando-se a manifestação da vontade por via eletrônica *(e-mail*, aplicativos de mensagens*, "chats",* etc.).

Os **contratos interativos** corresponderiam àqueles em relação aos quais uma pessoa interage com um sistema e adere às convenções previamente determinadas pelo fornecedor.

Por sua vez, nos **contratos inter sistêmicos** um sistema interage com outro, discutindo-se a natureza jurídica dessa operação, se é que ela existe

O que importa para a teoria geral do contrato é que eles são classificados como feitos à distância, entre ausentes, o que seria eventualmente discutível quando as discussões se dão em um ambiente em tese presencial como é o do *Skipe* por vídeo conferência. Mas se as tratativas assim se desenvolvem, a conclusão do acordo se dá pelo envio de uma mensagem *escrita* por e-mail que, a qualquer momento, pode ser versada em papel para eventual fim de prova. Para tal tipo de contratação também pode ser utilizado o WhatsAPP.

Os contratos eletrônicos propriamente ditos seriam negociados dentro de sítios da internet, apresentando os fornecedores as informações mínimas necessárias para a análise do destinatário, cuidando-se de operações dirigidas a destinatários indeterminados. Observe-se que, neste caso, haverá o fornecedor de tomar cuidado em informar as condições mínimas (necessárias e suficientes) para a validade da oferta como o preço; se referida a um elemento temporal ou em vista da quantidade presente no estoque; lugar e prazo da retirada/entrega; etc. Assim sendo, por meio do recurso a *clicks* sucessivos em seu compactador, *tablet* ou celular, o interessado progride sucessivamente nas tratativas até fechar o negócio, pelo *click* final, depois de haver optado pela forma de pagamento acessível, condicionada à conclusão do acordo quando da confirmação do pagamento.

Nesse cenário não há qualquer elemento que faça esses contratos eletrônicos destoarem da sua inserção na teoria geral do contrato, muito mais ainda quando eventuais pendências judiciais (ou mesmo arbitrais nas câmaras mais atualizadas com os processos eletrônicos) nascem e se desenvolvem no ambiente virtual, sem a necessidade de se recorrer a qualquer documento físico.

Outra coisa diferente em grande medida é a questão dos *smart contracts*, entre nós chamados de *contratos inteligentes*. São operações realizadas em ambientes puramente virtuais sem a participação direta de pessoas naturais e sim de computadores dotados de inteligência artificial, chamados no mercado de robôs. O que se poderia dizer em princípio é que o contrato em si não é inteligente, mas sim esse *"ser eletrônico"* que lhe dá andamento desde as tratativas até a conclusão.

Uma pergunta preliminar, está em saber se já existe na realidade essa inteligência artificial, que funcionaria como uma máquina à qual se daria partida (ligando-se o computador de manhã) e, a partir desse momento ela tomaria a iniciativa de fechar negócios ao seu inteiro alvedrio e, quem sabe, adotar outros parâmetros de conduta negocial que não tenham constato originalmente do seu programa e, dessa forma, assumindo uma personalidade própria das pessoas. Se isso for verdade, qual seria a natureza jurídica da relação entre o criador do robô e esse novo ser dentro do direito? Talvez ela possa ser explicada no campo do *trust* puro mas, em tal caso, pergunta-se como se daria a responsabilidade do agente, robô, no caso em que fugisse pelos seus atos à configuração original da operação. Seria ele uma pessoa de direito e, assim sendo, qual seria o seu patrimônio, suscetível de sofrer uma medida de indenização por alguém

prejudicado?

Como nos parece nenhum *teste de Turing* até agora tenha detectado a existência efetiva de uma inteligência artificial – mesmo que esses robôs *aprendam* cada vez mais no dia-a-dia de sua vida – devemos concluir que a sua natureza jurídica, se assim podemos dizer, corresponde à de um preposto eletrônico de quem o programou e o colocou no mercado com um nome de identificação qualquer, sempre sem sobrenome, porque ele não tem genealogia[26].

Como se sabe, a contratação eletrônica em geral vem sendo desenvolvida e aceita progressivamente pelo direito, a partir da longa discussão que se estabeleceu no campo dos títulos de crédito. Deve-se ter em vista que esta última área é uma das poucas do Direito Comercial na qual a forma é de essência para o fim do nascimento e circulação das relações jurídicas correspondentes, diferentemente do campo do direito contratual no qual opera o princípio da autônoma da vontade. Neste sentido, atendida a forma exigida em lei ou qualquer outra desde que seja lícita quando não há forma exigida, os contratos podem ser livremente convencionados nos limites da autonomia privada.

Observe-se que para todos os casos de negócios no ambiente eletrônico a prova da manifestação da vontade se dá pela utilização de certificados digitais e por meio de certificação disponibilizada pela ICP-Brasil, que se presume verdadeira. Isto tem por base a Medida Provisória 2.200-2, de 24.08.2002, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

No direito bancário deu-se a legalização das operações eletrônicas quando realizadas por Sociedades de Crédito Direto (SCD) ou por Sociedades de Empréstimo entre Pessoas (SEP, na forma da Resolução nº 4.656, de 26.04.2018, que criou as instituições financeiras acima citadas, como modalidade de *fintechs* (*instituições financeiras de tecnologia*, em tradução livre). Nos termos do art. 2º daquela Resolução podem ser realizadas operações financeiras por aquelas instituições por meio da utilização de contratos ou de títulos de crédito fazendo-se a utilização de plataformas eletrônicas, conectando-se os credores e devedores a sítios ou aplicativos na internet.

Há um problema jurídico ingente nesse campo, qual seja o da qualificação dos contratos eletrônicos como títulos executivos extrajudiciais, na forma do art. 784 do NCPC, que exige em seu inciso III a assinatura de duas testemunhas no documento, o que se revela inviável na vida de tais contratos[27].

A questão que se coloca está no plano da existência, validade e eficácia dos contratos eletrônicos. A existência, no tocante especialmente a títulos de crédito eletrônicos é o menor problema, já tendo sido acatada pelo art. 889, § 3º do CC/2002, onde se lê que *"o título pode ser emitido "**a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente** e que*

---

[26] Esse teste foi criado por Alan Turing, pesquisador britânico, em artigo de 1950 ("*Computing Machinery and Intelligence*"), para o fim de aquilatar a capacidade de uma máquina no sentido de apresentar um comportamento inteligente equivalente ao de um ser humano ou que não possa distimguir-se deste.

[27] Em uma reunião no grupo permanente de estudos bancários do IASP aventou um participante a solução desse problema pela criação de um aplicativo de testemunhas do tipo **uber**. O interessado faria a chamada de duas testemunhas que, pelo preço combinado, assinariam como tal, eletronicamente, no título de crédito ou no contrato.

constem da escrituração do emitente".

Do ponto de vista de sua validade e eficácia coloca-se a decisão do STJ no REsp. 999577/MG, da 3ª¨T, Rel. Min. Nancy Andrigh, onde se lê que:

> *"- o contrato escrito, com assinatura de duas testemunhas, não é requisito de validade de um contrato, salvo hipóteses expressas previstas em lei. A assinatura de duas testemunhas no instrumento, por sua vez, presta-se apenas a atribuir-lhe a eficácia de título executivo, em nada modificando sua validade como ajuste de vontades*
>
> *- Se é válida a contratação, igualmente válida é a nota promissória emitida em garantia do ajuste. A ausência de duas testemunhas no contrato, portanto, não retira da cambial sua eficácia executiva".*

Por sua vez, observe-se que em Recurso Especial o STJ já reconheceu a executividade dos contratos, dispensada a assinatura de duas testemunhas (REsp 1.495.920-DF, Rel. Min. Paulo Sanseverino), quando utilizada assinatura digital por meio de criptografia assimétrica:

- *RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUO ASSINADO DIGITALMENTE (CRIPTOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS.*
- *POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEREM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO ELETRÔNICO. PRECEDENTES.*

Dessa forma abre-se o caminho para que fique superada a questão da existência, validade e eficácia dos títulos de crédito e, no que nos interessa diretamente, dos contratos eletrônicos.

(VI) DIREITO COMERCIAL – REGULAÇÃO – PROJETOS DE CÓDIGO COMERCIAL

DIREITO E MERCADO: QUEM NASCEU PRIMEIRO?

25.09.2018

- Mais uma vez a história do ovo e da galinha e seus efeitos jurídico/econômicos –

A noção que era corrente até algum tempo afirmava que os mercados surgiam e se desenvolviam de forma espontânea e, a partir de determinado momento, era necessária sua regulação jurídica para o fim de se dar segurança e certeza às operações neles realizadas. Estas, até então, estariam fundadas tão somente no fato de que as operações, os contratos, eram de

execução instantânea, após o que cada uma das partes seguia para o seu lado; ou, ainda, se os negócios fossem a prazo, estaria presente a confiança mútua, fechando-se os contratos *"no fio do bigode".*

Essa visão foi revista a partir de trabalhos mais recentes, dos quais se destaca o texto de Natalino Irti, *"L'Ordine Giuridico del Mercato",* invertendo-se o sentido: primeiro estabeleceram-se as bases jurídicas necessárias e de suporte para as negociações e, sobre elas desenvolveu-se o mercado.

Um ponto se coloca inicialmente: afinal de contas, o que é este tal *mercado*?

Simplificando muito os fatos, façamos uma viagem para trás no tempo e voltemos a uma época primitiva da história da humanidade, na qual, já sedentários, os homens começaram a plantar e a criar animais para se alimentarem. Dentro de sua pequena aldeia alguém que dispusesse de algum bem destinado ao seu próprio consumo, desejasse outro bem de que não dispunha e, por isso, trocava o que tinha por aquilo que desejava, estabelecendo-se, nesse processo, um ciclo de permutas na comunidade. A isto seguem-se as trocas entre membros de diferentes comunidades, processo que se amplia ao longo do tempo.

Levin Goldshmidt observou a necessidade da existência de dois fatores prévios como condição para o escambo de bens, a divisão do trabalho e o reconhecimento do direito de propriedade privada[28].

Em dado momento, para facilitar as trocas, adota-se um determinado bem, dotado de durabilidade, que podia ser guardado preservando sua natureza. Esse bem, inicialmente, foi o sal retirado das minas terrestres na forma de placas, servindo como meio de troca e, portanto, como moeda. O trabalho *terceirizado* por um patrão entre seus empregados podia ser pago em sal. O salário correspondia ao pagamento (em sal) de um dia de trabalho. O surgimento dessa moeda permitiu a evolução da troca para o contrato de compra e venda com todos os ganhos jurídicos e econômicos dele advindos. Por sua vez este cenário deu lugar a um operador profissional da distribuição de bens, o intermediário comerciante.

O desenvolvimento desse bem intermediário de trocas, que não nos interessa neste momento, levou à criação da moeda metálica, válida porque feita de metal nobre que tinha valor intrínseco, podendo ser entesourada, e servindo como reserva de valor

O crescimento das sobras da produção, aliado aos deslocamentos geográficos para comunidades cada vez mais distantes, proporcionou a descoberta e o desejo por bens produzidos em outros lugares, deste fato tendo sobressaído em importância a pessoa do mercador, aquele que viajava para terras até então desconhecidas e delas voltava com os seus navios ou camelos carregados de bens que provocavam desejo como, por exemplo, as especiarias destinadas à conservação e dar melhor sabor dos alimentos; sedas utilizadas para a confecção de vestimentas; e assim por diante. Até pavões e bugios entravam nesse intercâmbio.

Dando um pulo muito longo na história e vindo para a Idade Média na Europa, sabe-se chegavam àquele continente produtos valiosos da África e da Ásia, vindos de lugares tão distantes como a Índia e a China; veja-se, a respeito, entre outras fontes, a história da famosa e demorada viagem de Marco Polo. Sabemos também que no interior de alguns países da Europa, especialmente em França, foram realizadas grandes feiras, para as quais acorriam compradores e vendedores de várias regiões, criando *mercados* gerais ou específicos.

---

[28] *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. Italiana a cargo de Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja, UTET, Turim, 1913, pp. 19 e 20.

As mais famosas das feiras tiveram lugar na região da Champagne, na França, nada obstante tendo em conta a necessidade de serem enfrentados e superados inúmeros obstáculos. Um mercador que chegasse a um porto do Mediterrâneo desejoso de oferecer seus produtos em alguma de tais feiras (desde que tivesse escapado dos piratas) teria diante de si a sanha financeira dos governantes das cidades portuárias e de todos os senhores feudais cujas terras atravessassem com ~~su~~as mercadorias.

Quanto aos compradores, a questão do transporte do dinheiro, que poderia ser tomado por salteadores nas estradas, havia sido superada pelo nascimento e desenvolvimento da letra de câmbio, que lhes permitia sacarem títulos daquela espécie junto aos banqueiros de suas cidades de origem e os *descontarem* junto aos banqueiros correspondentes ou mercadores nas feiras. Como se sabe, as letras de câmbio representaram uma das mais notáveis criações do direito comercial em todas as épocas.

Diante desse cenário, o único elemento que permitiria o estabelecimento das feiras e do comércio nelas realizado era a pré-existência de uma base jurídica uniforme, que foi sendo criada e que se desenvolveu ao longo de muitas décadas, permitindo aos comerciantes e banqueiros a necessária segurança para a celebração de contratos e o seu cumprimento. Esta base jurídica, portanto, precedeu, ou ao menos facilitou não só o nascimento daqueles mercados como sua consolidação.

Tal fenômeno já fora identificado por Goldschmidt quando afirmou que os negócios eram realizados nos confins de vários territórios (nos quais certamente era disperso ou praticamente inexistente o império dos governantes circunvizinhos), muitas vezes sob uma tutela religiosa, dando nascimento a uma *paz comercial* de forma expressa ou tácita, ainda que temporária. Naquelas condições foram formadas caravanas de peregrinos e comerciantes, dirigindo-se aos locais protegidos na forma acima, nos quais o comércio se desenvolveu e se solidificou[29].

Conforme aquele historiador, no contexto específico da profissão de comerciante, nasceu o direito comercial a partir do desenvolvimento do direito estatutário, consuetudinário, de práticas notariais, de contratos escritos e de tratados comerciais e de navegação além das corporações de artes e ofícios e tribunais especiais.

Não sendo o caso neste breve texto de se fazer um maior aprofundamento do tema, a verdade é que o mercado depende de uma base jurídica prévia para formar-se e se desenvolver. Fora disto as operações praticadas pelos interessados se dão primitivamente *fora do mercado*, de maneira pontual e isolada, sem qualquer proteção contra o inadimplemento, baseadas tão somente na confiança pessoal de uma parte em relação à outra.

Podemos dizer que são encontrados três tipos de mercados, segundo a sua origem, todos construídos sobre uma base jurídica: (i) os espontâneos, formados, pouco a pouco, conforme a respectiva estrutura jurídica e econômica evolui historicamente; (ii) aqueles que, uma vez existentes e em funcionamento, são objeto de normas interventivas do Estado para corrigir suas falhas ou para direcioná-los de forma construtiva ou, o que é muito ruim, de maneira ideológica e/ou voluntarista; e (iii) mercados criados artificialmente a partir de suporte jurídico econômico/ideológico, com o fim de atingir objetivos buscados pelo Estado.

Os primeiros são aqueles estudados pelos historiadores da economia e do direito, notando-se entre os primeiros, por exemplo, a introdução da famosa *mão invisível* de Adan Smith.

---

[29] Ob. cit., pp. 22 e 23.

Os segundos, nós os vemos todos os dias, nos bons e nos maus exemplos. As raízes dos maiores problemas sociais e econômicos enfrentados por diversos países da América Latina, v.g., está precisamente na tentativa da criação de mercados artificiais por meio de um suporte legal distorcido em relação aos princípios econômicos, opção que geralmente parece acertada no começo, mas que se auto destrói ao longo do seu desenvolvimento. Afinal de contas o dinheiro é um bem escasso, jamais encontrado em árvores, tal como foram as promessas mentirosas que no século retrasado eram impingidas a imigrantes humildes, arregimentados por *coyotes* na Europa. Esta é precisamente uma das causas mais importantes dos males pelos quais o Brasil passa atualmente.

Os terceiros mercados se colocam dentro de projetos desenvolvimentistas, como aconteceu com a criação da SUDAM, SUDENE, SUDEPE, etc. No primeiro dos modelos acima o objetivo era integrar o extremo norte do Brasil ao resto do País, tornando aquela região parte do sistema de produção e consumo nacional. Para que objetivo em tela possa ser alcançado em alguma medida, o segredo de tal tipo de iniciativa está em que ela deve ser necessariamente temporária, pois se a autonomia econômica não é alcançada em um tempo *ótimo*, o projeto se converte em mais uma ferida que sangra a economia nacional, fazendo-a funcionar artificialmente.

Nos Estados Unidos, cujo pensamento econômico é fundamentalmente o da livre iniciativa (com os todos os riscos de ganho ou de perda e ela inerentes), aos pioneiros era dada a oportunidade de ocupar uma nova fronteira para a criação de gado e para a agricultura e, dali para a frente, que se virassem. Nunca houve *bolsa fazenda* e o dinheiro emprestado junto aos bancos tinha que ser pago no prazo ou a hipoteca era invariavelmente executada. Podemos pensar que o mecanismo é cruel e desumano, mas, convenhamos, que economia está melhor, a nossa ou a deles? Como consequência eles desfrutam de um bem-estar e de um nível de vida infinitamente acima da eterna miséria brasileira, com a exceção de ilhas econômicas desenvolvidas, aqui chamadas apropriadamente de *"califórnias"*, existentes *apesar do governo*.

Quando o saudoso Código Comercial de 1850 conceituou o comerciante como aquele que praticava a mercancia de forma profissional e habitual (art. 4º), em seguida, nos diversos institutos ali disciplinados, foi dada por aquele documento, de forma sábia, toda a base jurídica que orientaria a atividade a ser exercida em mercados. Não se pode, portanto, dizer que caminhamos da mercancia para o mercado – pois os termos são em grande parte sinônimos -, mas que todos os destinatários estavam seguros dos seus direitos e obrigações no campo da atividade mercantil que pretendessem exercer ou que nela de alguma forma viessem a atuar.

Tal como as histórias infantis, esta aqui também deve ter um fundo moral. Ou o Brasil aprende esta lição sobre a precedência das práticas negociais modeladas pelo direito ou o mercado não será eficiente. É preciso que o suporte jurídico seja compatível com a ciência econômica, ou continuaremos patinando entre o terceiro mundo e o primeiro, na eterna condição de *emergente~~s~~*

Reforce-se bem o que foi dito acima. Como o direito é a base para a estruturação do mercado, não pode ele contradizer, por sua vez, o que a ciência econômica construiu ao longo de séculos. Não adianta baixar lei determinando a revogação da lei da gravidade porque isto viola a física e jamais acontecerá. Afinal de contas, se erros foram cometidos não é possível dar *pedaladas fiscais* para trás, mas tão somente seguir em frente na direção do buraco.

ATIVIDADE EMPRESARIAL EM PANE, DIREITO COMERCIAL EM PARAFUSO

- 24 de março de 2016 -

Pelo que eu me lembre, nunca dantes na minha vida, que já bateu na trave das sete décadas, o Brasil passou por uma crise econômica e política de tão grande magnitude, que tenha sido criada pelo próprio governo, no caso atual ao longo de três mandatos e pico. Perto do que acontece nos dias presentes, todo o barulho que se fez quando o Jânio renunciou em uma manobra desastrada foi um pequeno traque de festa junina. No mesmo patamar podemos contar a deposição de Jango, seguida do Movimento de 1964 (o nome certo depende da interpretação que cada um dá quanto àqueles acontecimentos: golpe, ditadura, revolução, libertação, e por aí vai). De um lado se dizia que os cubanos e russos já estavam desembarcando nos portos brasileiros e do outro que ninguém derrubava a *Liga das Senhoras Católicas*. O famoso AI-5 deu nascimento a um movimento contrário aos militares, nada que possa se comparar à guerra que se trava hoje na bandidagem das grandes metrópoles e se espraia para as pequenas aldeias, que passaram a conhecer de perto o uso não legal da dinamite. O episódio da queda do Collor foi uma festa para os jovens de cara pintada, não tendo ele conseguido manter qualquer apoio significativo. Foi, mas voltou, amigo do antigo inimigo, que tem muitos amigos.

Mas agora a nau está completamente desgovernada, com pessoas *estando ministros* dia sim e *não estando* dia não. Com o dólar e a Bolsa subindo e descendo com velocidade supersônica em uma gangorra elétrica que não para nem de madrugada. Com propostas de impostos indecorosos e o desvio de finalidade de outros. Com uma multidão verde e amarela nas ruas que não pode ver a cara de políticos. Com outra multidão menor de vermelho cuja chegada em São Paulo, por exemplo, lotou o estacionamento do Estádio do Pacaembu de ônibus fretados. Com os jornais da televisão à noite mais eletrizantes e mais assistidos do que qualquer novela. Com desempregados em crescimento tão progressivo que já atingiu os piores recordes da economia pátria e quando se vê uma luz no fim do poço é um buraco negro esperando lá em baixo. Com a classe pobre que havia chegado a ser classe média (uma verdade meramente retórica, no fundo), cantando agora para a miséria "*aqui estou de regresso*".

O quadro verdadeiro é muito pior, agravado pelo ataque conjunto de três gravíssimas doenças transmitidas por um mosquito cujo nome significa "*odioso Egito*". Odioso ele é, um vetor insidioso importado de outras plagas e que encontra no lixo das nossas cidades um dos criadouros mais propícios de todo este planeta.

E o empresário, o que faz? Depende. A maior parte entrou em pane e está caindo com suas naves vertiginosa e verticalmente com o bico voltado para baixo. Estes são a maioria. Alguns, de outra parte, têm a sorte de encontrar-se na linha de produção de bens que são muito procurados em situações de crise. É só pensar nos laboratórios farmacêuticos que produzem remédios para dor-de-cabeça, depressão, ansiedade, gastrite, crise do pânico, pressão alta, beta bloqueadores, uma lista infindável. Outros estão vendendo para o mercado externo aquilo que aqui não tem procura, mas lá fora anda em alta.

Mas o resultado final é desastroso. O PIB despenca e milhares de brasileiros estão indo embora do Brasil na tentativa de encontrar melhor sorte. Tudo representa um completo desmonte que, uma vez resolvida a sua causa – esperemos com fé e que não demore – necessitará de anos para simplesmente voltar ao ponto em que se encontrava há quinze anos. O dinheiro do pré-sal foi um pesadelo de uma noite de verão.

No Direito Empresarial a situação é a mesma, *mutatis mutandis*. Algumas áreas de atuação jurídica estão quase completamente paralisadas porque não há clientela interessada, por exemplo, em investir e, portanto, no planejamento e na celebração de contratos. Os dois grandes gigantes da nossa economia, a construção civil e a indústria automobilística, passaram a andar de marcha-a-ré e toda a atividade jurídica simples ou complexa que as envolvem está guardada no *freezer* para não estragar.

Está dando risada quem trabalha com falência e recuperação de empresas e com a criminalidade do colarinho branco. O contencioso de cobrança é um jogo, pois no mais das vezes o devedor não tem recursos ou bens para dar em pagamento e as garantias igualmente se esvaziaram. As arbitragens vão de vento em popa no seu crescimento, mas muitas delas são interrompidas precocemente porque uma das partes quebrou e a outra, em certos casos, usa da oportunidade para deixar o processo morrer. Um fator positivo é que acordos estão se multiplicando, já que, no frigir dos ovos, é melhor uma solução ruim do que a melhor das brigas.

A inadimplência dos devedores bancários está aumentando progressivamente, encontrando-se aquelas instituições na condição de necessitarem aumentar as suas provisões, enquanto o Banco Central fica de olho nas operações interbancárias e em suas contas de Reservas Bancárias. Os seus departamentos jurídicos de cobrança andam muito mais *amigos*, ultimamente. Daí o crédito escasseia cada vez mais e os juros batem na lua. E não adianta ao Governo tentar mudar o quadro com promessas, pois a Casa da Moeda pode imprimir cédulas representativas de dinheiro, mas ela verdadeiramente não o cria.

Em todo este cenário, até mesmo divórcios são adiados porque o peso do processo e da divisão dos bens representará um custo insuportável. É uma estranha forma de preservação de casamentos.

No plano jurídico, muitos grandes escritórios necessitam equilibrar os resultados positivos das áreas boas com os negativos das áreas ruins, de maneira a conseguirem sobreviver a este temporal, tarefa inalcançável se a tormenta não tiver um fim dentro de um prazo razoável. Os pequenos escritórios e os poucos advogados que atuam como profissionais liberais independentes são os que mais sentem o peso da crise e, se não tiverem reservas, mesmo enxugando o que poderem do seu estabelecimento, não terão vida média pela frente, muito menos longa.

Assim, o Direito Comercial está em parafuso e não consegue ser útil para ajudar a prender a bucha na parede da economia, ficando a girar em falso num ciclo vicioso.

O pior de tudo é que o exame dos cenários possíveis é desolador. Mesmo caindo o atual governo (e muitos dizem que o rigor cadavérico já se declarou), não se vê como qualquer dos possíveis sucessores possa aglutinar junto a si forças políticas estáveis e positivamente voltadas para as mudanças imprescindíveis. Para piorar o quadro, estamos em ano de eleições para as prefeituras e a Grande Eleição já foi deflagrada. E isto, na história do Brasil, significa indubitavelmente divisão e não soma. Na verdade, trata-se do jogo do "*rouba cartas*".

Os analistas otimistas dizem que haverá grande redução da atividade econômica e miséria em grande escala até que enfim cheguem dias melhores, muito distantes. Os pessimistas dizem que a miséria não dará para todo o mundo.

Se não for possível conseguir a construção de uma ponte, de um lado, entre os milhões de brasileiros que passaram a odiar a política e os políticos; e, do outro, alguns destes que se

salvem do naufrágio da negação geral e possam alcançar certo grau de confiabilidade, é certo que o melhor é cada um pegar logo a sua parte de miséria e se mudar para longe.

A CRISE, A CRISE, A CRISE E AS SOLUÇÕES DO DIREITO COMERCIAL

- 28.01.2016 -

Para os efeitos deste comentário há outro plano de análise além do resultado das querelas políticas em andamento. Significa dizer que papel (se existe algum) o Direito Comercial poderá exercer se e quando essa tripla crise puder ser superada de alguma forma.

Por que indicar três crises e não falar delas simplesmente no plural? Ora, para reforçar uma ideia no sentido de que são basicamente três, individuais entre si, mas que produzem efeitos conjuntos e em cascata.

A primeira crise é a **moral**. Pode-se arriscar a afirmação de que, não preocupados com outras plagas, ela é endêmica no Brasil. Ter consciência pesada entre nós somente se for o resultado do uso de um chapéu mais encorpado. Dorme-se tranquilamente depois de se ter praticado o maior dos crimes, qualquer que seja a sua natureza. E se o crime aparece, o autor é sempre o outro. Nesse sentido, o sucesso do instituto da delação premiada somente se deu porque é o último recurso do criminoso apanhado na rede da Justiça. Em termos práticos, se a pena virá mesmo, melhor reduzi-la indicando um peixe maior.

Desse ponto de vista somos um povo com grande inclinação **imoral** ou **amoral**. No primeiro caso o agente está consciente da desonestidade dos seus atos e os pratica nessa condição, assumindo os riscos correspondentes. Muitas vezes a imoralidade é apresentada como uma simples transgressão contestadora à ordem vigente e, assim, socialmente aceita. Uma verdadeira *instituição*. Afinal de contas, é preciso que a sociedade evolua.

Amoral é aquele que não tem qualquer senso de ética, de pudor, de bons costumes, de respeito ao próximo. O mundo para o amoral é heliocêntrico, sendo ele o eixo em volta do qual evoluem todas as coisas e todos os outros, que existem para o exercício do seu interesse exclusivo e pessoal. Está acima do bem e do mal. A lei o serve, não reconhecendo ele o seu primado. Não precisamos ir muito longe para percebermos a existência de uma plêiade de amorais em nosso meio, infelizmente.

A outra crise, decorrente da primeira é a **política**. Moralmente ou amoralmente corrupta, e não somente em relação aos "*trezentos picaretas do Congresso*", mas extensiva a todos os legisladores, segundo avaliação dos brasileiros em geral. Entre as instituições do País a classe política é aquela que mereceu as piores notas nos rankings das instituições pátrias. E o eleitor nesse contexto não pode reclamar porque, no fundo, é cúmplice, dado que ele exerce o seu direito de voto quase que invariavelmente segundo o critério do "*quem promete mais*" (prometer, porque dar mesmo que é bom, depois se transforma invariavelmente em uma promessa não cumprida sobre a qual não há direito de reclamar). O eleitor está sempre à procura de *um Salvador da Pátria*, encarnado em um candidato, depositando (melhor, digitando) o seu voto nos termos da conhecida *Lei de Gérson* ("*O negócio é levar vantagem em tudo!*").

Haverá solução? Diz-se que a democracia é o *menos ruim* entre todos os regimes de governo. Que seja! Mas entre nós ela poderia ser um pouco *menos ruim* ainda, desde que adotássemos, segundo penso, um verdadeiro parlamentarismo e o voto distrital misto, a partir de uma representatividade efetiva, de forma a regular melhor o sistema de freios e contrapesos constitucionais que anda meio à deriva.

Isto porque, entre outros motivos, a representatividade do eleitor foi fraudada pelo Governo Geisel, quando a regra foi mudada para o favorecimento da Arena em eleições, naquela época o partido governamental, quando se deu maior poder de voto aos Estados do Norte/Nordeste que, assim, passaram a eleger proporcionalmente mais deputados federais do que o resto do País. Essa regra se eternizou. Um retorno ao modelo original com a aplicação de certo índice de correção na proporcionalidade faria com que a representação dos eleitores naquela Casa se tornasse um retrato adequado de seu poder.

Sob esse aspecto há uma grande confusão. Os deputados federais representam diretamente os eleitores, segundo o número daqueles, independentemente (em termos) de qual seja o seu domicílio eleitoral. Já os Estados da Federação são representados pelos senadores. Por isto não se pode dizer que haja desequilíbrio na representação eleitoral quando os estados mais populosos têm naturalmente o direito a um número maior de deputados federais.

A terceira crise é a **econômica**. *Nunca dantes* no Brasil se viu tamanho estrago em tão curto espaço de tempo. Aqui se juntou a *fome com a vontade de comer*. De um lado a inflação cada vez mais crescente, ladeada por uma tributação lancinante, que opera como as chibatadas nas costas de um condenado: a nova chibatada aumenta a dor das anteriores. Do outro os empresários, quase tetraplégicos na sua atividade de produzir e fazer circular a riqueza. No meio os trabalhadores, perdendo os seus empregos ou, no mínimo, aceitando a redução da jornada com a consequente perda de parte do seu salário. Essa situação é o pior dos mundos, chamada de *estagflação*, cuja solução depende praticamente de um milagre a partir do funcionamento das instituições (que ainda não foram contaminadas) para fazer-se um freio de arrumação e se dar um choque nas causas do triunvirato devastador. Mas como o eleitor é impaciente, tais medidas costumam ser abortadas pela futura mudança do governo na primeira eleição que se segue, desde que os candidatos, como sempre, prometam benesses imediatas sem que venham a cumpri-las depois de eleitos. Sob esse ponto de vista eleitor parece ter menos do que a capacidade de memória do que aqueles primeiros disquetes de papelão dos antigos (bem antigos) computadores.

O observador percebe que, ao menos, estão atuando adequadamente no exercício das suas funções a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Justiça Federal (que têm até heróis com nome e rosto). Desconfia-se sensivelmente do STF, em vista das circunstâncias que, constitucionalmente, cercam a indicação do seu corpo de ministros, suscetível a uma escolha que se avalia como política, tanto do lado da Presidência da República, quanto do exame dos *candidatos* feito pelo Senado. Infelizmente tal modelo político de escolha se estendeu ao STJ e ao TST, indício que se caracteriza pela longa demora no preenchimento de cargos vagos pela aposentadoria dos antigos titulares.

Nesse cenário complexo foram deflagrados pedidos de impedimento da Presidente da República, ao lado da busca do afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados. Há outros pedidos em andamento, nem tanto na berlinda, é fato conhecido. Como se sabe, os problemas na área política são muito mais abrangentes e não é possível imaginar quem ainda será apanhado (ou quem não será) na rede das denúncias a cargo do Ministério Público Federal. Cada

dia traz uma surpresa nova, mais trepidante do que a sequência de cenas de filmes do tipo "*Missão Impossível*".

Para os efeitos deste comentário há outro plano de análise além do resultado das querelas políticas em andamento. Significa dizer que papel (se existe algum) o Direito Comercial poderá exercer se e quando essa tripla crise puder ser superada de alguma forma, de maneira a que voltem a soprar ventos favoráveis à economia, com a retomada institucional dos negócios. A alternativa é o caos. E o caos poderá ser pintado de *verde* ou de *vermelho*. Em um confronto muito improvável, penso que o verde será uma cor predominante em relação ao *vermelho*. E isto nenhum brasileiro em sã consciência deseja. Voltaríamos cinquenta anos no tempo.

Suponhamos, portanto, um recomeço, segundo o modelo de uma *Fênix econômica*, renascendo de suas próprias cinzas. Destroçadas pela recessão muitas das empresas que ainda tenham sobrevivido, mas em agonia, necessitarão de reforço no seu *arsenal de guerra*, representado por ativos novos, em dinheiro, em bens e em serviços. Do ponto de vista do Direito Comercial haverá um forte apelo aos institutos da concentração empresarial (fusão, incorporação, aquisição de ativos, aquisição do controle societário), com um papel relevante dos microssistemas de direito societário e concorrencial. Será preciso verificar se a legislação existente contra o abuso de poder econômico e os órgãos que nela atuam terão flexibilidade suficiente para agasalhar soluções atípicas em meio a uma crise gigantesca, em favor de um exame menos rigoroso da concentração e dos seus efeitos econômicos e jurídicos. Ainda que sejam soluções momentâneas, esse período de tempo deverá ter a duração necessária para a consolidação das empresas que tiverem participado de processos dessa natureza.

Nossos tipos societários estarão à altura das necessidades vindouras, capazes de a elas se adaptarem? Não, pelo menos no que diz respeito à sociedade limitada, que foi profundamente violentada pelo Código Civil de 2002, o qual estraçalhou a sua índole contratual para colocar no lugar um *frankenstein* misto de sociedade empresária e não empresária.

Pode acontecer também maior grau de concentração bancária como forma de defesa contra a inadimplência de uma quantidade extremamente sensível de tomadores de crédito. Nesse momento o colchão do capital social mais fortalecido será uma defesa mais eficiente para que seja afastado o risco de uma quebra individual, capaz de gerar risco sistêmico. Estarão o CADE e o BCB à altura para enxergarem a medida *ótima* do tamanho de um banco para que possa enfrentar um cenário tão negativo? Esse é um papel a ser exercido no âmbito do Direito Bancário. E veja-se que a quebra de um banco vem do nada, como sabem agora os credores do Banco BTG Pactual. Se ali havia problemas, eles estavam perfeitamente escondidos.

Além do que, será que não se reconhecerá essencial a proteção da indústria nacional contra a invasão de empresários estrangeiros, favorecida pela taxa de câmbio e pela recessão interna, que já determinaram uma relevante queda dos preços dos ativos brasileiros? Se e em que medida poderá ser deixado de lado o critério da eficiência em favor da concessão de mínimas condições para o fortalecimento das empresas nacionais? E em que setores? Será isto válido? Direito Concorrencial, será a sua vez de entrar em xeque.

Ao instituto da recuperação judicial (e, eventualmente extrajudicial) poderá ser reservado importante papel no renascimento de empresas, a partir de uma real perspectiva de sucesso do plano correspondente, que não poderá ser julgado pelo critério do preenchimento da função social da empresa, em detrimento daqueles guardados na lei. O segredo, mais uma vez, será o das fontes de dinheiro novo a custo suportável, o que geralmente representa uma contradição no funcionamento das empresas em recuperação, pois geralmente os juros das

operações de *funding* em tais circunstâncias são mais caros do que aqueles presentes nas empresas saudáveis, tendo em vista uma estatística relevantemente desfavorável do sucesso dos planos aprovados. Por outro lado, chamado *cram down* não poderá ser uma medida empurrada goela abaixo dos credores que negaram a aprovação do plano para que possa ser atendida alegada *função social da empresa* ou a necessidade de preservação de empregos. Estas afrontas ao sistema legal têm tão somente retardado um processo inevitável de falência.

O instituto do contrato será utilizado como ferramenta para a regulação de interesses de partes voltadas para a realização de novos negócios, nos mais variados campos e segundo as suas modalidades nominadas e inominadas. Infelizmente o contrato tem passado por crises de identidade externas e internas. Externamente quando subordinado expressamente aos princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social que, quando inadequadamente aplicados, geram distorções causadoras de ineficiência e de frustração dos objetivos pretendidos, além de ser uma porta aberta ao oportunismo.

Do ponto de vista interno, o contrato tem sido atacado pela adoção de uma tutela que busca definir previamente todas as implicações passíveis de ocorrência durante o período de sua execução, acrescidas de um tratamento extenso dos direitos e das obrigações correspondentes. O modelo usual é o da assinatura de um *memorando de entendimentos*, que pode ou não ter a natureza jurídica de um pré-contrato. Vencidas as condições estabelecidas segue-se a assinatura do contrato principal, que se organiza em um preâmbulo (no qual são estipulados os objetivos pretendidos). Este é seguido de uma enorme série de definições (voltadas para a tentativa de dar clareza quanto ao entendimento das normas adotadas), finalizando com o corpo de direitos e obrigações propriamente ditos (também reguladas segundo o caudal um verdadeiro *Amazonas* de regras de se seguem umas às outras).

O resultado do modelo acima citado é o do sensível aumento dos custos de transação, quase sempre ineficaz porque nem o melhor corpo de advogados regiamente pago será capaz de cercar com qualidade todos os problemas que poderão surgir no futuro. Esquece-se que contratos de duração continuada sempre apresentam a natureza de *incompletos*. Não é raro também que cláusulas do preâmbulo, das definições e da parte principal do contrato briguem umas com as outras, levando à necessidade de sua interpretação e integração dentro de um trabalho exercido a cargo do julgador.

E, por falar em julgador, em boa parte dos contratos de valor mais significativo e de maior complexidade, tem sido adotada a solução por arbitragem, considerada mais apta do que o Judiciário para casos dessa natureza. Em obras muito complexas tem sido utilizado o *dispute board*, instituto prévio a uma demanda entre as partes, formado por profissionais experientes na área do contrato em andamento. Estes atuam durante todo o tempo de sua execução, procurando chegar a soluções rápidas, que permitam a continuidade da construção de uma obra civil de grande porte (por exemplo), cuja paralisação para a busca de uma sentença causaria danos irreparáveis.

Como se verifica, de maneira geral o Direito Comercial estará apto a absorver e a regular satisfatoriamente os abalos causados pela atual crise, a partir do momento em que os negócios possam vir a ser retomados com regularidade, dentro de um universo previsível, no qual os direitos e obrigações possam ser assumidos pelos agentes econômicos, certos que poderão atingir os objetivos pretendidos.

Será necessário, claro, a existência de um mercado consumidor, mas que consuma de forma responsável, evitando o super endividamento. E neste passo o Governo não tem ajudado

em nada, oferecendo *presentes de gregos* a compradores compulsivos, como aconteceu com o uso do cartão de crédito para os empréstimos consignados e – o que se fala agora - na abertura para os recursos do Fundo de Garantia. Ao fim e ao cabo, a perda de equilíbrio nessas fontes levará o consumidor a perder o que possuía e o que ainda viria a possuir quando de sua aposentadoria.

Antes disto, não adianta fazer qualquer apelo ao *instinto animal* dos empresários porque quando o inimigo está por perto, naquele reino cada um procura a sua toca ou árvore onde abrigar-se.

OS FILMES AMERICANOS E O DIREITO EMPRESARIAL

- O cinema também tem alguma coisa a nos ensinar no Direito Empresarial -

- 2 de setembro de 2014 -

A filmografia norte-americana reflete aspectos daquela sociedade, tal como acontece em qualquer outro lugar onde se faça cinema. Ainda que em muitos casos os roteiros dos filmes rodados nos USA possam ser tomados como retratos caricatos do modelo de vida e de cultura ali desenvolvido, a intensa redundância de certos temas e de aspectos repetitivos da personalidade dos personagens, leva o observador a crer que eles (roteiros) são verdadeiros espelhos da realidade, podendo servir, com alguma criatividade, de base para que se possam tirar diversas conclusões, inclusive no plano jurídico e especificamente na área do direito empresarial.

No sentido acima, percebe-se que a filmografia americana apresenta como características quase sempre presentes a figura do perdedor (*looser*), contraposta à do vencedor (*winner*), este um modelo doentiamente buscado pelos personagens. Quem não viu mais de uma vez o desencanto completo do pai que tem um filho ruim nos esportes e que procura resgatá-lo de todas as maneiras possíveis da sua mediocridade no uso da bola?

É sintomático verificar que maiores do que o insulto ao comportamento moral da genitora de alguém são os insultos relacionados à pessoa do *looser*, chamado impiedosamente de *yellow* ou de *chicken*. Daí a busca da superação pessoal, de forma autônoma (talvez mais rara) ou por meio da intervenção de um guru (o Sr. Morita em Karatê Kid), que leva o *looser* a renascer de suas próprias cinzas, transformando-se no final do filme em *winner*.

Ultimamente os filmes americanos de aventuras têm se orientado para outra linha dedicada aos *loosers*, estes representados por um grupo de pessoas que envelheceram e, portanto, ficaram fora do seu a*ntigo mercado (caso da série RED – retired and danger); ou por párias sociais que se redimem (Os Guardiões da Galáxia*). *Loosers* no inicio do filme, todos se transformam em *winners* ao final, agora redimidos e prontos para novas peripécias. Quanto a este último filme existe até um vivente que era um *looser* vegetal semiglota, estigmatizado na sua sociedade, que se erige em *winner*, tendo se tornado no salvador dos demais companheiros, mercê do seu sacrifício de morte, da qual é ressuscitado por um dos companheiros. Conhecidos clichês, aliás, abundam nos filmes americanos.

Loosers são também as pessoas que se contentam com uma vida de segunda classe, caracterizada nos faroestes americanos pelo pequeno comerciante ou agricultor, costumeira vítima de bandidos celerados; ou pelos mexicanos humildes que sempre apanham dos malvados e precisam de salvação vinda de fora (*The Magnificent Seven*, com Yul Brinner no papel principal, diretamente inspirado nos Sete Samurais de Kurosawa).

No contraponto são mostrados personagens vencedores na parte inicial da historia, que conquistam todas as garotas, até o momento em que elas percebem que tamanho não é documento (conforme *De Volta para o Futuro*). Aqueles brutamontes exibem comportamentos violentos, utilizando-se de todos os meios desleais que a criatividade do roteirista possa dar à luz, invariavelmente apresentados aos espectadores de forma negativa. Os malvados são figurados como jovens muito sarados, altos e fortes, mas também invariavelmente burros. A prática do *bullying* contra suas vítimas é uma das formas mais presentes no desempenho dos tais vencedores. Mas no final o bem vence contra o mal e os antigos vencedores se transformam em vencidos. *The end*!

Toda essa filosofia filmográfica não deixa de aparecer também nos desenhos, dos quais os exemplos são inúmeros e um dos mais recentes corresponde à *Universidade Monstros*, no qual o baixinho verde de um olho só procura mostrar que é melhor do que todos os outros alunos, inclusive do que o seu enorme companheiro azul, como convém, grandão, vaidoso e meio burro.

Bem, o que isto tem a ver com o direito empresarial?

No comércio o empresário sempre precisa ser um vencedor. Não há espaço para *loosers*. A luta pelo mercado, ou melhor, em cada um dos inúmeros mercados que existem, não contempla perdedores. Ao menos não deveria fazê-lo, pois o perdedor ineficiente representa um elo negativo na cadeia, produzindo caro em sem qualidade. Entretanto, tal como nos filmes, na vida empresarial se costuma dar uma segunda chance ao perdedor, para que se levante e volte a produzir, foco já relativamente presente na antiga concordata, e agora rejuvenescido no instituto da recuperação judicial. Neste caso, no entanto, não se trataria de um perdedor como tal vocacionado, mas de alguém que, por motivos estranhos à sua vontade, perdeu uma batalha importante e precisa de ajuda para sobreviver. Este era precisamente o caso da concordata voltada no seu tempo, como se dizia, para o empresário honesto e de boa fé, mas infeliz nos seus negócios. Tal como alguns roteiros que transformados em filmes se revelam um desastre, a ideia original da concordata veio a ser inteiramente deturpada na realidade brasileira.

Do que foi dito acima é possível concluir que o novo instituto da recuperação judicial não pode conviver com a desonestidade e a fraude e nem com a incompetência congênita do empresário perdedor. Sabe-se que critérios paternalistas adotados pelo Judiciário têm levado à concessão da recuperação judicial para empresas desde logo reveladas inviáveis, o que somente contribui ao longo do tempo para o aumento dos custos de transação no mercado e para o consequente aumento das perdas dos seus participantes.

Deve-se atentar na recuperação judicial para a situação daquele *looser* que atravessou o ponto de não retorno: não adianta lhe dar mais combustível, pois sua empresa jamais chegará a um porto seguro.

O caráter da filmografia americana também pode ser aproveitado no que diz respeito ao direito concorrencial, com uma aplicação um pouco diversa. Enquanto nos filmes o bullying é inteiramente reprovado, no mercado ele deve ser até mesmo incentivado em certa medida,

desde que o empresário que o utiliza não haja de má fé ou com deslealdade. Dessa forma, por exemplo, é aceitável certo nível de publicidade comparativa, por meio da qual o empresário procura mostrar que o seu produto é melhor e/ou mais barato do que o do concorrente, cerceada a sua atuação no limite do denegrimento. No direito brasileiro, no entanto, os Guardiões do Mercado têm exagerado na proteção do consumidor e do concorrente considerado mais fraco, por meio da aplicação de princípios no fundo ligados à ideia do politicamente correto, que nem sempre é juridicamente correto.

Trata-se, mais uma vez, do Estado paternalista, que considera o consumidor e o concorrente hipossuficiente como eternos incapazes relativos (quem sabe não absolutos?). A liberdade de atuação no mercado está ficando cada vez mais restrita, de forma a que os *loosers* não precisam se preocupar com os *winners*, pois a estes eles serão legalmente igualados por meio de mecanismos jurídica e economicamente artificiais. É este o campo propício da difusão distorcida do princípio da função social, seja da propriedade, da empresa ou do contrato.

No sentido acima o direito empresarial faria o papel permanente do *cawboy* salvador que é contratado como xerife para limpar a cidade dos bandidos, pois os moradores são covardes demais para fazê-lo por si sós (*Onde Começa o Inferno*, com John Wayne e Dean Martin. Este é um perdedor bêbado, muito significativamente apelidado de *Dude*, resgatado pelo seu amigo, o xerife Chance). Perdoem-me o trocadilho, mas Dude, magistralmente representado em um raro papel dramático por Dean Martin, recebe de John Wayne uma nova Chance.

Existem, ainda, muitos filmes nos quais os bandidos se reúnem em quadrilha para aumentar o seu poder e tornar fácil a vitória sobre os mais fracos, caracterizada sua expressão por uma divisão do mercado. É o que se dá em muitas películas sobre a máfia, formando-se uma união instável, frequentemente quebrada pela traição (*Era Uma Vez na América*, com Robert De Niro). Seria ela uma situação de cartel, penalizada no campo do direito concorrencial, considerando-se que em cada uma das regiões cartelizadas se estabelece um monopólio que permite ao seu dono praticar os preços que bem entender e vender gato por lebre, sem que a clientela possa reclamar.

Como se verifica, o cinema além das diversas finalidades que possa exercer, entre as quais a de puro divertimento, também tem alguma coisa a nos ensinar em outros campos, até mesmo no do direito empresarial. Por enquanto ficamos por aqui, mas a série poderá continuar.

OS *TERRAPLANISTAS* DO DIREITO MERCANTIL

OU

O DIREITO COMERCIAL *VERSUS* AS INVENCIONICES CRIATIVAS

(Com Rachel Sztajn)

(04.04.19)

As ideias não existem sem um sujeito. Ao combater ideias discordamos dos sujeitos que as engendraram ou as veiculam com a sua aceitação. É o que faremos aqui, como todo o respeito.

Os puristas do Direito Comercial, mortos e vivos, já há bastante tempo sofrem profundamente com diversas invencionices que têm aflorado de uma doutrina menos avisada e de um Judiciário que afasta os princípios desse importante ramo do direito, e portadores de uma síndrome protecionista inteiramente descabida. São eles os *terraplanistas* desse do Direito Mercantil, profundamente esvaziado nos seus princípios, do que decorrerá – ora veja! – um efeito bumerangue contra os indevidamente favorecidos, que alcançará toda uma categoria em prejuízo de uma importante atividade.

Os *terraplanistas,* como se sabe, formam uma seita que nega verdades cientificamente assentadas há séculos e demonstradas por uma infinidade de provas insofismáveis para as pessoas normais. Talvez o mais grave seja ignorarem a função promocional do Direito, explicada por Norberto Bobbio. Mas, afinal, filosofia do Direito para que?

Entre as suas *pérolas* está a afirmação de que a terra não é redonda, mas plana. Tanto assim acreditam que, ouvi dizer, estariam organizando um cruzeiro que levaria passageiros para comprovarem essa verdade *in loco,* quando chegarem à borda do nosso planeta. Claro, o navio não cairá no abismo porque algum efeito qualquer (talvez um muro protetor, quiçá o do Trump) impedirá tal catástrofe e a embarcação voltará incólume para o seu porto de origem.

Ora, *terraplanistas* do Direito Mercantil têm surgido em profusão e muitos deles têm embarcado no cruzeiro do agronegócio, cujo navio abarcaria em seu bojo qualquer tipo de passageiro, todos dotados dos devidos direitos, sem qualquer tipo de distinção. E no campo da recuperação judicial, qualquer deles poderia pular de uma classe para a outra pela simples manifestação da sua vontade, indo da Classe E para a Classe A, sem o pagamento de qualquer custo adicional, em que a diferença da mudança seria suportada inteiramente pelo financiador da expedição. Ou seja, optar por ser empresário regular ou atuar irregularmente no plano empresarial não teria consequências.

Essa tese *terraplanista* procura justificar o favorecimento dos que atuam no agronegócio sem a condição formal de empresário rural, fruto da autonomia privada, no momento em que o navio ameaça soçobrar pela vinda de uma recuperação judicial, chegando-lhes a água pelos joelhos. Daí eles se jogam no barco salva-vidas, que havia sido previsto tão somente para os passageiros empresários, como previsto na legislação especial. E passageiros civis somente não eram empresários (comerciantes) ou equiparados porque simplesmente assim não o desejaram no passado e suas razões não se revelariam meramente decorrentes de algum tipo de esquecimento ou de ignorância, mas puramente como o resultado de um jogo de cartas marcadas: no primeiro momento eles se valiam de uma posição jurídica privilegiada (do ponto de vista de menores exigências formais e de um favorecimento tributário enquanto civis – das quais resultava um custo menor no exercício da atividade para depois *mudarem de time,* no meio do jogo, passando de repente para o time dos que exerceram a opção de não se qualificarem como empresários, para, subitamente, adotarem essa qualificação. Curiosa essa mudança de "valores".

E nesse momento eles poderiam dizer, como já o fez alguém no passado: *"É a Economia, estúpido!.*

Tendo os passageiros civis do agronegócio sido de plano recusados na mudança de classe para fins de aplicação das regras de Lei 11.101/05, passaram a procurar o Judiciário para o reconhecimento da pretensa igualdade quando a insolvência ou insolvabilidade se

manifestavam, optando pelo requerimento de uma recuperação judicial. Para isto, de repente se tornava importante ~~se~~ vestirem a "roupagem" dos empresários ou se equipararem a eles, sem terem se sujeitado às mesmas obrigações e consequentes responsabilidades anteriormente. Que se vire o financiador da expedição, um banco ou um fornecedor de insumos malvados, que deveriam assumir o ônus dos riscos que não haviam considerado.

Uma das últimas decisões favoráveis a esses devedores *terraplanistas* foi noticiada pelo jornal Valor Econômico de 29.03.2019, em comentário concordante de Manoel Justino Bezerra Filho.

O *terraplanista* de plantão, nesse caso, é o Ministro do STJ Marco Aurélio Bellizze (no Pedido de Tutela Provisória nº 1.920-MT), cujos argumentos são relacionados e refutados um a um. Tarefa ingrata, pois quando se trata de um integrante dessa fé, toda e qualquer prova em contrário dos seus argumentos não é aceita por pura questão de crença e não de lógica. Vejamos.

> **Primeiro argumento***: houve uma certa confusão com a lei anterior, o Decreto-Lei nº 7.661/1945, que exigia, em seu artigo 158, a prova de "exercer regularmente o comércio há mais de dois anos", enquanto a lei atual exige "exercer regularmente suas atividades". O produtor rural não inscrito na Junta, por óbvio, exerce regularmente suas atividades e pode pedir recuperação com inscrição inferior a dois anos.*

Nossas observações: não há qualquer confusão, uma vez que a Lei atual, nº 11.101/2005, está voltada exclusivamente para o empresário e para a sociedade empresária, nos termos dos dispositivos abaixo:

> *Art. 1º. Esta Lei disciplina a **recuperação judicial**, a recuperação extrajudicial e a falência do **empresário** e da **sociedade empresária**, doravante referidos simplesmente como devedor.*

E no Código Civil:

> *Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se **empresária a sociedade** que tem por **objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro** (art. 967); e, simples, as demais.*
>
> *Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.*

Por sua vez, o mesmo Código Civil em seus arts. 966, 967 e 971 estabelece que:

> *Art. 966. Considera-se **empresário** quem exerce **profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços**.*
>
> *Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

> *Art. 967. É **obrigatória a inscrição** do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede **ANTES do início de sua atividade.***
>
> *Art. 971. O **empresário**, cuja **atividade rural** constitua sua **principal profissão**, **pod**e, **observadas as formalidades** de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, **requerer inscrição** no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, **DEPOIS DE INSCRITO, ficará equiparado, para todos os efeitos**, ao empresário sujeito a registro.*

Como se verifica de forma cristalina, o produtor rural que atua no plano civil, é claro, exerce regularmente a sua atividade, mas a sua tutela jurídica não é a mesma do empresário (antigo comerciante), pois os regimes jurídicos são específicos e diferenciados. Se assim no fosse, qual a razão desse artigo? Só não percebe isto o *terraplanista* cego para a lógica e a para a política legislativa.

E porque essa diferença de tratamento? Ela é histórica, existente desde o tempo em que as corporações de artes e ofícios, na - Idade Média, criaram regras para disciplinar e fiscalizar o regular exercício de atividades nas feiras medievais. E de lá para cá algumas profissões que eram típicas do Direito Civil têm migrado para o Direito Comercial e, quem sabe, um dia as diferenças desaparecerão, ficando toda a atividade privada economicamente organizada sujeita a um único regime jurídico (até mesmo a atividade jurídica!) E isto compete, em caráter de exclusividade, apenas ao legislador e não a um intérprete *terraplanista* de ocasião.

Se tal produtor rural desejar, ele pode alcançar uma **EQUIPARAÇÃO AO EMPRESÁRIO**. Equiparação é equivalência e não identidade, já dizia a ciência da lógica.

> ***Segundo argumento**: Não é sustentável a tese de que a migração do produtor rural para o regime de equiparação exija um período mínimo de dois anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, de maneira a que as suas dívidas desse período não possam ser protegidas dentro desse regime jurídico especial. (Insista-se, afirmamos nós, regime especial e não geral como parece supor o insigne Ministro). Isto porque o credor não poderia alegar o desconhecimento do art. 971 do Código Civil, segundo o qual empresário rural, depois de inscrito no Registro de Empresas, antigo Registro de Comércio, ficaria equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro. Neste sentido, qualquer instituição financeira saberia que um produtor rural poderia, de um momento para outro, e por manifestação unilateral da vontade, passar a equiparar-se a empresário e ser titular dos direitos correspondentes.*

Caros leitores, vocês já ouviram falar em sofismas? Pois este é um deles e nem tão bem elaborado[30]. É claro que os bancos sabiam dessa possibilidade em relação aos produtores rurais. Mas eles sabiam também que, de acordo com a lei, tanto a geral quanto a especial, não haveria lugar para oportunismos porque a manifestação do produtor rural de se equiparar ao empresário somente produziria efeitos ***ex nunc*** (desde agora, a partir do registro na Junta Comercial), jamais ***ex tunc*!** (isso é, com efeito retroativo). Ou seja, somente valeria para os

---

[30] Só para lembrar um exemplo dos mais simples, em um silogismo: (i) Todos os alemães têm olhos azuis; (ii) João tem olhos azuis; (iii) portanto, João é alemão. Ou seja, parte-se de uma premissa falsa para se chegar a uma conclusão falsa.

créditos assumidos posteriormente ao seu enquadramento como equiparado a empresário, após dois (2) anos da inscrição, e não os de antes.

Como já houve oportunidade de se dizer antes, banco não é bobo. Banco bobo nasce falido. Mas, no caso em questão, os bancos tornaram-se bobos. Não por acreditarem no que a lei diz claramente, mas por terem se esquecido de que *terraplanistas* existem na doutrina e no Judiciário e que quando se trata de proteger alguém, tido como hipossuficiente diante de uma poderosa instituição financeira, algum argumento será ideado, por mais absurdo que possa parecer, sem considerar os efeitos futuros no mercado de crédito. Hipossuficiente, vírgula, porque o patrimônio ativo de muitos desses produtores rurais fica muito longe de se poder equipará-los a *pobres quase sem terra*.

E, se os bancos tivessem adivinhado a possibilidade da concretização da hipótese referida no argumento acima, certamente a taxa de juros dos produtores rurais seria bem mais elevada do que aquela que lhes foi oferecida nas operações contratadas, dada a possibilidade de recorrerem, com sucesso à proteção que lhes era conferida no momento da contratação do crédito. Essa incompletude contratual, seguramente, será evitada pelos agentes do sistema financeiro embora isso implique em maiores custos para os tomadores de recursos.

> ***Terceiro argumento**: O **registro na Junta comercial é declaratório e não constitutivo de direitos**, tendo para se chegar a essa conclusão, sido feito um jogo de palavras relativo ao comerciante regular e irregular. Mais sofismas em andamento, conforme exemplos dados.*

No primeiro exemplo, o fato de um dentista que trabalha individualmente ter registrado, por engano, sua Eireli na Junta Comercial não o tornaria empresário. E, por outro lado, um comerciante individual de frutas que se inscrevesse, também por engano, no Registro Civil nem por isto deixaria de ser empresário, ainda que irregular. E com o fim de demonstrar essa verdade, foi trazido à colação trecho de decisão da Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.193.115-MT:

> *"Ainda que a lei exija do empresário, como regra, inscrição no Registro de Empresas, convém ressaltar que sua qualidade jurídica não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional. Não por outro motivo, entende-se que a natureza jurídica desse registro é declaratória, e não constitutiva".*

Como diziam os antigos, nossos *terraplanistas* estão confundindo alhos com bugalhos. E isto é culpa em parte do nosso Código Civil em vigor, que jogou por terra sob o aspecto formal alguns fundamentos essenciais do Direito Comercial, como aquele que se encontrava escrito no art. 4º do insuperável Código Comercial de 1850:

> *Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império **e faça da mercancia profissão habitua**l".*

Como se vê o argumento acima prova demais, precisamente o que os nossos *terraplanistas* não desejavam. Os direitos aos quais os comerciantes tinham acesso dependiam de preencherem a condição de regularidade, consistente em seu registro no órgão competente. E os dois anos de atividade prévia à pretensão da recuperação judicial apresenta o precedente

dos critérios já estabelecidos no art. 2º Dec-Lei 7.661/1945 para o fim da obtenção da concordata:

> *Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições:*
> *I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos;*

Primeiro, o devedor **deveria ser necessariamente um comerciante**, de acordo com a conceituação contemporânea. Segundo, como comerciante**, deveria ter exercido o comércio em condição de regularidade por mais de dois anos** anteriormente ao pedido de concordata preventiva. E essa regularidade dependia do registro no órgão próprio.

Mutatis mutandis, em relação à recuperação judicial: **(i)** o produtor rural não é considerado comerciante: **(ii)** o efeito da opção é o de equiparação: **(iii)** continua sendo exigido o interstício mínimo de dois anos no exercício da atividade, para que os efeitos da equiparação sejam alcançados.

Veja-se que a interpretação contrária aos argumentos em foco mostra que não se está inventando a roda. Simplesmente a lei atual pegou a roda que já vinha rodando durante muitos anos. A esdrúxula interpretação que os *terraplanistas* passaram a fazer consiste, isto sim, em reinventar a roda, desta vez ~~toda~~ desdentada e torta.

Sabem os comercialistas que a exigência desse período de dois anos continuou estabelecida na Lei 11.101/2005, art. 48, caput, não é cabalista, mas está assentada na prova que o comerciante candidato à concordata deveria fazer no sentido de que, conforme um antigo ditado daquele tempo, ele era *honesto e de boa fé, mas que havia sido infeliz no seu negócio*. Assim sendo, sem uma boa bola de cristal, o juiz tinha diante de si um histórico mínimo de dois anos na atividade do devedor para saber se não estaria concedendo a concordata a um oportunista que se valeria dela para se locupletar à custa dos seus credores. O mesmo princípio, necessariamente, se aplica à recuperação judicial. E o regime de exploração da atividade rural como produtor civil ou como equiparado a empresário é bem diferente quanto a direitos e obrigações, de muito maior expressão no Direito Comercial e no Tributário.

> ***Quarto argumento****: o Código Civil afastou o ato de comércio e adotou a teoria da empresa, fato que levaria ao mesmo resultado de se reconhecer o direito à recuperação judicial por parte de produtores rurais tardios na opção pela equiparação.*

Não tem nada uma coisa a ver com a outra. Ato de comércio ou atividade organizada, isto não mudou a essência da matéria referente à recuperação da empresa. E desde o Código Comercial, na verdade, não se tratava mais de ato de comércio, mas de ***mercancia como profissão habitual***, conforme o artigo 4º, o que já implicava em atividade organizada, em uma visão antecipada muito moderna da nossa lei mercantil, que deixou muitas saudades. Note-se, profissão habitual significa não simplesmente fazer da atividade o ganha pão, mas sobretudo, a inserção em mercado determinado segundo regras especiais.

Enfim, se o Direito Comercial é redondo, então os *terraplanistas* no seu cruzeiro terminarão voltando ao ponto de partida, devendo ver em primeiro lugar, de longe, ao chegarem ao porto, um sinal bem vermelho de negação de suas pretensões. Mas se esse planeta é mesmo plano, estaremos todos perdidos e os bancos que se cuidem e não se reclame mais das taxas de juros.

Em conclusão, além de Norberto Bobbio acima citado, os *terraplanistas* de que tratamos estão queimando livros e normas que há muito tempo fundamentam o Direito Comercial, quebrando a sua estrutura. Isto representa um movimento obscurantista, com o qual não podemos concordar. Esse ato, que nos reporta a tempos negros da história, nos lembra o romance Fahrenheit 451, de Ray Bradbury, de 1953, do qual foi geral um filme de 1966 com o mesmo nome. Nessas obras vemos uma repetição da história: livros incômodos eram jogados na fogueira, depois de caçados pelos membros de uma polícia política especializada.

No caso dos nossos *terraplanistas*, no campo da interpretação do direito em geral, Carlos Maximiliano foi para a fogueira. No particular, Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira ao tratarem dos artigos 130 e 131 do C. Comercial de 1850, que devem ser aplicados a título de cláusulas gerais das operações mercantis, especialmente no que diz respeito ao art. 131, 1 "***a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras"***[31]*;* e por aí vai, não sendo necessário trazer mais *"testemunhas".*

Depois de que houve o julgamento favorável dos produtores rurais em diversos casos, segundo a visão dos *terraplanistas*, por favor verifiquem os leitores se o financiamento de sua atividade pelos fornecedores e bancos ficou mais fácil e mais barato. Se não ficou, cabe agora invocar a função social da propriedade para a reversão do mau tratamento que lhes foi dado por aqueles malvados. Fica aqui uma dica...

---

[31]Carvalho de Mendonça, vol. VI, Livro IV, item 231; Waldemar Ferreira, Vol. I do "Tratado", item 175. Art. 1*30 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.*

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras*;*

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

O BRASIL PRECISA DE UM NOVO CÓDIGO COMERCIAL?

(Com Rachel Sztajn)

- 12.07.2011 -

Fábio Ulhoa Coelho vem defendendo a promulgação de um novo Código Comercial, como necessário para a superação de problemas originados da revogação da maior parte do Código Comercial de 1850 (clique aqui) e do fato de haver o Código Civil de 2002 (clique aqui) deixado lacunas importantes em relação à tutela jurídica da atividade mercantil.

Dos debates a respeito, surgiu uma tertúlia entre aquele autor e Nelson Eizirik, sobre a importância e ou necessidade desse novo Código Comercial e a discussão sobre a inclusão, ou não, da disciplina das companhias em tal diploma legal. Seriam estes temas próprios para nefelibatas, não fosse o risco da proposta em causa vir a transformar-se em uma realidade nefasta.

Melhor teria sido evitar no Brasil que se copiasse, e mal, o codice civile de 1942 (clique aqui), a que se seguiu a aprovação de um monstrengo juridico em 2002. Mas agora Inês é morta, sem direito a ressurreição.

A unificação do direito obrigacional, proposta na segunda metade do século passado por diversos juristas (entre outros, Caio Mario da Silva Pereira), não teria sido absurda, desde que dissociada de critérios solidaristas e distributivistas, que deixaram de levar em conta instituições sociais e incentivos. Não atendida esta premissa, o resultado acabou por gerar um ogro que nem mesmo o Shrek conseguiria vencer.

É indisputado que a CF de 1988 (clique aqui) contempla direitos não previstos nem no Código Civil de 1916 (clique aqui), de Clovis Bevilaqua, nem no Código Comercial de 1850. Mas, ao menos, a legislação revogada, notadamente este último diploma legal, permitia a recepção de novas práticas geradas por usos e costumes, o que servia para atualizar o direito posto. Mais ainda, a plasticidade das normas comerciais dele decorrentes atendia a demandas dos empreendedores.

Lembre-se, a propósito, a criação das sociedades limitadas, por meio de uma lei com apenas 19 artigos, e sua plena aceitação pelos agentes econômicos. Faça-se uma comparação entre aqueles dispositivos com a nova disciplina das limitadas estabelecida no Código Civil de 2002. Como se sabe, o resultado foi um absoluto desastre para tal tipo societário, o qual os empresários somente têm utilizado quando não há outra alternativa. Isto leva a entender porque os comercialistas se apavoram tão somente em pensar a respeito de nova legislação sobre Direito Comercial, a abarcar todo o seu universo. Alias, quando se fala em mudanças, verifica-se que a redação original da lei 6.404/1976 (clique aqui) era infinitamente superior ao texto em vigor, remendado por çábios.

Criticar Natalino Irti sob o argumento de que escreveu pensando no direito italiano, peca pela compreensão da qualidade daquele jurista. No texto denominado *L`età dellla decodificazione*, Irti trata da defasagem entre os códigos europeus, do século XIX, e as constituições nacionais, posteriores à 2a Guerra Mundial. Por isso trabalha com os microssistemas, afirmando que os códigos deixaram de ser o núcleo do direito privado, papel que passou a ser assumido pelas Constituições. Basta ver que a nossa Magna Carta cuida da ordem econômica e financeira em seus artigos 170 e seguintes e 192, sem qualquer referência sobre esses temas no Código Civil de 2002, a não ser pela famigerada introdução da questão da função social do contrato.

Quanto ao processo autopoéitico de criação do direito e a teoria dos sistemas de Luhman, considere-se que se o sistema juridico é do tipo aberto (portanto, que se auto modela com o passar do tempo, que recepciona as inovações sociais, ideia que os institucionalistas, ao menos os economistas, acatam no que tange ao aparecimento e transformação das instituições sociais). Ora, quando se fala em um novo código, ele representaria indubitavelmente um sistema fechado e esta é a ideia que se tem dessa legislação. Está presente uma evidente contradição e, pergunta-se, onde, portanto, estaria a tal solução racional?

Contesta-se, ainda, a afirmação de que o microssistema reporte uma relação de tamanho com o macrossistema, externo ao primeiro. A relação, na verdade, é de integração dos diversos microssistemas dentro do último, ao menos em ordenamentos jurídicos como o nosso, no qual tudo precisa ficar apoiado sobre a Constituição Federal, sob pena de se reconhecer a desnecessidade do STF, mandando-se para casa os seus integrantes por falta de ter o que fazer.

Na verdade, a organização sistêmica não passa de uma ferramenta instrumental e didática, apta a facilitar a vida do operador do direito. Mas este não pode perder de vista o todo, sob pena de matar o doente somente porque entende apenas da unha encravada do dedo mindinho do pé esquerdo.

Os microssistemas conversam entre si (não se trata daquele infeliz diálogo das fontes, considerando que uma norma sempre se sobrepõe individualmente a outras na aplicação da lei ou, pelo menos, assim deve ser), o que mostra a integridade do direito. Um problema de direito bancário poderá envolver questões de direito contratual, societário, concorrencial, penal, administrativo, tributário, e por aí vai. Isto não impede que eles sejam organizados na forma de pacotes jurídicos delimitados, segundo princípios particulares de cada um deles e, nos dias de hoje, submetidos os seus usuários a uma determinada agência reguladora. É útil e prático e eficiente. Melhor isto do que se pretender recriar nos dias atuais um grande monumento jurídico à semelhança daqueles do século retrasado.

Como se sabe, alguns países preferiram fazer uma atualização progressiva dos seus códigos, mantendo a sua estrutura original, como aconteceu na Alemanha, França, Espanha e Portugal, por exemplo. Nós preferimos jogar fora os nossos vetustos, mas tão bem elaborados códigos civil e comercial. E não é mais hora de voltarmos ao passado.

Na verdade, não precisamos de um novo Código Comercial. Precisamos de mais e melhores comercialistas, do tipo Sylvio Marcondes, Oscar Barreto Filho e Mauro Brandão Lopes, lacuna que as nossas faculdades de direito não estão preenchendo, lamentavelmente.

O BRASIL PRECISA DE UM NOVO CÓDIGO COMERCIAL?

- NÃO! –

210 (24.01.2012)

Nota Passado tanto tempo dessa *ameaça*, esse tal código não saiu e esperamos que fique no limbo do arquivo onde se encontram os projetos de lei correspondentes, bem como os seus autores.

Se a pergunta é referente a um código segundo os modelos do século XIX, tal como o nosso anterior Código Comercial de 1850, e se ela é apresentada a propósito do modelo proposto pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho, a resposta é um sonoro NÃO!

Uma coisa é reconhecer que a legislação comercial apresenta diversos problemas que precisam ser solucionados. Outra muito diferente está em que esta mesma solução corresponda em dar nascimento a um código tradicional e extremamente prolixo em dispositivos, tal como se encontra redigido o projeto referido. Foi-se o tempo.

Alguns dos temas mais candentes, merecedores de reforma, são referentes: (i) ao direito da empresa; (ii) ao tratamento das sociedades no Código Civil, que jogou a limitada no limbo; (iii) à falta de uma adequada teoria geral do contrato e, dentro dela, a especificação dos contratos mercantis, com as obrigações próprias; (iv) à atualização do direito dos títulos de crédito frente à informática; (v) à construção de uma fronteira bem nítida entre a atividade empresarial e as relações de consumo; etc.

Observe-se que alguns ordenamentos jurídicos europeus mantiveram os seus velhos códigos, havendo cuidado fazer sua atualização progressiva (Itália, França, etc.). Mas o Brasil caminhou de forma diversa, havendo preferido jogar fora dois excelentes códigos, o Civil e o Comercial, editando um novo e único instrumento para aqueles dois ramos do direito privado, para tanto havendo unificado (muito mal) as obrigações civis e mercantis, além de ter se verificado a presença de muitas falhas e omissões, que os intérpretes têm procurado superar de alguma forma (entre elas a instituição da famigerada *função social do contrato)*. Já que foi este o caminho tomado, não haveria agora de se voltar atrás. E o engraçado, para não dizer trágico, é que o Código Comercial de 1850 sobreviveu apenas no capítulo referente ao Direito Marítimo, redigido em um tempo no qual mal começavam a circular os navios a vapor.

Nos dias de hoje se apresenta muito mais adequada a solidificação de microssistemas de Direito Comercial, cujos contornos já se encontram realçados ou tão somente delineados em alguns campos, tornando muito mais eficiente o regramento jurídico voltado para o atendimento das necessidades dos empresários e de suas contrapartes. Tomem-se como exemplos o direito bancário, o do mercado de capitais, o securitário, o concorrencial, o da falência e da recuperação de empresas, e a propriedade industrial, cada um deles regido por uma lei básica e em alguns casos tutelados por um órgão central.

Outro reparo a ser feito é o açodamento com que o tema de um novo Código Comercial vem sento tratado. Em um espaço de tempo de apenas poucos meses o seu autor publicou um livro com o projeto (seria, na verdade, um anteprojeto pessoal), que foi encampado por um deputado federal e transformado em projeto de lei e, logo em seguida colocado em audiência pública pelo Ministro da Justiça com prazo até abril próximo. Um espanto em termos de Brasil, como diria alguém!

Para comparar, recordo que quando ingressei na faculdade de direito da USP em 1966, já se discutia o anteprojeto do Código Civil, que veio a se tornar realidade apenas quatro décadas depois (e deu no que deu!). Quanto à nossa lei de sociedades anônimas, voltada praticamente para um instituto único, ela foi debatida por muito tempo em todo o Brasil, depois de proposto o seu modelo, que recebeu inúmeras sugestões ao longo da tramitação que então teve lugar. E a comparação se torna ainda mais lamentável quanto à proposta de que se ora trata, quando verificamos que o amplo debate da lei societária se deu no tempo do regime militar no qual, em tese, não havia democracia, época do governo de Ernesto Geisel...

Portanto, no mérito, não precisamos de um novo Código Comercial. No varejo, também não, especialmente na linha do projeto ora em curso.

NOVO CÓDIGO COMERCIAL: OS EMPRESÁRIOS VÃO PAGAR ESSA CONTA

"O empresário é antes de tudo um forte... Mas nem tanto".

(Com a devida licença de Euclides da Cunha).

(Com Rachel Sztajn)

- 11.06.2018 -

Esse malfadado projeto de Código Comercial parece ser um zumbi: de vez em quando morre e de vez em quando volta do cemitério, cada vez com um odor pior do que o antigo.

Alguém poderia ser tentado a dizer que somos contra tal iniciativa porque gostamos do Código Civil de 2002 e não desejamos que seja revogado na parte do direito empresarial. Longe disto! Este também é muito ruim sob diversos aspectos, especialmente quando pretendeu cuidar dessa área do Direito, copiando mal o C*odice Civile* de 1942, sem atentar para as transformações socioeconômicas. Exemplo é a sentença letal da sociedade limitada, entre outros danos muito sérios, aí incluída a exigência de outorga de cônjuge na prestação de garantia cambiária, anteriormente definida como DECLARAÇÃO UNILATERAL!!!! A limitada, tal como regida pelas novas regras, que afastaram substancialmente a estrutura regulada em 1919, tornou-se, na verdade, de sociedade comercial em camisa-de-força, tendo conferido poder de veto a minoritários. Haja democracia representativa! Nossa objeção em relação a novos códigos é mais geral. Não nos agrada esse projeto por questão de princípio, como tivemos oportunidade de afirmar em diversas ocasiões, especialmente nos dois últimos textos aqui mesmo publicados, nos quais afirmamos que não o lemos e mesmo assim não gostamos (Vide "*Projetos de Código de Direito Comercial: não li e não gostei!" e "Projetos de Código de Direito Comercial: não lemos e não gostamos!", respectivamente de 17 e de 25.05.2018).*

Repetimos: codificar não é o meio adequado na atual conjuntura em que se discute, inclusive, a reforma da legislação falimentar, entre outras. Um novo código deveria ser precedido de uma lei geral de introdução ao Direito Comercial que agasalhasse os seus princípios fundamentais e acolhesse sob suas asas os microssistemas já existentes, voltados umbilicalmente para esse mesmo ramo do direito. Também não é o momento de se introduzir novidades descoladas das necessidades ou resultantes de práticas que se mostrem adequadas para equacionar a especificidade das relações negociais nessa área, ainda que, em princípio, pudessem ser consideradas boas. Em meio a uma economia que vive espantosa crise de recessão e de absoluta falta de credibilidade, dados os mais diversos planos que se mostraram

incorretos e cuja correção é custosa, complexa, não é absolutamente o momento de se vir com coisas novas que, certamente, aumentarão de forma sensível os custos da atividade empresarial.

Podemos tranquilamente afirmar que os efeitos da greve dos caminhoneiros foram a gota d'água que fez o copo transbordar, consequência de inúmeras causas relativas ao desequilíbrio econômico-financeiro do país que não afeta apenas um setor da economia. Não é de hoje que assim acontece, sendo que boa parte das causas de tal situação se encontra no passado, algumas delas muito além dos terríveis dois governos findos há dois anos, seguidos deste, não menos infeliz do ponto de vista econômico, devido à sua profunda tibieza, entre outras causas.

Estamos vivendo uma de muitas décadas perdidas. Desde que nascemos fala-se em década perdida, uma a uma, e pelo visto, teremos mais outras tantas pela frente, as quais serão suportadas por nossos filhos a que se somarão os nossos netos. Décadas perdidas a perder de vista. E não há vislumbre de mudança em um país no qual temos políticos baratos e dólar caro. Benesses destinadas a alavancar a atividade que, no final se mostram sem apoio para acionar a alavanca.

Jamais passamos por uma guerra civil de grandes proporções, mas nos encontramos em situação pior do que aquela que viveram outros países e que souberam superar as suas vicissitudes. Não sabemos dizer precisamente como aconteceu o seu resgate econômico, de natureza profunda e complexa, mas em comparação com o Brasil, observemos o que se deu, por exemplo, com a Coréia do Sul e com o Vietnã depois das guerras sangrentas das décadas de cinquenta e sessenta do século passado. Enquanto hoje são economias estáveis e crescendo, nós nos encontramos no pântano de mais uma recessão. A nós parece que esses países não gozaram do beneficio de qualquer *"Plano Marshal"* para terem chegado aonde chegaram. Isto se deu pelo seu próprio esforço, por investimentos em educação e pesquisa, cujos resultados estão aí.

Voltemos ao nosso zumbi. Ele certamente trará muitas alterações ao Direito Comercial vigente, que é precisamente o seu propósito, caso contrário não teria razão para ser engendrado, mesmo que parte da motivação tenha sua origem no deus grego Narciso.

Tais mudanças serão de variada natureza, das quais resultará a necessidade de adaptação das empresas mercantis ao novo regime o que, certamente, não será de graça, especialmente quanto ao custo jurídico de aprendizado, entendimento, interpretação e aplicação das novas normas. Veja-se que são passados apenas dezesseis anos da promulgação do Código Civil vigente (tempo muito curto para a vida de um corpo jurídico de tal porte) e até hoje muitos dos seus institutos são objeto de permanentes questões vividas no Judiciário, que não tiveram solução adequada. De que serviu todo esse período de apreciação pelos juristas e pelo Judiciário? Como decidir sem conhecer a realidade diária da atividade de comércio, termo aqui empregado em sentido lato?

Todos os que trafegam nessa área estão a par das inúmeras questões jurídicas até hoje não resolvidas, que serão sepultadas eventualmente pelo novo Código, e ao depois renovadas em outras disputas e interpretações e a respeito das quais a insegurança será extremamente sensível.

E quem pagará esse custo serão o empresário de início e o consumidor na ponta final, na medida em que a despesa correspondente será transferida para este último mediante sua incorporação ao preço de produtos e serviços. Daí que o título deste artigo é verdadeiro em parte. Em um primeiro momento os empresários assumirão os custos de que se fala. Depois, se

for possível dentro de um mercado que apresenta distintos regimes de concorrência (desde monopólios, oligopólios, monopsônios e oligopsônios), os encargos das adaptações necessárias da vida empresarial, resultantes das normas do temido novo Código, serão repassados em boa parte aos consumidores. Os empresários que não conseguirem fazer isto terão sua margem de lucro reduzida ou serão postos para fora do mercado, o que, da mesma forma, prejudicará os consumidores quando não a cadeia produtiva. Simples assim.

É intrigante, para dizer o menos, que um dos pais recentes desse Código é um conhecido líder empresarial cuja atitude indica ser deliberada ou completamente ignorante dos efeitos aqui mencionados. Pior ainda, se deles tem conhecimento, não lhes está dando a mínima importância porque tem outros objetivos pessoais a alcançar, talvez a fama passageira de ter desfilado pelas ruas em meio a alguns aplausos portando uma pretensa tocha olímpica que se apagará completamente, não antes de queimar a mão de muitos desavisados.

Mais uma observação. Todos os que conhecem a história do Direito Comercial sabem que a sua origem é costumeira, elaborado no seio das corporações de mercadores. Os usos e costumes sempre foram a primordial fonte desse ramo do direito, orientação essa deixada de lado pelo Código Civil em vigor que, felizmente, não conseguiu eliminá-la por completo, ainda que a tenha marginalizado de forma bastante intensa. Ora, os usos e costumes se prestam a construir estruturas e/ou mecanismos eficientes para o atendimento das necessidades dos comerciantes e, portanto, somente florescem em regimes jurídicos de liberdade mais acentuada, o que significa menos regulação. Não tem sido esta, infelizmente, a orientação do legislador, que tem estrangulado a criatividade dos empresários por meio de intensa e extensa normatização de sua atividade, muitas vezes como resultado de uma visão esdrúxula, voltada para uma pretensa proteção da parte mais fraca nas relações comerciais. E aqui não se fala somente dos consumidores finais dos bens e serviços.

Modernamente tem-se falado na adoção da *soft Law* em contrapartida à *hard Law*, isto é, em uma aproximação simplificada, na busca de uma normatização mínima e flexível, deixando espaço para a autonomia privada, isto é, liberdade das contratações em lugar de um modelo legislativo fechado e que tenta inutilmente regular todas as circunstâncias possíveis que entende serem eventualmente prejudiciais a um lado das relações jurídicas. Neste último caso o comerciante é um autômato, que aplica sem pensar as funções pré-determinadas, em regime de *burrice artificial*, no lugar de *inteligência natural*.

Esse intento de tudo prever e tudo tutelar, que se traduz em um projeto de código com mais de dois milhares de artigos, é a mesma coisa que tentar segurar água nas mãos: quase todo o líquido sempre sairá pelo intervalo entre os dedos.

Soft Law seria mais ou menos assim: a partir de um modelo de código bem enxuto que apresentamos abaixo, parafraseando alguém:

> *"Art. 1º - As partes em suas relações jurídicas devem ter vergonha na cara".*
>
> *"Art. 2º - Os casos omissos serão resolvidos diretamente entre elas".*
>
> *"Art. 3º - Revogam-se as disposições em contrário".*

E todos viveram felizes para sempre!

O PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL E OS MAFIOSOS AMERICANOS

- 05.06.2014 -

Em famosos filmes americanos antigos, que tiveram como tema a máfia americana da primeira metade do século passado, eram muito comuns cenas nas quais chefes mafiosos, demonstrando a sua proverbial empáfia, acendiam os seus charutos com a ajuda de notas de cem dólares que viam queimar impávidos. Cédula queimada, dinheiro perdido.

É precisamente isto que os brasileiros farão a partir do momento em que for promulgado e entrar em vigor o atual projeto de Código Comercial *(toc, toc, toc*), que tem origem em um grupo fechado de pessoas a partir do seu autor original. Esse malfadado projeto anda assombrando as salas e corredores do Congresso Nacional, além de nós outros, um significativo rol de juristas lúcidos, que contra ele têm se manifestado em diversos órgãos da imprensa. Os brasileiros, que já são suficientemente pobres, jogarão na fogueira bilhões de reais que poderiam ser utilizados de forma muito mais proveitosa para o atendimento das verdadeiras necessidades do País.

Ainda que muitas manifestações tenham sido feitas contra o tal projeto, parece que elas não têm surtido qualquer efeito, já tendo sido gasto muito tempo e dinheiro na constituição de comissões para debatê-lo em inúmeras entidades (e outras comissões continuam sendo formadas). Muitos recursos têm sido gastos em viagens e reuniões. Muito tempo dos operadores do direito poderiam ter sido dirigidos para a discussão de outros temas jurídicos relevantes – e mesmo alguns dos que constam do projeto – mas sem o viés determinado pelo seu criador.

O referido grupo de autores que desde cedo foram contrários ao projeto ainda não tinham em suas mãos um elemento tão importante como o estudo feito pela Professora Luciana Yeung do INSPER, recentemente dado à luz e que já tem merecido a apreciação de alguns setores (Vide Migalhas de 29.05.2014 e de 05.06.2014). Desde que esse trabalho foi apresentado ele vem reforçar do ponto de vista financeiro as razões pelas quais o projeto em tela deve ser inteiramente rejeitado. Quem desejar que critique a metodologia e os números divulgados, mas ainda que apenas em parte o quadro seja verdadeiro, ele continua tão assustador quando "O Grito".

Não é necessário reproduzir os dados ali encontrados, que se desdobram em inúmeras situações dentro das quais haverá custos financeiros extremamente elevados se o projeto de Código Comercial vier a entrar em vigor nos termos da estrutura jurídica de sua concepção. Em todo o caso, vamos a alguns destaques.

1) Período de adaptação e custos correspondentes

Sabe-se que toda sociedade necessita de um período de adaptação aos efeitos de uma nova lei. O tempo necessário para tanto é incerto e a autora declara que a noção de que ele seria correspondente a dez anos não tem base real e científica. A base comparativa feita por ela em relação à Lei de Recuperação de Empresas e de Falências deve ser tomada apenas como uma referência meramente aproximativa. Isto porque (o que é reconhecido expressamente) não somente o projeto apresenta uma quantidade muito maior de dispositivos, como também porque ele se espalha por uma gama muito mais significativa de institutos que receberão modificações de menor ou de maior extensão e profundidade, conforme o caso.

Acresce um problema relevante. Enquanto em países como a Alemanha o início da vigência de uma lei pode chegar a três anos, no Brasil costuma-se estabelecê-lo em apenas 120 dias (art. 201 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências). Esse prazo é muito curto para que a comunidade jurídica possa se assenhorear dos novos problemas jurídicos que surgirão e começar a pensar nas soluções a serem adotadas. A doutrina entrará muitas vezes em choque e a jurisprudência evoluirá erroneamente tal como faz a mariposa em volta da lâmpada, até cair morta no chão.

2) Efeitos quanto à sociedade estrangeira

As novas exigências feitas pelo projeto em relação ao funcionamento de sociedades estrangeiras no Brasil apresentaram um impacto **estimado entre 5 e 6 bilhões de dólares!** Haja cédulas para queimar: seriam aproximadamente 50 a 60 milhões de cédulas de cem dólares na fogueira. Uma coisinha de nada, como se verifica. Do jeito que está o recado dado aos capitalistas alienígenas é *"go home*" ou *"do not come".* E, claro, o Brasil não precisa nem do capital financeiro e nem do capital intelectual que venha de fora. Somos autônomos.

3) O aumento da insegurança jurídica

Em seu precioso estudo a autora foca questões relacionadas à função social da empresa e do contrato, destacando o verdadeiro circo de horror que pode tomar de assalto os tribunais brasileiros a partir da permissão dada ao Ministério Público para pleitear a anulação de negócio jurídico já concluído com base no descumprimento da função social do contrato.

Isto não pode ser considerado meramente aumento da insegurança jurídica, mas sim a perda total da mesma segurança, que deveria cercar de forma intrínseca o exercício da atividade econômica, pretensamente objeto de tratamento pelo triste projeto.

Aliás, este autor tem questionado frequentemente o estabelecimento do parâmetro da função social para o fim do balizamento da validade e da regularidade da atividade econômica, tal como já escreveu em diversos textos. Aqueles em que mais se aprofundou relativamente neste tema são: "O Código Civil e a Crise do Contrato" e o vol. 4 de sua coleção de Direito Comercial, quando tratou dos fundamentos da teoria geral do contrato.

A força com que o legislador procura incluir a função social no âmbito da atividade empresarial tem se mostrado uma moda deletéria, com um efeito profundamente negativo, sob o falso pretexto do estabelecimento da igualdade e da justiça. Trata-se de uma visão paupérrima e ideológica da atividade empresarial, demonstradora de que seus defensores vivem em um século (ou milênio) de trevas e que jamais aprenderam a riqueza do capitalismo não selvagem e que jamais leram (ou se leram não entenderam) obras essenciais como é o caso da "Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo" de Max Weber. A ignorância voluntária deveria ser punida com a pena de morte ou, no mínimo, o desterro. Há endereços muito adequado para o cumprimento de pena dessa natureza, não somente a Coreia do Norte.

O trabalho sob exame também aborda o aumento da insegurança jurídica em relação à concorrência desleal, campo em que impavidamente invade a seara de microssistemas apropriadamente voltados para tal quadro jurídico e econômico.

O abuso do sócio da sociedade empresária; o descumprimento do dever de boa-fé; a proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; a regulação da forma da produção de provas no processo; e outros pontos do projeto também são objeto da pesquisa da Dra. Luciana Yeung que apontam para outros efeitos patrimoniais negativos de elevada significação nos termos das propostas do projeto de Código Comercial.

Depois de ler todo o texto de que se trata, o sentimento que resulta é o de completo desalento quando se pensa que todos os males nele apresentados e outros que por ventura não tenham sido percebidos poderão se tornar uma amarga realidade para o empresário nacional e para a sociedade brasileira como um todo, que pagarão tal conta.

Como operadores do direito, certamente os escritórios de advocacia serão altamente beneficiados se esse projeto vier à luz. A pesquisa em apreço mostra que um dos elementos componentes desse custo negativo será, precisamente, a necessidade que os empresários terão de recorrer a assistência jurídica de qualidade e pagar por ela. Mas nós não podemos agir como o médico que torce pelo aparecimento de uma nova e grave epidemia para poder encher os seus bolsos. Isto seria verdadeiramente vergonhoso.

Diante de todo o exposto, digam o pai do projeto, o Ministro da Justiça, os parlamentares que o encamparam e outros participantes desse jogo se pretendem passar à história como os responsáveis pelos efeitos deletérios que ele trará, maiores pelo visto do que qualquer dos desastrados planos econômicos que governantes irresponsáveis jogaram em nossas costas no passado.

Ainda que tais efeitos não sejam imediatos como a explosão de um vulcão, que lança de imediato milhões de toneladas de pedras e lava para o alto, atingindo em seguida as comunidades ao seu redor, mesmo assim não será nada diverso o resultado homeopático de se jogar dinheiro fora na obediência às normas estabelecidas pela pretensa modernização de nossa legislação mercantil.

O FUTURO DO DIREITO COMERCIAL NO BRASIL

- 26.10.2010 -

Nota - *"Plus ça change, plus c'est na même chose"***.** São passados vários anos desde a publicação deste texto, mas no fundo, nada mudou no Direito Comercial. Ele continua o mesmo em sua essência. É como um automóvel que recebe novos equipamentos que melhoram o seu desempenho, sem alterar aquilo que o caracteriza. Um problema se dá quando alguém coloca óleo diesel em um motor a gasolina ou etanol, como se deseja fazer com os esdrúxulos projetos de reintrodução de um Código Comercial entre nós: o motor vai pifar, como se dizia antigamente. Maior abrangência do Direito Comercial em sua aplicação não significa que ele está sofrendo alterações em sua essência. Cuida-se tão somente reconhecer que a atividade econômica em sua grande maior parte tem se estendido a outros setores e que, portanto, o que se tem alcançado é uma isonomia no tratamento dos diversos campos em que a empresa (atividade organizada) é utilizada, deixando-se de lado pruridos histórico-culturais hoje fora de época. É que se verifica em relação ao exercício da advocacia, que em outros países já chegou como companhia aberta às bolsas de valores.

No livro do Êxodo é narrado o episódio da transformação do cajado de Moisés em uma serpente, diante do faraó. O milagre foi copiado logo em seguida pelos magos do governante egípcio, que produziram duas outras cobras, mas a serpente do líder hebreu as devorou logo em seguida. Isto vem a propósito quanto ao entendimento de desavisados juristas no sentido de que, com a promulgação do Código Civil de 2002 e mediante a unificação do Direito das Obrigações, o Direito Comercial teria sido incorporado pelo primeiro se não em seu todo, ao menos de uma forma bastante significativa.

Ledo engano, como já procuramos demonstrar nos textos que temos publicado (especialmente nos volumes do nosso *Curso de Direito Comercial* e em outros trabalhos), na

mesma linha de diversos outros comercialistas. Pelo contrário, é o Direito Comercial que, como a serpente de Moisés, em um processo lento, mas contínuo, já notado no passado e denominado de *comercialização do Direito Civil,* vem progressivamente aumentando o campo de sua atuação, o que resulta em haver o primeiro *devorado um grande naco do Direito Civil.*

Conforme se sabe, ao haver regulado expressamente a partir do art. 966 do Código Civil de 2002 o chamado *Direito de Empresa*, sem dúvida alguma o legislador brasileiro passou a reger o Direito Comercial sob um novo parâmetro, de maneira muito criticada por boa parte da doutrina especializada. Isto significa dizer que aquele ramo do direito atuou, na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916 sobre certo espectro da atividade mercantil, transformada recentemente em certos limites pelo Código Civil de 2002 e que certamente merecerá um novo equacionamento no futuro, seja pela evolução própria que tem sido uma das características essenciais do Direito Comercial, seja outra vez pela atuação direta do legislador, o qual será obrigado a reconhecer certas realidades que já se mostram presentes e que se encontram em processo de desenvolvimento mais profundo. É em relação a este futuro que pretendemos fazer algumas considerações a partir da verificação de fatores que já se encontram presentes, identificando-se existir em *gestação* um novo *embrião jurídico*, que se revelará o futuro Direito Comercial. A análise prende-se ao direito brasileiro, entendido que ele se integra substancialmente no direito continental europeu, ou romano-germânico, diferente de sua configuração e evolução nos países da *common law*.

O fenômeno diz respeito fundamentalmente à adoção da empresa como instrumento do exercício da atividade econômica, o que se dá não somente no campo do direito privado estrito senso, mas também no das sociedades de economia mista e nas empresas públicas[32], unindo-se em certa medida esses dois ramos do direito sob tal prisma. Estão aí para demonstrar a tese as parcerias público-privadas. Observe-se, a propósito que, mesmo deixando o Estado moderno cada vez mais de exercer a atividade econômica diretamente (o *Estado Empresário*), a sua presença como regulador dessa mesma atividade é cada vez mais intensa. O efeito no plano jurídico é o enorme crescimento de um ramo do direito que poderia ser chamado de *direito comercial público-privado*, com uma nuance bastante diversa das características que informam o Direito Econômico. Este, como se sabe, padece de uma crônica crise de identidade.

Mas a preocupação deste momento é com o avanço do Direito Comercial na direção de outras atividades tradicionalmente inerentes ao Direito Civil, para além da atração que em relação a elas, o legislador do Código Civil estabeleceu com o instituto do *elemento de empresa* no parágrafo único do artigo 966. Neste sentido, como se sabe, a atividade intelectual (de natureza científica, literária ou artística), mesmo quando realizada com o concurso de auxiliares ou colaboradores, remanesce no campo do Direito Civil, exceto quando se tornar *elemento de empresa*.

Há certa sutileza indecifrável no conceito acima (ou, ainda, uma contradição), que já havíamos identificado anteriormente[33]. Isto porque o fato de que alguém exerça profissionalmente uma atividade econômica naqueles setores, buscando o lucro como resultado final e se utilizando de empregados ou de outros tipos de colaboradores (prestadores de serviços administrativos, técnicos e/ou liberais) somente será considerado de natureza mercantil quando essa mesma atividade puder ser identificada como *elemento de empresa*, ou seja, integrada ou subsumida em outra daquela mesma natureza.

---

[32] Sempre é bom lembrar que as sociedades de economia mista e suas subsidiárias são, no fundo, sociedades empresárias privadas, dotadas de **controle governamental** (CF, art. 173, *caput* e inciso II).
[33] Vide, a propósito, o item 3.2 do Vol. 1 do nosso *Curso.*

Para podermos enfrentar o problema de forma mais adequada, precisaremos analisar ainda que muito brevemente como o Direito Comercial se caracterizou no passado (distante e mais recente), de que forma ele pode ser atualmente identificado, de maneira a se vislumbrá-lo em sua evolução. Sim, porque fundamentalmente é de evolução se trata (sabe-se que também no direito e no Direito Comercial particularmente, praticamente pouco ou quase nada se cria, tudo se aproveita), mas também de certo rompimento de paradigmas, representando esta circunstância um *salto qualitativo* no processo evolutivo.

Como se sabe, o Direito Comercial na sua configuração como um ente jurídico autônomo, surgiu na Idade Média, no âmbito das corporações de ofícios, como um direito exclusivamente aplicável aos membros daquelas, a partir da construção de institutos nascidos da insuficiência do direito comum (fosse ele o Direito Romano ou o direito local) e provocados pela batalha que os comerciantes travaram diante do obscurantismo do Direito Canônico no que dizia respeito ao exercício do comércio, a partir de uma visão e aplicação deturpadas de fundamentos do cristianismo (os quais, por sua vez, em grande parte originam-se do Antigo Testamento hebraico).

Como se sabe, o enfrentamento que os comerciantes faziam ao Direito Canônico foi provocado por causa das determinações que aquele apresentava especialmente em relação à proibição da cobrança de juros e ao ganho no câmbio. Pode-se afirmar que o Direito Canônico operava contra algumas *leis econômicas*, que foram *reveladas* somente em época muito distante no futuro (desta forma, o anacronismo é aparente e não real porque tais leis já existiam e coube aos economistas identificá-las e entendê-las, ainda dentro de um processo de descobertas progressivas). É claro que em cada tipo de economia aplicam-se as leis próprias, em cada lugar e em cada momento histórico.

Os institutos já então regulados de forma satisfatória pelo direito comum, segundo as necessidades dos comerciantes (por exemplo, a propriedade e alguns contratos) foram por estes aproveitados e eventualmente enriquecidos no exercício de sua atividade. Afinal de contas, há de se reconhecer que também no campo do direito opera a chamada *lei do menor esforço*, no sentido de que recorreram os comerciantes naquele tempo aos institutos que já existiam e que serviam adequadamente aos propósitos do comércio, não carecendo instituírem um novo tratamento. Desta forma, não aumentavam os mercadores o que mais tarde seria designado pelos economistas modernos como *custos de transação*, de forma a não onerar ainda mais e desnecessariamente a sua atividade.

De outro lado, o impedimento à cobrança de juros em operações de empréstimo ou de se aplicar uma taxa diferenciada nas operações de câmbio eram restrições que na maior parte dos casos teriam inviabilizado o exercício do comércio. Daí que os comerciantes criaram diversos *mecanismos de fuga*, com recurso à flexibilidade da *letra de câmbio*, que então se desenvolvia, tais como a compra e venda com recompra por preço maior e o *cambio com la ricorsa* (câmbio de retorno).

No primeiro caso, disfarçando-se um negócio de empréstimo, alguém comprava um bem por determinado preço e mais tarde o revendia à mesma contraparte por um preço menor. A diferença de preços representava os juros que o vendedor havia estabelecido.

No segundo caso, lembre-se que a moeda era considerada *estéril* pelo Direito Canônico, ou seja, não era capaz de gerar filhos (estes representados pelos juros que os emprestadores pretendiam, segundo a noção canônica, ilicitamente cobrar dos seus clientes). Assim, o dinheiro resultante de um mútuo deveria ser pago na mesma qualidade e quantidade. Como consequência, se alguém fazia o câmbio de uma moeda por outra na mesma praça (câmbio local), o negócio somente poderia ser realizado unidade contra unidade, não se reconhecendo

a possibilidade de uma moeda encontrar-se mais *apreciada* em relação à outra, ou seja, a existência de uma *taxa de câmbio* que justificasse uma diferença de preço, propiciando o estabelecimento de cotações[34].

Mas, por outro lado, o Direito Canônico aceitava que o banqueiro pudesse cobrar alguma coisa pela entrega de moeda vendida em praça diferente daquela em que havia sido comprada (câmbio trajectício), justificando-se este sobre-preço como o custo do transporte e/ou do risco correspondente, pois a moeda era criada a partir de metais preciosos (ou o próprio metal em barras ou sob outra forma) e salteadores ou piratas sempre existiram. Ora, não demorou muito para que os comerciantes começassem a sacar entre si uma letra de câmbio de uma praça para outra, em moedas diversas entre si, seguida de outra letra de câmbio para a praça original, com uma diferença de preço entre as duas. Era o *cambio de retorno*.

Importante é ressaltar que os comerciantes se reuniram em torno de corporações organizadas em relação aos mais diversos ofícios e dentro delas começaram a criar costumeiramente *normas paralelas* ao direito posto, pouco a pouco reunidas em documentos que, mais tarde, vieram a formar os primeiros *códigos* normativos que regiam a sua atividade. O *enforcement* de tais normas se deu inicialmente de maneira voluntária, mas eficaz porque o comerciante condenado por algum dos *tribunais de comércio* que voluntariamente foram constituídos ficaria *queimado* para o mercado se descumprisse a decisão proferida em seu desfavor.

Havendo as corporações se fortalecido internamente e também externamente, neste último sentido a sua jurisdição passou a envolver terceiros não comerciantes (desde que a questão posta diante dos tribunais consulares tivesse um comerciante como parte). Mais adiante, no futuro, as normas nascidas no seio das corporações extravasaram o seu âmbito e foram aplicadas de forma mais generalizada.

No entanto, circunstâncias políticas e econômicas mudavam o cenário, havendo bem mais tarde surgido o Estado Nacional, dotado de jurisdição sobre todo o seu território. O rei, fortalecido, passou a submeter sob seu jugo as corporações de mercadores, havendo *nacionalizado* o Direito Comercial que já se caracterizava como um corpo específico de normas, guardadas naqueles primeiros *códigos costumeiros*, dos quais falamos há pouco. Foi assim que em França o rei Luís XIV promulgou duas Ordenações, uma para o comércio terrestre (1673), outra para o comércio marítimo (1681), havendo-as transformado em leis gerais para o comércio mercantil, tendo se dado o consequente esvaziamento da construção anterior, fundada na consolidação de usos e costumes mercantis, que se inspirou profundamente naquelas ordenações.

Este processo apresenta um marco histórico com a extinção das corporações em França, pela Lei Le Chapellier, de 1792 e a promulgação do Código Comercial Francês em 1807.

Importa ressaltar neste passo que o legislador francês procurou delimitar o campo do Direito Comercial por meio da tentativa de construção do conceito de *ato de comércio*, intenção que se revelou irrealizável, precisamente pela falta da identificação de critérios lógico-científicos que pudessem levar a tal objetivo. Isto porque, conforme se verificou pela evolução errática do

---

[34] Observe-se que a forma pela qual se forma a taxa de câmbio no mercado ainda é um mistério relevante para a grande maioria dos que nele operam e também para a unanimidade dos ministros da fazenda que pretendem estabelecer o valor da moeda do seu país por meio de algum mecanismo econômico, geralmente derrapando de forma catastrófica nos resultados.

Direito Comercial, ele jamais poderia alcançar o grau de ciência *ontológica*, mas tão somente *histórica*.[35]

Aqui em nossas plagas, na busca da construção do modelo brasileiro de um Código Comercial, tornado realidade em 1850, os seus organizadores procuraram safar-se da *sinuca de bico* na qual se havia colocado o seu similar francês, havendo optado trocar o conceito fulcral de *ato de comércio* ali existente pelo estabelecimento de sua fronteira sobre conceito necessariamente impreciso de *mercancia*, cuja base estava, justamente, na verificação dos campos de atividade que historicamente haviam sido objeto do Direito Comercial, o que caberia ao juiz identificar em cada caso concreto. E para *facilitar* a vida do magistrado pátrio, foi publicado o Regulamento 737, também de 1850, cujo artigo 19 relacionava, *a título de exemplo,* os mesmos *atos de comércio* como tais identificados pelo Código Civil francês. Mas *mercancia* significava *atividade* e não *ato*, fato que demonstrou a extrema modernidade dentro da qual operavam os gestores do nosso Código Comercial, morto em circunstâncias trágicas pelo legislador de 2002, não tendo deixado herdeiro à sua altura.

A sedimentação da jurisprudência dos tribunais brasileiros chegou a identificar ao tempo da vigência do Código Comercial (bem em muitos momentos, mal em outros) que tipos de atividades específicas eram considerados de natureza mercantil, propiciando, assim, a aplicação de suas normas. Dificuldades precisaram ser superadas progressivamente, em relação a novos campos de atividades, desconhecidas pelo legislador da época do Código Comercial Francês. Isto porque, é evidente, setores novos para o exercício do comércio surgiram depois de 1807 e isto vem ocorrendo em velocidade cada vez maior nos últimos anos. Assim nos encontrávamos quando foi promulgado o Código Civil de 2002, que adotou uma identificação do empresário e da sociedade empresária pelos já referidos critérios presentes nos artigos 966 e 982.

Um dos grandes problemas da sistemática vigente está no tratamento da atividade intelectual, nos seus diversos aspectos, afastada de sua caracterização como mercantil, exceto quando se identificar como *elemento de empresa*. Isto porque, considerando-se a empresa tradicionalmente segundo um dos perfis identificados por Asquini como *atividade organizada* (ou como *feixe de contratos* na visão de Coase), o legislador se esqueceu que hoje em dia parte significativa da atividade intelectual adota a empresa como forma para o seu exercício. E aí, ela não pode ser tomada como elemento de si mesma. E este é um ponto de rompimento com o passado do Direito Comercial.

Em qualquer setor da atividade econômica intelectual avulta cada vez mais a opção pela empresa, não sendo possível identificar qualquer diferença estrutural entre uma voltada para um campo historicamente considerado como mercantil e outro intelectual, mesmo quando se trata do exercício de profissões chamadas *liberais.*

Por exemplo, muito antes do regime jurídico atual, os hospitais já eram considerados como empresas mercantis. Se assim já se reconhecia no passado, a evolução de sua estrutura mostra um perfil cada vez mais empresarial. Por exemplo, não precisamente com o objetivo de lucrar com a iniciativa, mas alguns dos melhores hospitais de São Paulo (nos quais já operavam lanchonetes franqueadas de boa qualidade) passaram de um tempo a esta parte a manterem restaurantes de alta qualidade, com cardápio variado. Tal objetivo revelou-se, ao mesmo tempo, um benefício aos acompanhantes de pacientes ali internados (não costuma, mesmo, ser intragável a *comida de hospital?*), um mecanismo de *marketing* e uma nova opção gastronômica para pessoas em busca de qualidade na sua alimentação, favorecida muitas vezes por uma localização privilegiada. A par disto, a publicidade direta que os hospitais têm feito pelos

---

[35] Cf. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1969, pp. 13 e 14.

diversos meios de comunicação, na disputa de uma clientela indistinta, os identifica claramente com as empresas mercantis *tradicionais*.

Os laboratórios de análises clínicas, por sua vez, se abriram para outras atividades afins, como o *hospital-dia*. Tanto nestes como naqueles, o exercício da atividade de medicina vem sendo feito de forma cada vez mais despersonalizada, notando-se que o *cliente* (que é um consumidor segundo a legislação própria), dentro das opções dos seus planos de saúde, ou em caráter particular, dá preferência à *empresa* que lhe ofereça melhor tratamento e atenção, havendo nestes casos desaparecido a relação pessoal médico-paciente. O cliente é uma ficha nas mãos do médico de plantão e este um profissional geralmente desconhecido para o primeiro, em cuja qualificação acredita porque se encontra *respaldado* por uma *empresa* de renome.

Por sua vez, a organização interna dos hospitais toma a feição de verdadeiras *franquias*, quando os seus serviços especializados são cedidos a equipes fechadas de médicos de renome e que dão confiabilidade ao *sistema*. A este respeito, verifica-se que a busca por profissionais de competência reconhecida (e capazes de agregarem nova *clientela*), se transforma em uma *briga no mercado*, fazendo-se a sua captação pelo oferecimento de melhores condições de trabalho e de remuneração, tal como acontece na atividade comercial, industrial e financeira.

Em algumas outras profissões (como engenharia e arquitetura) o caráter empresarial não se encontra ainda tão desenvolvido, mas nelas tem sido adotado o mesmo sistema operacional da *empresa*.

Talvez o setor que, depois da medicina, mais tenha se aproximado da figura da empresa mercantil na sua forma operacional seja o da advocacia. Grandes e até mesmo macro escritórios têm marcado a sua presença no mercado, especialmente nas grandes cidades, dividindo sua presença entre a *matriz* e diversas *filiais* que se espalham por locais considerados estratégicos. Em sua organização interna existem os mesmos departamentos e facilidades das empresas tradicionais; são instituídos quadros de carreira, dotados de hierarquia e com planos de saúde e de previdência; adota-se sistema de gerenciamento profissional e de auditorias interna e externa; a morte do fundador não caracteriza necessariamente a extinção do *estabelecimento*, que continua com os demais participantes. Ressalte-se que deste fato avulta um sentido *institucional* presente nesta e em outras atividades tradicionalmente liberais. Isto porque a empresa em geral busca auferir lucros em caráter duradouro, pensando e agindo em vista do longo prazo, do que decorre a necessidade de se demonstrar aos clientes que ela estará ali no futuro próximo ou mais distante, para lhe dar segurança quanto a problemas que possam surgir (o *recall* de automóveis é um exemplo frisante).

Há um enorme custo na atualidade na prestação liberal de serviços (direto e indireto) este outro fator que as predispõe para a empresarialidade. Os exemplos são inúmeros: a disponibilidade de equipamentos hospitalares e dos necessários à realização de exames clínicos em larga escala pela adoção de modernas tecnologias; a instalação de redes de informatização da atividade e a compra dos programas para sua utilização; a manutenção de uma infra-estrutura de pessoas e de materiais destinados à realização da atividade-fim; os seguros cuja contratação se torna imprescindível; eventuais contratos de licença a serem celebrados; a abertura de *filiais* objetivando racionalizar os serviços no plano horizontal; a necessidade de se dar aos prestadores de serviços um treinamento contínuo e de qualidade; etc.

A clientela é disputada no mercado por meio da participação em *tomadas de preço* que fazem os clientes junto a tais escritórios, considerados por aqueles em um mesmo patamar quanto à qualidade dos seus serviços, ou seja, surgindo o reconhecimento de uma *fungibilidade relativa* na prestação dos seus serviços. Do seu lado, tais escritórios procuram criar algum tipo

diferencial de qualidade diante do mercado, que sirva para ganhar e manter clientes. Por exemplo, o atendimento pessoal pelos sócios *seniors*, especialidade, prontidão, rapidez na solução dos casos, etc. são alguns dos ingredientes apresentados como fatores de qualidade diferenciada.

Fusões, aquisições e cisões (em termos) têm sido costumeiras em tais *empresas*, que procuram melhorar o seu *staff*, adquirindo junto com eles boas *carteiras de clientes*. De outro lado, como se disse acima, a morte do sócio fundador que, em vida, levou o escritório a uma posição de destaque no cenário de sua atividade não mais caracteriza uma fuga geral de clientes. Estes se sentem seguros em continuar sendo atendidos pela mesma *organização,* considerada a sua estabilidade. A própria *denominação* do escritório torna-se uma *marca* importante no mercado, tanto que se procura mantê-la sem alterações, malgrado a mudança dos sócios que a formaram originalmente.

Proibidos de fazerem publicidade direta, nem por isto a busca pela clientela deixa de ser feita por outros meios, tais como o patrocínio de seminários e a publicação de obras jurídicas, a publicação de trabalhos pelos sócios e advogados dos escritórios na mídia especializada, etc., todos com o objetivo de destacar a qualidade daquela *empresa* no *nicho do mercado* que se encontra explorando. A este respeito, são encontrados escritórios *de massa*, outros atuando em certas especialidades e outros que apresentam a característica de *boutique*, com atendimento personalizado aos seus clientes.

Nos Estados Unidos, como se sabe, os escritórios de advocacia podem realmente se organizar sob a forma de empresas (muitos deles macro empresas, na verdade, e até mesmo de âmbito internacional), disputando diretamente a clientela no mercado pela utilização de todos os meios publicitários existentes, agindo agressivamente com tal objetivo e adotando *linhas de produção* altamente especializadas em certas áreas do direito. Um resultado negativo dessa realidade está na imagem nada abonadora que os profissionais do direito merecem, geralmente, naquele país, lembrando-se, a propósito que a primeira vítima no primeiro episódio do *Parque dos Dinossauros* foi um causídico, devorado em circunstâncias não muito respeitáveis.

O limite da empresarialidade no caso das profissões liberais, no entanto, esbarra no marco legal, que pode ser modificado ao sabor da evolução das maneiras como estão sendo exercidas as atividades intelectuais, respeitados certos limites.

Bem, e daí? Interessaria aos profissionais liberais assumirem o *status* de empresários em todos os seus aspectos, ou seja, nos direitos e obrigações correspondentes? Ou, de outro lado, seria esta situação juridicamente útil para a sua clientela e para os terceiros com os quais se defrontam no mercado correspondente? Haveria um ganho para a coletividade? Que tipos de incompatibilidades existiriam na caracterização da atividade empresarial liberal como empresaria?

Em algumas coisas vemos compatibilidade, em outras não, mas que são passíveis de superação pela adoção de um regime híbrido. É claro que os sócios controladores de um escritório de grande renome, organizado se possível sob a forma de companhia aberta gostariam muito de, em determinado momento, fazerem uma *OPA* e assim transferirem as ações de sua titularidade para outros interessados, realizando um grande lucro. Este caminho já foi seguido por um escritório australiano, que abriu o seu capital[36].

---

[36] Trata-se do escritório Slater & Gordon, que se tornou o primeiro no mundo a ter o capital aberto, com ações negociadas em bolsa. Veja-se em http://www.legalweek.com/legal-week/news/1728813/worlds-listed-law-firm-posts-double-digit-increase-revenues.

De outro lado penso que não lhes apeteceria nem seria condizente com uma realidade especialíssima, recorrer a uma operação de *recuperação empresarial* ou de ter a sua falência requerida por um credor perante o qual viessem a ficar inadimplentes.

Interessante é observar (para notar uma relação de identidade com empresas comerciais seculares) que o mecanismo da recuperação empresarial é inconsistente tanto na área bancária, quanto na prestação de serviços de profissionais liberais. Isto porque as duas atividades são particularizadas pelo elemento *confiança*. Desaparecida esta, perdida está a empresa nos dois casos.

Uma questão importante estará na compatibilização dos modelos de responsabilidade das sociedades de profissionais liberais (do tipo simples, mesmo que na forma de limitada) e das sociedades empresárias (limitadas e anônimas, principalmente). Nas primeiras, seu regime peculiar, conforme a legislação regedora de cada categoria profissional, implica na responsabilidade pessoal dos sócios de forma ilimitada diante dos prejuízos causados aos clientes (independentemente do seu capital) e nas segundas existe uma limitação desta responsabilidade em relação ao capital social, sem repercussão no patrimônio particular dos sócios, como regra geral.

A peculiaridade acima mencionada não interfere com a construção de uma sistemática empresarial para as profissões liberais (os hospitais já o são de longa data, como visto acima). Basta dizer que os serviços prestados nessa área de atividade são considerados relações de consumo, nas quais o prestador liberal é considerado um fornecedor. Tão somente o direito do consumidor diferenciou o modelo de responsabilidade dos profissionais liberais, que foi fundado na prova da culpa, não a havendo estabelecido sobre o prisma objetivo, tendo em vista as características peculiares segundo as quais tais serviços são prestados (CDC, art. 14, § 4º).

Conclusão

Por todo o exposto, infere-se que o futuro (breve ou longo, não sei) reserva profundas mudanças na forma pela qual a legislação atentará para a prestação de serviços pelos profissionais liberais, em vista do seu caráter já presente de intensa empresarialidade e que evolui a passos largos. Como sempre aconteceu na história do Direito Comercial, ele se aproveitou de estruturas já existentes e as adotou com as modificações cabíveis para o fim de proporcionar melhor eficiência na realização de lucros pela exploração das mais diversas atividades. Isto já ocorre com as profissões liberais e o legislador terá que andar rápido para evitar a deturpação do fundamento sobre o qual devem se exercer, como seja, o respeito ao *cliente* na sua individualidade.

Enquanto isto, as *corporações* que regem tais atividades em seus diversos setores, de um lado não podem perder o *bonde da história*, prendendo-se a preconceitos irrelevantes e, consequentemente, devem tomar as rédeas do processo para cercar as mudanças que virão com os devidos cuidados que devem cercar o exercício das profissões liberais, dele retirando o ranço medieval que ainda subsiste em certos aspectos.

A DESVALIA DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL

(Com Carlos Henrique Abrão, Érica Gorga e Rachel Sztajn)

"O Estado de São Paulo", 07.06.2016

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 1.572/11, cuja intenção é estabelecer projeto de codificação abrangente, o Novo Código Comercial, dotado de amplas normas empresariais para supostamente buscar autonomia em relação ao Direito Civil e implantar mecanismos de melhorias nas áreas empresariais.

Ledo e crasso engano. A volta de um sistema de codificação comercial nos moldes da era napoleônica para disciplinar a realidade mutável das empresas e do mercado é retroceder a 1800.

O dinamismo da globalização e da vida empresarial contemporânea requer modelo regulatório baseado em microssistemas, os quais não permitem macro disciplinas. Isto não apenas pela demora na tramitação, mas, sobretudo, pela imensa dificuldade de sistematização universal de normas que regulem a realidade empresarial mutável e multifacetada que muitas vezes demanda reformas rápidas e pontuais, como é o caso da regulação financeira e de mercado de capitais.

O projeto que tramita desde 2011 não merece aplausos, mas sim críticas. Isto porque estiliza conflitos, contradições, reforma o recém-introduzido Código de Processo Civil nos aspectos da dissolução parcial de sociedade e ainda no enfoque da desconsideração da personalidade jurídica, criando, além disso, desastroso espaço para regulamentar o agronegócio.

A rigor, o Código de 1850, exceção feita ao Direito Marítimo, encontra-se completamente revogado pelo atual Código Civil, daí a necessidade de mecanismos de conciliação entre as normas, e não criação de novos entrechoques para que a jurisprudência demore décadas até consolidar a sua intepretação.

É premente, antes de mais nada, a reforma da Lei de Sociedades Anônimas (6.404/76), a do Mercado de Capitais (6.385/76), legislar sobre os Títulos de Crédito Cibernéticos, incorporando-se contratos empresariais e, principalmente, na conjuntura atual, a reforma da Lei de Recuperação e Falências (11.101/05).

O conteúdo neoliberal do Projeto de Lei 1.572/2011 é por demais aberto, permitindo ampla liberdade de interpretação e favorecendo a criação de linhas doutrinárias e de jurisprudência divergentes. Essa pletora de interpretações possíveis acarretará insegurança jurídica e incomensuráveis prejuízos à atividade empresarial. As regras gerais dificultam a responsabilidade e prejudicam a formação de ambiente ético de negócios, que reduza a corrupção e gere confiança e credibilidade no mercado internacional.

O projeto de novo código carece de regulamentação da área bancária; dos seguros; desconecta prazos prescricionais já estabelecidos; perde-se em minimalismos principiológicos; comete deslizes na disciplina dos contratos empresariais e também na cadeia do agronegócio; traz expressões pouco compreensíveis ou de fácil interpretação; cria processo para a área de recuperação de empresas e falimentar quebrando o sistema especial já em vigor; e esquarteja normas em vigor sem preocupação de coesão, coerência e simplificação. Além disso, utiliza expressões retrógradas em referência a armazéns gerais, *warrant* e força probatória dos livros em desconexão com realidade de hoje quando os registros, na sua maioria, são todos eletrônicos.

Propagar o Direito Empresarial do futuro significa indicar quais os setores que necessitam de regulação específica e concreta - não de princípios gerais - visando, sobretudo, a estabilidade e segurança jurídicas, em razão da integração do mercado global.

Necessitamos cogitar de dados estatísticos confiáveis, baseados no aumento gritante das insolvências empresariais, modelo pragmático da atividade econômica, além de níveis pertinentes aos órgãos reguladores para o exercício da concorrência e integração com as demais cadeias produtivas.

Não podemos, ainda, descartar a viabilidade de capital mínimo para as sociedades empresarias e monitoramento dos registros públicos de empresas, no propósito da regularização e consequente acompanhamento de todas as alterações capazes de interferir no seu próprio objeto social.

A encruzilhada contemporânea brasileira torna de rigor soerguer a criação de ambiente propício e favorável ao desenvolvimento da atividade empresarial, livre de amarras, burocracias e, principalmente, com o afastamento da mão visível do Estado e com a internacionalização das relações empresariais multidisciplinares.

O Brasil precisa, portanto, rapidamente, vencer a deprimente derrota da Copa de 2014 e não ser o titular da medalha de ouro da corrupção, por causa da imunidade parlamentar, de acordo com o Jornal New York Times, fatores decisivos para que a atividade empresarial não seja apenas modelo de lei, mas sim exemplo de realidade. A atividade empresarial necessita encontrar um caminho próprio, desligada do Estado dito paternalista – assumindo os riscos pertinentes, de um lado e apropriando-se do lucro correspondente, do outro - com a consciência tranquila de ter feito o seu papel dentro de um regime de livre mercado. Neste cenário ela não é atacada como um inimigo da sociedade, mas considerada como fator contributivo do progresso.

Pinçados esses aspectos relevantes, torna-se inadiável a suspensão legislativa do citado projeto (engendrado em um ambiente fechado), tendo em vista todos os motivos acima relacionados. Torna-se urgente a constituição de uma comissão multidisciplinar, inclusive questionando a necessidade de codificação na área empresarial.

Em um novo cenário, é preciso repensar a fronteira entre o Direito Civil e o Direito Comercial, encontrando-se o Brasil altamente defasado em relação a outros ordenamentos jurídicos nos quais, por exemplo, sociedades de advogados já alcançaram o status de companhias abertas.

Essa pretensão de renovação empresarial, nada mais, nada menos, simboliza desvalia e retrocesso secular que o nosso legislador não pode prestigiar, sob pena de piorar ainda mais a instabilidade das empresas e dos negócios no País.

O PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL: UM OVI (OBJETO VOADOR INDESEJÁVEL)

- 14.07.2016 -

Pedro Bó: "O projeto do Código Comercial atenderá as necessidades dos comerciantes?"

"Não, Pedro Bó. Só a vaidade dos seus criadores".

No começo da década de 70 do século passado, milênio vencido, tivemos o nosso Conselheiro Acácio na figura de Pedro Bó, parte do inesquecível elenco do programa de TV *Chico City*, criado pelo eterno Chico Anísio. Tal como seu modelo português, Pedro Bó somente falava evidências evidentes. Mas no caso do projeto de Código Comercial em andamento, ele teria mais do que razão.

Rememoremos a história desse objeto OVI. Seu autor original elaborou um anteprojeto, na forma de um livro que publicou. Um deputado o encampou, tornando-o projeto e um ministro da Justiça o levou adiante. Por coincidência todos os personagens eram/são do PT. Mais de uma vez este comentarista se insurgiu contra o malfadado projeto por meio de diversos artigos publicados alguns meios da mídia, tendo se formado um grupo coeso de juristas renomados que o contrariavam. Dito projeto, dizem, foi *"melhorado"* pelo trabalho de uma comissão designada na Câmara dos Deputados e se encontra pronto para votação.

Não tenho aqui a pretensão de buscar algumas das muitas falhas do projeto no *"varejo",* mas de uma vez mais, mostrar a sua impropriedade, atemporalidade e desvio do verdadeiro rumo que deveria ser adotado no aperfeiçoamento da legislação mercantil pátria.

Acho que todos nós sabemos que nos encontramos no século XXI, muito tempo depois que foram engendrados e tornados em lei os famosos códigos de natureza civil e comercial da Europa continental. O mundo mudou sensivelmente, nem é preciso falar, tanto do ponto de vista da natureza das relações humanas, quanto da velocidade em que elas se desenvolvem. Se é que nas operações *on line* se pode falar em velocidade, tão instantâneas elas parecem ser. A complexidade da atividade mercantil é cada vez mais acentuada e claramente não cabe mais no bojo de um corpo de leis uno, que não pode contemplar todas as operações mercantis, afetadas de repente em um dos setores mais importantes, por exemplo, por um surpreendente *Brexit*. Neste último caso o desavisado eleitor inglês com o seu voto pode ter dado fim a um centro financeiro que necessitou de séculos para consolidar-se, a *City Londrina*.

É certo que alguns países ainda mantêm os seus códigos centenários, como acontece com a Itália e a França, entre outros. Mas tais códigos vêm sendo atualizados progressivamente, a par de terem ao seu lado leis especiais que regem determinadas matérias mais especializadas. O Brasil poderia ter feito isto com o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850, tendo preferido jogar na lata do lixo aqueles dois monumentos legislativos, na sua integralidade. E o que era bom no nosso Código Comercial não foi aproveitado no Civil de 2002. Pelo contrário, o Direito Mercantil foi enxertado de baboseiras que o desfiguraram, especialmente no campo da liberdade de contratar do empresário mercantil.

Já que assim foi feito, tendo em conta a necessidade de atualização de diversos institutos do Direito Comercial a solução mais viável seria a de se trabalhar com microssistemas

especializados, devidamente integrados entre si por leis mais gerais. Por exemplo, ao invés de se jogar no Código Comercial a tutela das sociedades mercantis, deveríamos ter uma lei societária geral, que acolhesse todas as sociedades necessárias a esse campo de atividade. No tocante às companhias, o andor teria de ser levado com muito cuidado para que ele não caísse. Afinal de contas, essa lei tem sido um modelo de coerência, algumas vezes amarrotada pelo legislador desavisado. E se o projeto apresenta uma seção geral para tal fim, ele se perde em banalidades desnecessárias. Além disto, continua retrógrado em não acatar a sociedade unipessoal, já tão conhecida em outros ordenamentos jurídicos e deixa a EIRELI pendurada no vácuo.

Teremos então um regime de *sociedades civis no código próprio e outro para as sociedades mercantis, coisa para gerar confusão prá lá de metro*, como diz o caipira. E observe-se que as normas gerais do projeto certamente brigarão com as normas regedoras das sociedades em espécie, o que criará grandes celeumas judiciárias.

Além disto, está já vencido o tempo da separação da atividade econômica em empresarial e não empresarial. No mundo moderno a diferença entre elas não mais existe. Não há qualquer diferença entre uma grande sociedade de advogados, de auditores, de engenheiros, etc. e uma indústria, do ponto de vista organizacional e até mesmo da *marca* que os primeiros criam no mercado. É por isto que em países de direito moderno já encaram a atividade liberal como qualquer outra, tendo se visto sociedades de advogados na categoria de companhias abertas na Inglaterra e na Austrália.

Vivemos em um mundo de faz de conta, no qual os profissionais liberais não têm direito a fazerem a publicidade dos seus escritórios (mas o fazem ainda assim, por meio dos seus sites na internet), enquanto os hospitais são livres para se mostrarem no mercado. O tipo serviço de uma clínica de dois médicos é o mesmo prestado por um hospital. O que varia é a estrutura. E os hospitais tradicionalmente têm sido reconhecidos como empresas mercantis. Não, não é para entender. A partir de que tamanho uma clínica medica vira um hospital? Eu não sei, caro leitor.

Dificultamos e encarecemos precisamente a atividade liberal porque ainda proibimos as sociedades constituídas por sócios com diversa profissão. Desta maneira um escritório de advocacia atuante na área da propriedade intelectual não pode ter um sócio engenheiro, farmacêutico, médico, etc. Essa possibilidade levaria a uma sensível redução de custos de transação em benefício do mercado e, uma vez devidamente regulada, nada impediria a atribuição de responsabilidade dos sócios por culpa ou dolo no exercício de suas funções. Neste sentido, o Brasil ainda é uma paróquia, na qual cada padre só pode atuar nos seus limites geográficos, *muuuito limitados*.

Há um claro descasamento no projeto, na medida em que ele define o empresário e regula a sua atividade nos arts. 12 e segs, mas tem como objeto da proteção a empresa nos arts. 73 e segs, sem defini-la.

Em substância, qual seria a diferença entre o negócio jurídico civil e o empresarial, que recebe um regramento próprio no projeto? Para mim Emilio Betti teve um ataque cardíaco no túmulo ao tomar conhecimento dessa parte do projeto. O mesmo pode ser dito no que diz respeito à interpretação do negócio jurídico empresarial, cuja diferença, a meu ver, estaria apenas no atendimento aos costumes mercantis, o que não se vê no campo civil. *Modus in rebus*.

E o comércio eletrônico? Será ele apanágio do empresário (mercantil), tendo em conta a miríade de novas atividades que se desenrolam nesse meio? O Google é um empresário mercantil?

A regência dos grupos societários (de direito) continua na mesmice da legislação atual, não tendo avançado sequer um milímetro na apresentação de soluções dos problemas que tem se mostrado, não servindo para torná-los uma realidade no direito brasileiro, tendo sido praticamente uma figura de retórica jurídica.

O projeto tem, ainda, uma seção destinada aos contratos empresariais. Mais uma vez, que diferença ontológica existe entre estes e os contratos civis? O que de especial se apresenta em termos da interpretação do contrato empresarial, conforme está colocado no art. 281 do Projeto? Somente o contrato empresarial detém uma função econômica? Emilio Betti, coitado, teve um segundo enfarte dentro do seu caixão.

Depois o projeto passa a cuidar de alguns contratos em particular. Eles estarão ao lado de contratos da mesma espécie no Código Civil e quando identificadas diferenças de tratamento, certamente teremos muita discussão no Judiciário, atrás o perdedor de uma condição mais favorável em uma ou outra situação. Afinal de contas, não se trataria de isonomia? Dessa forma, como ficariam os empresários civis que celebram os mesmos contratos?

Como novidade o projeto cuida dos contratos de logística, cuja definição jurídica é desconhecida, abrangendo o armazenamento e o transporte de cargas. É só isto de que trata a tal logística?

Vamos ficar por aqui nesta jornada.

Ainda há muito o que falar (mal) do projeto.

PROJETOS DE CÓDIGO DE DIREITO COMERCIAL: NÃO LI E NÃO GOSTEI!

- 22.05.2018 -

Não bastasse só um projeto para o sofrimento dos bons comercialistas, existem dois projetos de Código Comercial em andamento no Congresso. Naturalmente, um é da Câmara dos Deputados e outro do Senado. Depois de sete anos de discussões a partir de um malfadado pré-projeto, depois convertido em projeto de lei, eis que se teima em levar adiante uma iniciativa que seria própria do século XIX, contemporânea do código napoleônico de 1807. E olha que muita água passou por debaixo das pontes do Rio Sena depois daquela época.

Se algum leitor não sabe, lá no passado distante havia se chegado à conclusão de que a humanidade havia chegado ao potencial máximo do conhecimento, sobre o qual nada mais havia a se acrescentar. Tratava-se, portanto de historiar por escrito tudo o que se conhecia, de maneira a que se pudesse ter acesso ao apogeu da história. Assim se formou o movimento do Enciclopedismo, liderado por Diderot e d'Alembert. Podemos ter certeza absoluta de que entre o surgimento da ideia e a redação primeira linha do primeiro volume daquela enciclopédia o conhecimento havia se enriquecido de maneira substancial, mesmo que naquele tempo sua velocidade fosse mais próxima do que o da tartaruga *"The Flash",* bichinho de estimação cuja propriedade foi atribuída a um dos nossos notáveis ex-presidentes. Aquela era a época do chamado *iluminismo*, muito apagado, como se revelou na sequência da história. Imagine-se nos dias de hoje quando dormimos *"conhecentes"* e acordamos analfabetos porque do outro lado do mundo onde era dia o saber evoluiu mais depressa do que notícia falsa na internet.

Não li os projetos na fase e que estão e não gostei por questão de princípio. Em um mundo globalizado que evolui tão rapidamente no conhecimento e na vida social, como se pode conceber enfiar goela abaixo dos empresários um código que tem mais artigos no seu texto (dois mil) do que discurso de acadêmico? Quais são as instituições de Direito Comercial que têm subsistido incólumes ao longo dos últimos anos? Não somente estas, as instituições em geral de que fala Douglas North estão em plena crise. Que o digam os cidadãos de um mundo em que não são mais respeitados os tratados internacionais, os direitos adquiridos, a propriedade, a coisa julgada e por aí afora.

Lembro-me de que gastei muitos anos da minha vida estudando a teoria geral dos títulos de crédito e os títulos em espécie. Meu exemplar da obra de Ascarelli está gasto de tanto que o consultei e o marquei em todas as suas folhas. E hoje, o que restou? Alguém tem visto uma duplicata em papel por aí? Um endosso que não seja de cheque pós-datado para pagar academia de ginástica? Um aval? A propósito está andando um projeto para se eliminar o protesto dos títulos, o que é uma ideia muito boa no tempo em que as citações para efeito judicial têm sido reconhecidas como eficazes até mesmo quando realizadas pelo *whatsApp*.

Mais de uma vez tenho insistido no sentido de que os códigos enciclopédicos perderam a vez, necessitando dar lugar à legislação específica, formada por microssistemas que conversem entre si debaixo de uma *"Lei de Introdução ao Direito Comercial".* Se fosse para seguir o modelo europeu de preservação dos códigos, como se fez na França e na Itália, entre outros, então não tivéssemos literalmente jogado fora o Código Comercial de 1850 e o Civil de 1916, que deveriam ter sido progressivamente atualizados conforme o volver da sociedade e do direito.

Ainda mais, quando se percebe a interseção cada vez maior entre os particulares e o Estado empresário, como conciliar a atração mercantil que se dá entre esses dois universos em um código geral? Sem falar nas parcerias púbico-privadas (PPP), veja-se como o instituto da arbitragem tem caminhado rapidamente de um âmbito estritamente privado para outro de maior envergadura, no qual institutos tradicionais do direito público têm passado a ser agasalhados pelo Direito Comercial. Neste sentido claramente não é mais a mesma a acepção de direitos patrimoniais disponíveis com a qual trabalhavam os operadores da arbitragem ao tempo em que foi promulgada a lei correspondente. E quem poderia imaginar a reforma radical que se deu no tocante à legislação trabalhista?

Do jeito que a coisa vai enquanto a primeira nave tripulada estiver chegando em Marte aqui no Brasil estaremos trabalhando com o Código Comercial mais velho desde a sua concepção do que a Sé de Braga, como dizia o meu tio português.

Entre os defensores do projeto encontra-se o dileto colega Rodrigo de Castro (*Jornal do Advogado*, nº 437, p. 4, OAB/SP). Me perdoe, mas não concordo com sua visão.

Fala-se que o Código Comercial em vista traçará diretrizes. Diretrizes, em centenas de artigos. Diretriz corresponde a um guia, uma linha geral, não a tópicos individualizados. Se assim é, a regulamentação que deverá seguir ao texto daquele deverá ter milhares de dispositivos, com o fim de se particularizar as tais linhas gerais.

Sabemos que muitos institutos de Direito Mercantil ficarão fora desse tal código. As sociedades anônimas e o mercado de capitais, o direito bancário, o direito concorrencial, o direito da propriedade intelectual, o da falência e recuperação de empresas, etc. Então, o que está dentro, que mereceu um tratamento tão extenso? E se diz que leis especiais tratarão de coordenar tudo isto. Ora, como se disse acima, trate-se de uma lei geral de introdução ao direito comercial e que cada microssistema cuide do seu pedaço.

O agronegócio passaria a ser tratado nesse Código Comercial. Vamos e venhamos, trata-se de um setor da atividade econômica que juridicamente recorre a diversos micro institutos jurídicos: contratual, de títulos de crédito, bancário, fundiário, familiar, de recuperação de empresas, etc. Como conciliar tudo isto em um único corpo normativo, sem criar uma infinidade de exceções para que outros institutos similares não sejam *juridicamente contaminados* por elas? Trabalho para mais de metro, como diria o caipira e, certamente, ineficaz.

Outra explicação em favor do projeto. Depois dele os juízes deixarão de tratar os empresários de menor porte como hipossuficientes, conforme o fazem pela indevida apropriação do reconhecimento de uma invulnerabilidade. Ora, se eles fazem assim, não é por falta de lei, mas porque a interpretam de forma ideológica da lei em vigor. E quem garantirá que o novo tratamento obviará esse problema? Isto já *foi combinado com os gringos*, como dizia o sábio jogador de futebol Garrincha?

Outros objetivos do projeto estariam na concretização do conceito abstrato de livre iniciativa e da inserção do Brasil entre as grandes potencia que atuam no mercado global. Ora, dar lugar à plena livre iniciativa nesse contexto representaria, por exemplo, reconhecer que ela atua também no campo das profissões liberais, sabendo-se que em outros países (Inglaterra e Austrália) até mesmo a advocacia tem sido considerada de natureza empresarial e existem *"empresas jurídicas" abertas, com ações cotadas em bolsas de valores. Se é assim, vamos lá!*

Quanto ao direito marítimo, melhor deixá-lo no que ainda restou do Código Comercial de 1850. Basta ler *veículo de transporte* em lugar de *alimária*. E, com muito cuidado, ouvidos os especialistas - tal qual fez o Rei de França que convidou Jacques Savary para trabalhar na elaboração do texto que se tornou na Ordenança de 1673, embrião daquele primeiro Código Comercial[37], e aqui se fez quanto ao Barão de Mauá - venhamos a erigir um código especial de transportes, envolvendo uma teoria geral e normas especiais para aquele que se desenvolve e se desenvolverá por terra, por ar, por mar (em cima e em baixo) e no espaço sideral, no qual já transita um automóvel.

Que Hermes, deus grego do comércio nos proteja desses projetos.

Vamos voltar ao assunto.

PROJETOS DE CÓDIGO DE DIREITO COMERCIAL: NÃO LEMOS E NÃO GOSTAMOS!

- 22.05.2018 -

(com Rachel Sztajn)

Dá-se sequência ao primeiro texto, agora com a inestimável participação da colega Rachel Sztajn para acrescentar outros elementos àquele no mesmo diapasão de que não lemos o projeto e mesmo assim não gostamos dele.

Fala-se em nova codificação no campo do direito comercial e a esse respeito nota-se que os autores se encontram desligados do que acontece no mundo aí fora, e não é de hoje. Isto

[37] Autor de "*Le parfait négociant ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers", 1675.*

porque o grande jurista italiano Natalino Irti (que esteve por duas ou três vezes fazendo palestras na Faculdade de Direito da USP) escreveu um precioso livro intitulado *"L'Età dela Decodificazione"*, publicado pela Giuffrè em 1989, o qual deve ser considerado juntamente com outro texto do mesmo autor, *L'Ordine Giuridico del Mercato* (Ed. Laterza, 1998).

Na primeira das obras acima citadas Irti defende a ideia de que os códigos do passado devem ser preteridos, dando-se prevalência a normas especiais, modelando-se microssistemas, os quais devem ter por eixo as Constituições. Afirma que o mundo do passado não pode ser exumado e **os poderes dos tempos modernos não se deixam prender dentro de códigos os quais se tornam somente guardadores de valores antigos**.

Isto porque, continua, o mundo da segurança que teve lugar na metade dos anos 1800 até a época da Primeira Grande Guerra não mais se repetiu, tendo dado lugar a uma mudança profunda na estrutura da sociedade. Passou a ter prevalência o indivíduo que, com sua capacidade assume empreendimentos e corre o risco do sucesso ou do insucesso da sua iniciativa. A função do direito no mundo passado era a de fornecer instrumentos aptos à prover rigorosa garantia dos valores então dominantes. Com a superação daquela ordem jurídica a segurança não guarda mais relação com um fim, mas com as regras do jogo, ou seja, as condições pelas quais cada um pode contar sobre um determinado comportamento de terceiro ou buscar o poder coercitivo do Estado. As instituições sociais, tal como discutido por Douglas North, se fazem presentes com mais força.

Na forma acima, o antigo mundo da segurança era aquele dos códigos, que traduziam os valores do liberalismo, considerada a imutabilidade das instituições com o caráter fundamental de uma legislação civil. O código conservava a função de um estatuto orgânico da vida privada e das liberdades civis. Enquanto isso, as leis especiais eram dedicadas aos mesmos institutos ou consistiam em tímidas exceções à disciplina do código.

Ora, parece que somente os idealizadores dos projetos de Código Comercial e os sempre desligados legisladores (ou *ligados demais*, como pode até acontecer em virtude de alguma captura) não notam que o foco da atividade mercantil se tornou mais complexo. Por exemplo, há juristas que sabem muito bem que o regime da *autonomia da vontade* própria dos velhos códigos cedeu lugar à *autonomia privada*. E essa realidade traz implicações profundas na atuação dos empresários, os quais buscam liberdade no exercício de atividade econômica licita e não uma tutela asfixiante a cargo de um código que a cerceia em cada momento, tal como se viu com a intromissão de malfadada função social do contrato no Código Civil de 2002 e até mesmo a função social da propriedade na Constituição de 1988, que levou Fabio Comparato a buscar explicá-la associando-a aos meios de produção.

Em obra paralela e não menos importante Natalino Irti derrubou décadas de uma noção inadequada sobre o mercado para demonstrar que ele é um *lugar artificial* e não *natural* e, que, precisamente, essa artificialidade do mercado tem por base institutos jurídicos como propriedade e contratos sem os quais, decisões que criem riqueza, dá forma à economia de mercado e em que decisões politicas a caracterizam, como mercantil, coletivista ou mista. Dessa maneira são as decisões políticas, mutáveis por natureza, que fazem com que os diversos regimes da economia sejam marcados pela historicidade e não porque possuem um caráter absoluto e definitivo.

Veja-se o clássico exemplo das feiras medievais na Europa. Eram verdadeiros mercados internacionais para os quais acorriam comerciantes e banqueiros de diferentes cidades, autorizados pelo senhor feudal a atuar naquele território. Como poderiam, livremente, fazer os seus negócios naquelas regiões se não lhes houvesse sido franqueado criar normas disciplinadoras da atividade, normas essas respeitadas pelos integrantes da classe mercantil?

Isto somente se explica pela resposta dada por Irti. Não foram aqueles mercados o resultado progressivo de práticas mercantis soltas no espaço. Não, estas eram respaldadas aprioristicamente por um regime jurídico que dava cobertura aos agentes, regime esse predisposto pelos próprios interessados. Corporações de artes e ofícios avaliavam os agentes econômicos e aplicavam as sanções se e quando ocorressem desvios que comprometessem o regular funcionamento dos mercados (feiras)

Depois de tanto tempo, diante das mudanças substanciais verificadas nos mercados locais, nacionais e internacionais, a ideia de se reviverem códigos não é somente ultrapassada, que sob o argumento de dar mais garantia (estabilidade?) às relações mercantis/empresariais, induz supor que ela não passa de uma estultice legislativa claramente evidente, ser fruto posição intervencionista. Onde a autonomia privada de se cada operação estiver predeterminada no código? E os usos e costumes devem ser ignorados restringindo a inventividade das pessoas? Não vamos entrar no terreno pessoal.

No tocante a instituições nosso país mostra hoje um panorama extremamente negativo. A maioria delas tem existência meramente nominal. O Executivo desgoverna, o Legislativo vai atrás de cargos e o Judiciário legisla para resolver questões que o Congresso deixa de lado. No plano do direito algumas instituições existem e elas, precisamente, dizem respeito a microssistemas que se encontram estabilizados (alguns mais do que outros), entre eles destacam-se o do Sistema Financeiro Nacional, o do Mercado de Valores Mobiliários (de Capitais), Direito Concorrencial, Propriedade Intelectual, Seguros Privados, etc. E mesmo assim requerem constante aperfeiçoamento, a exemplo do microssistema de falência e de recuperação de empresas.

Esse último tem na Lei 11.101/2005 a sua matriz, que se dizia ter acertado o passo do problema da insolvência empresarial, a partir da construção de um modelo moderno e eficiente. Mas desde alguns anos iniciativas de mudança desse modelo têm se multiplicado em termos de projetos de lei que transitam pelos corredores da Câmara e do Senado e até mesmo o governo federal meteu o bedelho no assunto, tendo dado à luz a mais uma versão. Cabe então ~~uma~~ perguntar, teria sido mal elaborada a lei atual a ponto de necessitar de correção, passado tão pouco tempo? Sabemos que tanto na física, como no direito impera a relatividade e isto nos leva a constatar que treze anos de vida para uma lei que se propunha ser eficaz e moderna é muito pouco tempo, considerada a necessidade de sua modificação com o fim de ajustar as suas normas ao substrato econômico-financeiro-tecnológico da cadeia produtiva. Contudo o que se lê e ouve desconsidera efeitos sobre a cadeia produtiva que prazos longos podem ocasionar.

Ora, se uma lei tão debatida na sua gestação como foi a LRE tão cedo necessita ser atualizada e corrigida, o que não dizer de um código que ameaça englobar uma multidão de objetos do Direito Comercial?

Ainda mais, quem garante que na profusão dos seus dispositivos tal código não encerre contradições internas que geram conflitos, o que aconteceu com o Código Civil vigente na parte em que trata do aval (declaração individual de garantia) no embate com a parte do direito de família que exige outorga do cônjuge? Ora, se a serpente tem um corpo muito longo, ela corre o risco de picar a própria cauda, perdida em suas múltiplas voltas.

Também não lemos e não gostamos (no escuro) do tratamento dado às sociedades limitadas. Isto porque, desde que feitos mínimos ajustes, o seu modelo ideal ainda é o do texto de 1919, de natureza contratual, uma lei *enxuta* e bela, míseros dezenove artigos, indevidamente exterminada pelo Código Civil em sua sanha pantagruélica. Mas, como sempre, o legislador costuma considerar o empresário pequeno e médio - aquele que seria o destinatário

principal do uso de tal tipo societário - um completo ignorante de forma a necessitar de proteção legislativa imposta de cima para baixo, a pretexto da alegada hipossuficiência.

Volta a nossa discussão a um ponto que foi abordado no primeiro texto, qual seja o da adoção de uma lei de introdução ao Direito Comercial, a partir de uma visão sistêmica. Para tal fim deveria ser aproveitada a lição de Canaris[38], no sentido de que deve ser buscada a identificação de uma unidade de objetos desse ramo do direito, mediante a recondução da multiplicidade do singular a alguns princípios constitutivos, caminhando dos valores singulares na direção dos valores fundamentais mais profundos, chegando-se assim aos princípios gerais do Direito Comercial. Se esse objetivo globalizante podia entender-se como factível no mundo da segurança do qual falamos no início desse texto (que permitiria a regência da matéria comercial dentro de um código geral), isto não mais é possível, tal como destacou sabiamente Natalino Irti. Mas organizar um sistema de Direito Comercial sob uma lei geral coordenadora dos diversos microssistemas que dele fazem parte, isto sim não somente é possível, mas é obrigatório, deixando-se aqui um repto para o legislador.

LEI DE INTRODUÇÃO À ATIVIDADE EMPRESARIAL – I

(Projeto de Código Comercial, "Go Home!")

(Com Rachel Sztajn)

(01.08.16)

De início o primeiro dos autores pede perdão aos leitores porque no último texto por ele escrito neste *"Migalhas"* sobre o tema do infeliz projeto de código comercial (*O PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL: UM OVI (OBJETO VOADOR INDESEJÁVEL)* utilizou em parte uma versão desatualizada. Sem maiores observações, temos que a sociedade simples desaparece, passando todas as sociedades nele reguladas à condição de empresárias. Além disto as Eirelis são transformadas em sociedades limitadas unipessoais. Mas no fundo isto não muda a falta de oportunidade desse projeto, que continua carregando uma série imensa de confusões que criarão problemas no atacado e no varejo.

Assim sendo, com um pé e um olho no presente, mas com o outro pé e o outro olho no futuro, a nossa proposta para que o Brasil tenha uma legislação mercantil verdadeiramente eficiente, clara e, sobretudo dinâmica, flexível, temos de pensar em uma solução moderna, que trate das diversas áreas desse ramo do direito partindo de um conjunto de regras gerais indispensáveis para o exercício da atividade mercantil, que estabeleça princípios gerais e ~~se~~ remeta, instituto por instituto, aos microssistemas correspondentes. Essa lei geral seria muito mais do que a chamada *"lei de introdução ao Código Civil",* notadamente a que precedia o Código de 1916.

I. O conceito de atividade mercantil ou empresária

O primeiro ponto dessa lei geral deverá ser, precisamente, a delimitação do campo do direito comercial, fundado no conceito de atividade mercantil, ou seja, a atividade profissional voltada para a produção e circulação de mercadorias, ao que se associam todas as demais

---

[38] Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito"*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pp. 76 e 77.

atividades que tornem mais eficiente, ofereçam garantias, ao resultado almejado, isto é, integrar mercados. Pensando em uma lei moderna, esse conceito deve evoluir segundo a maneira pela qual os agentes econômicos têm atuado, tendo a empresa como o instrumento mediante o qual exercem a atividade. Cabe aqui, mais do que os conhecidos perfis de Asquini, aquele relativo à visão de Ronald Coase, segundo a qual a empresa é um feixe de contratos que visa a reduzir custos de transação (expressão utilizada no sentido econômico).

Assim sendo, deve ser reconhecido que a área de atuação do Direito Comercial se alargou substancialmente nas últimas décadas, tendo a empresa (tomada como atividade organizada para a produção de bens e serviços, por meio de um feixe ou nexo de contratos) se tornado instrumento para outras atividades que historicamente não eram consideradas próprias daquele ramo do direito. Esta visão contrasta completamente com a posição conservadora e até mesmo retrógrada do projeto de Código Comercial que, na última versão, trata de especificar algumas atividades que estariam sujeitas às regras especiais.

No sentido acima, como já temos afirmado algumas vezes, passará a ser residualmente considerada como inerente ao direito civil a atuação do agente econômico que não recorra à empresa na sua atuação como profissional. Trata-se de um grande salto conceitual que certamente assustará os operadores do direito que não têm observado a evolução dos mecanismos presentes no exercício da atividade econômica privada no direito comparado. Tal estranheza certamente se dará quando se pensar na atividade profissional liberal como sacrossanta, revestida de uma aura de pureza sacerdotal, tomada como vocação na qual, quase que por acaso se busca ganhar dinheiro.

Nos Estados Unidos da América não se dá tal tipo de hipocrisia (como, no fundo, deve ser chamada), pois segundo uma análise feita pelo nosso prisma secular, não poderiam médicos, advogados e outros profissionais liberais serem equiparados a comerciantes objetivando a sua tutela jurídica e a defesa dos seus clientes. Ainda que sujeitos a regras profissionais conforme o tipo de atividade (diploma, avaliação por pares, por exemplo), são agentes econômicos que atuam em mercados.

Já há muito tempo que aqui no Brasil a forma de empresa é utilizada pelos profissionais liberais de maneira indiscriminada a ponto de haver juízes que consideram a atividade de auditoria, exercida por sociedades, uma espécie de empresa. Pensemos nos grandes escritórios de advocacia, engenharia, arquitetura, contabilidade, etc.; voltemos os olhos para a prática da medicina em clínicas especializadas e em hospitais (estes, aliás, desde há muito considerados como empresas mercantis). Qual a diferença ontológica entre tais atividades e as de uma fábrica, de uma rede de supermercados ou de lojas que oferecem produtos ou serviços no varejo ou no atacado?

Veja-se que nas profissões liberais o fundador de um escritório de advocacia ou de uma clínica médica pode ter morrido há décadas e seu nome ainda aparece seja no *título de estabelecimento* ou em algum outro sinal que identifique sua participação originária. Isto objetiva caracterizar um *conceito particular* criado ao longo do tempo, mas que, aos poucos vai se tornando objetivo e adquirindo o caráter de marca de serviços, desligada de quem a originou. O fundador já morreu, como dissemos, seus sucessores também morreram ou estão aposentados e desligados do dia-a-dia daquela empresa. Aquele escritório já se encontra nas mãos de uma terceira ou quarta geração, mas os serviços continuam sendo vendidos porque sua *"marca"* inspira confiança.

Enquanto atividade econômica organizada, a diferença entre o escritório A ou B é a mesma que entre o supermercado C ou D. Está na qualidade dos serviços/produtos e no preço, no atendimento. Mais nada. E por que não considerar essa igualdade (que decorre do fenômeno

da adoção da empresa como meio de se obter resultados econômico-financeiros, lucro) para dar-lhes o mesmo tratamento jurídico?

Ah, mas o profissional liberal tem uma responsabilidade específica fundada no dever do exercício ético de sua profissão. Essa responsabilidade profissional não difere da ética inerente ao comércio, criando-se *um plus* em favor dos clientes, que teriam como garantia além do capital financeiro destinado ao exercício da atividade o capital pessoal do profissional liberal que atendeu o cliente.

Neste sentido, inverter-se-ia a regra atual do Código Civil, concernente ao art. 966 do Código Civil, simplesmente eliminando-se o seu parágrafo único. A logica é meridiana ao suprimir uma distinção que não tem, na atualidade, nenhuma razão de ser.

Que revolução, não é mesmo? Revolução meramente declaratória porque essa realidade já existe e está afastada pelo pudor jurídico de pensadores que temporalmente estão no século XXI, mas cuja cabeça permanece associada à vigente no período dos neandertais.

Outro exemplo do pragmatismo realista do direito norte-americano está no instituto da falência à qual pode recorrer qualquer pessoa natural ou empresa, nos termos dos capítulos 7, 11 e 13 da lei própria. Isto inclui a auto-falência da pessoa natural. Mas do lado de cá do equador, fazer assim seria uma completa heresia. Dois procedimentos liquidatários solutórios e, para piorar a discussão, o projeto destrói a regra da "*par conditio creditorum",* para, supostamente, privilegiar os nacionais. Algum estrangeiro ofereceria crédito (empréstimo, venda a prazo) a uma empresa se, na hipótese de falência, fosse considerado credor subordinado?

Por enquanto ficamos por aqui.

Nossa proposta continuará nos seus desdobramentos pertinentes.

LEI DE INTRODUÇÃO À ATIVIDADE EMPRESARIAL II – OS AGENTES E AS ESTRUTURAS DA ATIVIDADE MERCANTIL

(Projeto de Código Comercial, "Go Home!")

- 02.08.2016 -

(Com Rachel Sztajn)

No artigo anterior tratou-se de proposta para a revisão do conceito de atividade empresarial, tendo sido apresentadas mudanças profundas em relação ao tema – estas sim uma verdadeira e necessária novidade em relação à lei vigente e ao malfadado projeto de código comercial em curso no Congresso Nacional. Atividades econômicas obedecem a uma dinâmica própria que recusa engessamentos legislativos.

Cabe agora cuidar dos agentes e da estrutura da atividade mercantil, em uma proposta que objetiva tornar seu exercício mais eficiente. Antes, porém, é preciso ter em mente que o Brasil é um país de extensa dimensão, no qual diversas realidades sociais e econômicas se apresentam concomitantemente, desde o pequeno bar ou venda de uma cidade situada no mais longínquo dos rincões da nossa pátria, até a fábrica maior e mais sofisticada que a tecnologia

possa permitir. Ora, dentro desses cenários, cumpre continuar a tutelar o exercício do comércio tanto pelo microempresário individual, que não deve ser marginalizado, quanto, ao mesmo tempo, por empresários de médio, grande e porte gigante para que tenham segurança no exercício da atividade, sem o que não se construirá uma estrutura adequada para cada uma dessas necessidades.

No sentido acima, a nova lei deverá manter a figura do empresário individual, dono de um pequeno negócio, mas garantindo o reconhecimento, sempre, da existência de separação patrimonial entre os bens do seu uso particular e de sua família e aqueles destinados ao comércio, seu ganha pão. Considere-se a hipótese de exclusão total da responsabilidade ilimitada do empresário, preservados os interesses dos credores até porque as relações entre esses dois polos – débito e crédito – visam a determinar se o patrimônio ativo supera, ou no mínimo, iguala o passivo. Lembre-se de que comerciantes mais humildes dificilmente terão conhecimento e condições de aderirem formalmente a qualquer estrutura limitadora de sua responsabilidade pessoal e, nada obstante, eles são agentes importantes na economia das microcidades nas quais atuam, que deles dependem, muitas vezes, para acesso a suprimentos básicos e, portanto, de bem estar.

A solução para o problema está na determinação de uma separação patrimonial fática entre os bens particulares do comerciante e os que compõem seu estabelecimento, segundo uma avaliação a ser feita no caso concreto, diante de eventual pendência judicial. Poder-se-ia, dentro de um processo progressivo da determinação das obrigações mercantis para os micro e pequenos comerciantes, recorrer a sistema informacional baseado em escrituração bastante simplificada, que demonstre, evidencie, referida separação patrimonial e permita comparar ativos e passivos. Por óbvio não se deve facilitar malabarismos e truques e, portanto, o afastamento desse benefício há de estar presente no sistema.

No entanto, considerando mais uma vez a realidade brasileira, ainda que o microempresário (podemos até nos referir ao micro-micro comerciante) deixasse de atender ao padrão mínimo de escrituração, ele não deveria ser penalizado nos momentos de crise com responsabilidade pessoal ilimitada pelas obrigações contraídas durante a prática da atividade mercantil. É preciso permitir sua sobrevivência diante dos azares da vida, o que poderia ser feito por meio de construção mais adequada do que a ideia do bem de família. Nesse patamar, pode-se pensar, ainda, na formulação do estabelecimento comercial de responsabilidade limitada, com contornos legais construídos de forma adequada. Seria um sistema de separação patrimonial em favor do comerciante pessoa natural, um pouco mais sofisticado do que a tutela do bem de família.

Subindo um pouco mais na escala da estrutura da atividade mercantil, devemos pensar nos modelos societários que possam atendê-la de forma mais eficiente, do que decorre a imperiosa necessidade do retorno à sociedade limitada com o caráter contratual que ela apresentava no modelo anterior ao do Código Civil (Decreto 3.708/1919), simples e perfeito; bem assim superar a tipicidade fechada que dificulta estruturar *capital ventures*, por exemplo. É preciso que os agentes econômicos possam, de forma criativa, estruturar, individualmente, modelos societários que atendam as suas necessidades específicas, peculiares. Esta é uma prática constatada desde o surgimento do Direito Comercial, permitindo-se ampla gama de possibilidades, preservada a segurança de terceiros, sempre vinculada aos termos do contrato social de cada uma dessas sociedades, instrumento que deverá ser devidamente arquivado no Registro de Comércio. Lembrando Sylvio Marcondes, interessa saber se há responsabilidade solidária, mesmo que secundária, dos agentes econômicos.

Sob o aspecto acima, é preciso seja repensada a função do capital social que, na verdade, jamais foi de fato garantia para os credores. Ele nunca passou na realidade de uma *cifra de*

referência, pois os recursos são investidos em ativos de diferentes naturezas e só se sabe que o capital apontado nos balanços representa o montante contribuído pelos sócios e que lhes deverá ser, eventualmente, devolvido por ocasião de retirada ou liquidação do negócio sociedade. O patrimônio líquido, quando se mostre positivo, é que garante aos credores o recebimento dos seus créditos.

É claro que em muitas circunstâncias (como as presentes nas atividades de bancos e de seguradoras), a determinação legal de um capital mínimo é relevante no sentido do reconhecimento da necessidade de montantes obrigatórios elevados de recursos para fazer frente ao desenvolvimento do negócio. Mas em um banco, por exemplo, o capital somente deve ser utilizado em situações emergenciais e provisórias, na medida em que forma um *colchão de garantia* para as suas obrigações. Os bancos são intermediadores de recursos provenientes dos *doadores*, destinados aos *receptores*, dentro de um fluxo contínuo (tomados tais termos segundo o seu sentido em economia). O capital deverá ser aplicado nos momentos em que o fluxo de caixa se mostrar negativo em certos momentos do dia-a-dia da atividade bancária, que, por sua vez, tem sua utilização precedida de reservas que são estabelecidas pela Autoridade Monetária. O mesmo raciocínio pode ser estendido para as seguradoras.

Retomando a classificação das sociedades comerciais entre de pessoas e de capitais, tanto a limitada quanto a anônima têm como eixo as contribuições patrimoniais dos membros. Todas as demais podem combinar contribuições pessoais e patrimoniais, explicitando o que cada sócio se compromete a entregar.

E mesmo assim, o novo direito societário deve permitir a construção de uma variedade de sociedades anônimas (já se tem defendido a existência da *sociedade anônima simplificada*), segundo modelos que recepcionem a complexidade crescente na forma e no conteúdo, encontrando-se no topo da pirâmide o equivalente às companhias do Novo Mercado, em que as Bolsas, para admitirem os valores mobiliários à negociação, impõem regras específicas.

O operador jurídico brasileiro precisa começar a aprender a pensar *fora da caixa*, preso que tem sido a estereótipos seculares, assim perdendo de vista a evolução das formas pelas quais se exerce o comércio mundo afora. É sob esse ponto de vista, entre outros, que fica demonstrada a pobreza franciscana do projeto de código comercial que ora se discute. Ela apenas apresenta mais do mesmo, com algumas *pinceladas* de novidade, estando essencialmente preso ao passado sem atentar para a criatividade dos agentes econômicos, esquecendo, ainda, o negócio indireto a que recorrem para afastar regras obsoletas. Evidentemente não se trata de romper com a história do Direito Comercial, que sempre recepcionou o novo. Muito pelo contrário, é preciso tê-la em mente, ao mesmo tempo em que se acompanha o desenvolvimento secular dos institutos correspondentes, atualizando-os, tal como se fez no âmbito interno das corporações de mercadores durante a Idade Média. Uma coisa é olhar e valorizar o passado. Outra muito diferente é viver nele.

No campo das companhias, a Lei 6.404/1976 foi uma daquelas mais bem construídas no nosso ordenamento jurídico (não por outra razão ela se tem mantido intacta em sua estrutura fundamental), que certamente pode ser aperfeiçoada (o que precisamente ocorreria se algumas mudanças que nela foram feitas retroagissem ao modelo original). Há algumas questões críticas a serem resolvidas. Entre elas uma tutela mais adequada dos acordos de acionistas que se transformaram, ao longo do tempo, em um permanente fator de crise interna, gerando demandas em profusão. Ao invés de serem utilizados para facilitar a tomada de decisões em benefício da companhia, eles se tornaram uma nova instância esdrúxula de decisões à revelia da vontade majoritária dos sócios.

Outros pontos nos quais mudanças se mostram necessárias são o da configuração dos deveres e da responsabilidade do controlador (precedida de melhor delimitação do seu conceito jurídico), dos administradores e conselheiros fiscais. Os parâmetros das disposições da lei sobre esses institutos não têm se mostrado eficientes, como é o caso das companhias de grande porte, nas quais uma enorme quantidade de administradores, espalhados nos mais diversos setores da empresa, não lhes dá condições fáticas da implementação da fiscalização mútua que a lei lhes exige.

Seguindo adiante, é a vez da abordagem dos grupos econômicos e dos consórcios na qualidade de instrumentos destinados ao exercício conjunto, coordenado, da atividade mercantil. Sabe-se que, entre outros motivos, pela ausência de um concerto entre os ramos de direito envolvidos nessa modalidade de operação (comercial, trabalhista e tributário), os chamados *grupos de direito* não encontraram espaço no Brasil.

Neste caso, é necessário o aperfeiçoamento legislativo no tratamento que é dado aos grupos na própria lei societária, a par de visão mais racional do direito tributário (que deve mudar sua orientação estritamente arrecadatória, em função de um sistema que reconheça a eficiência como um parâmetro fundamental).

Quanto ao direito do trabalho getulista, as discussões se aprofundam sem, ainda, horizonte perceptível para mudanças. Ainda vivemos distorções causadas por um fascismo ultrapassado, no qual o Estado Provedor dava cobertura ao empregado, visto como hipossuficiente, dependente e quase escravizado, utilizado como massa de manobra política. Nosso direito trabalhista é um dos mais retrógrados entre os ordenamentos jurídicos, sendo reconhecidamente uma das causas importantes para o travamento do nível de crescimento da oferta de empregos e da busca por eficiência. O custo de um trabalhador é praticamente o dobro do que ele recebe a título de remuneração (salário) e essa diferença em favor do governo consiste no apanágio da malversação de recursos escassos. É claro que esse custo extra, aliado a uma tributação desmesurada, torna o produto brasileiro extremamente caro em relação ao praticado por outros países.

No plano dos consórcios mudanças também são exigíveis, para que eles apresentem maior racionalidade e eficiência, especialmente no que diz respeito às relações internas e externas. E valeria a pena considerar as cooperativas, notadamente as de produção, sociedades mercantis como eram na origem.

Uma última palavra cabe em relação às sociedades de propósito específico (SPEs), largamente utilizadas no Brasil e que se tornaram infindável fonte de demandas entre os sócios, muitas delas surgidas na sua mais tenra infância. Considerando-se a imprestabilidade proverbial das limitadas segundo o modelo que foi criado pelo Código Civil, a forma predominantemente adotada na constituição de SPEs é a anônima fechada. Os problemas não se revelam no campo estrutural, mas no da assimetria de informações que, em muitos dos casos, é recíproca entre as partes, tanto no plano interno quanto no externo.

Internamente os acionistas não se conhecem e não têm sido eficientes na construção de mecanismos capazes de proporcionar equilíbrio em suas relações pessoais e econômicas. Nessas sociedades a interação entre os administradores (que geralmente são próprios sócios) é fundamental para o bom andamento do projeto e o seu relacionamento padece de profissionalismo que começa pela inexistência e/ou não atendimento de normas de governança corporativa verdadeiramente adequadas.

Os modelos contratuais (presentes nos acordos de acionistas) têm pecado no tocante ao desenvolvimento do seu projeto de um lado pelo exagero e, do outro, pela insuficiência. No

primeiro caso, não tem se revelado satisfatório o recurso a contratos estipulados em uma infinidade de normas, classificadas em cartas de intenções, preambulo, definições e tutela por temas. O aparente extremo cuidado em cercar todas as possibilidades de ocorrências mediante a enorme quantidade de normas voltadas para elas omite a realidade de que são *contratos incompletos* (ou seja, inexiste a possiblidade real de exaustão de todos e quaisquer eventos futuros). E se alguém tentasse prevê-los, a negociação se estenderia *ad aeternum,* prejudicando os interesses de todos, considerado o tempo que passa e a dinâmica da atividade que as SPEs se propõem a exercer.

A insuficiência de cláusulas objetivando a solução de problemas futuros se dá pelo mesmo motivo: a incompletude contratual. Já que ela está presente, não adianta tecer uma profusão de regras, mas, isto sim, de deixar portas abertas para a solução de pendências que possam ocorrer entre as partes, segundo critérios preestabelecidos, flexíveis o suficiente para agasalharem mecanismos oportunos de solução de conflitos.

Sob esse ponto de vista, mais uma vez, o projeto de código comercial se revela completamente ignorante.

Continuaremos em breve.

LEI DE INTRODUÇÃO À ATIVIDADE EMPRESARIAL - II

(Com Rachel Sztajn)

(18.11.16)

Introdução

A apresentação de um projeto de Código Comercial pelo professor Fabio Ulhoa Coelho, em 2012, passou, desde então, por inúmeras propostas que alteraram, de modo significativo, o texto original. Entre tais sugestões, ao que parece acatadas pelo relator na Câmara dos Deputados, está a "definição" de atividades empresariais, *rectius,* comerciais, o que não parecia relevante no início, até conversão das Eirelis são em sociedades limitadas unipessoais. Curiosamente não se prevê, efetivamente, sociedades unipessoais que, na Europa, devem adotar o tipo anônima (possivelmente em razão da personificação). Se o que se pretende é separar patrimônios para fins de imputação de riscos e responsabilidades, inegável que o tipo societário sociedade anônima é o mais adequado.

Mas, no fundo, as sugestões que visam, imagina-se, aperfeiçoar o anteprojeto, não muda o fato de que, se a unificação do direito das obrigações no Código Civil de 2002 não atende à dinâmica do Direito Comercial, e logicamente, deveria ser revista, o projeto continua carregado uma série imensa de equívocos, tanto no atacado quanto no varejo.

Assim sendo, com um pé e um olho no presente, e com o outro pé e o outro olho no futuro, a proposta para que o Brasil tenha uma legislação mercantil verdadeiramente eficiente, é buscar solução moderna, em que as diversas áreas desse ramo do direito partam, claro, de princípios gerais que funcionarão como eixos ao redor dos quais modelar-se-ão, em microssistemas, as várias áreas ou tipos de atividades mercantis.

1. O CONCEITO DE ATIVIDADE MERCANTIL

O primeiro aspecto a ser abordado será, precisamente, a delimitação do campo/área abrangido pelo direito comercial. Partir-se-á da noção de atividade mercantil, definindo-se, a partir da maneira pela qual os agentes econômicos vêm atuando em e para mercados, tendo na empresa o instrumento ou estrutura que reduz custos de transação e gera eficiências. Cabe aqui, mais do que os conhecidos perfis de Alberto Asquini, a visão de Ronald Coase que trata a empresa como um feixe ou nexo de contratos e cujo crescimento é limitado pela eficiência.

Assim, o alargamento das áreas em que o Direito Comercial se aplica, notadamente nas últimas décadas, faz da empresa instrumento que pode ser utilizado no exercício de atividades que, historicamente, não eram incluídas neste ramo do direito. Tal visão contrasta com a posição conservadora e até mesmo retrógrada do projeto de Código Comercial.

Nesse sentido, assim como ocorria na vigência de dois códigos de direito privado, atividades econômicas serão regidas pelo direito civil, sempre que a atuação do(s) agente(s) que não utilize a empresa. Trata-se de um grande salto conceitual que certamente assustará os operadores do direito que não têm observado a evolução da adoção de estruturas negociais conhecidas pelos agentes privados no estrangeiro. Tal estranheza certamente se dará quando se pensa na atividade de profissional liberal como revestida de uma aura de pureza sacerdotal, tomada como vocação na qual, quase que por acaso se ganha dinheiro o que seria, talvez, pecado em outras circunstâncias.

Nos Estados Unidos da América não se vê tal tipo de hipocrisia (como, no fundo, deve ser chamada), pois segundo uma análise feita pelo nosso prisma secular, não poderiam médicos, advogados ou outros profissionais liberais ser equiparados a empresários objetivando a tutela jurídica desse ramo do Direito.

Já há muito tempo que profissionais liberais, de forma indiscriminada, recorrem à estrutura da empresa, no Brasil, a ponto de magistrados entenderem que sociedades prestadoras de serviços de auditoria são mercantis. Vale o mesmo para os nos grandes escritórios de advocacia, engenharia, arquitetura, entre outras atividades econômicas. Voltemos os olhos para a prática da medicina em clínicas especializadas e hospitais (estes, aliás, desde muito qualificados como mercantis). Qual a diferença ontológica entre tais atividades e as de uma fábrica, de uma rede de supermercados?

Veja-se que nas profissões liberais o fundador de um escritório de advocacia ou de uma clínica pode ter morrido há décadas e seu nome ainda consta da razão social ou do título de estabelecimento. Isto objetiva caracterizar um *conceito particular* criado ao longo do tempo, mas que, aos poucos, vai se tornando objetivo e adquirindo caráter de marca de serviços, desligada de quem a originou. Referido escritório encontra-se sob gestão de uma terceira ou quarta geração de profissionais, mas continua-se a oferecer os serviços sob a marca originar visto que inspira confiança no mercado.

Enquanto atividade econômica organizada, a diferença entre o escritório A ou B é a mesma que entre um supermercado C ou D. Está na qualidade dos serviços/produtos, no preço, no atendimento – portanto na livre escolha dos consumidores. E por que não considerar essa igualdade (que decorre do fenômeno da adoção da empresa como meio de se fazer lucro) para dar-lhes o mesmo tratamento jurídico?

Ah, mas o profissional liberal tem uma responsabilidade especifica fundada no exercício ético da profissão. Essa responsabilidade profissional tão somente se agregaria àquela que é inerente ao comércio, criando-se um *plus* em favor dos clientes, que teriam como garantia o

capital destinado ao exercício da atividade acrescido do nome (patrimônio individual e personalíssimo) do profissional liberal que atende o cliente.

Neste sentido, inverter-se-ia a regra atual do Código Civil, concernente ao art. 966, simplesmente eliminando-se o seu parágrafo único.

Que revolução, não é mesmo? Revolução meramente declaratória porque essa realidade já existe e está afastada pelo pudor jurídico de pensadores que, física temporalmente, estão no século XXI, mas cujas ideias permanecem na Idade Média.

Outro exemplo do pragmatismo realista do direito norte-americano está no instituto da falência a que pode recorrer qualquer pessoa natural ou jurídica, conforme capítulos 7, 11 e 13 da lei especial (que é federal) aí incluída a autofalência da pessoa natural. Mas do lado de cá do Equador, fazer assim seria uma completa heresia.

2. AGENTES E ESTRUTURAS DA ATIVIDADE MERCANTIL

De vez que as atividades econômicas obedecem a uma dinâmica própria que recusa engessamentos legislativos, passa-se aos agentes e à estrutura dessa atividade visando a tornar seu exercício mais eficiente. Dado que o Brasil é um país de extensa dimensão, em que não são uniformes as realidades sociais e econômicas, o cenário induz se continue a tutelar o exercício do comércio seja ele feito pelo microempresário individual, que não deve nem pode ser marginalizado, quanto por empresários de médio, grande e porte gigante a fim de lhe oferecer segurança jurídica no exercício da atividade, à falta do que não existirá estrutura adequada para as respectivas necessidades.

No sentido acima, a nova lei deverá manter a figura do empresário individual, dono de um pequeno negócio, mas garantindo o reconhecimento, sempre, da existência de separação patrimonial entre os bens particulares e/ou familiares e aqueles destinados à atividade econômica. Considere-se a hipótese de exclusão total da responsabilidade ilimitada do empresário, preservados os interesses dos credores, até porque as relações entre esses dois polos – débito e crédito – visam a determinar se o patrimônio ativo supera, ou no mínimo, iguala o passivo. Lembre-se que comerciantes mais humildes dificilmente terão conhecimento e condições para aderirem formalmente a qualquer estrutura limitadora de sua responsabilidade pessoal e, nada obstante, eles são agentes importantes na economia das pequenas cidades em que atuam e que deles dependem, muitas vezes, para acesso a suprimentos básicos e, portanto, ao bem estar.

A solução para o problema está na determinação de uma separação patrimonial fática entre os bens particulares do comerciante e os destinados à atividade, os que espelham valores que integram o estabelecimento, conhecida dos agentes econômicos (credores, empregados) de sorte a evitar a tomada de riscos exagerada. Poder-se-ia, em processo progressivo da determinação das obrigações mercantis para os micro e pequenos comerciantes, recorrer a sistema informacional baseado em escrituração bastante simplificada, que demonstre a separação patrimonial e permita comparar ativos e passivos. Por óbvio não se deve facilitar malabarismos e truques e, portanto, o afastamento desse benefício há de estar presente no sistema sempre que se destine a obter vantagens indevidas, como se dá com o recurso à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O mau uso de um benefício legal deve ser inibido e, sempre que comprovado, punido.

Considerando a realidade brasileira, ainda que o microempresário (podemos até nos referir ao micro-micro comerciante) deixe de atender ao padrão mínimo de escrituração, ele não deveria ser penalizado nos momentos de crise com recurso à responsabilidade pessoal

ilimitada pelas obrigações contraídas durante a prática da atividade mercantil, desde que a crise não resulte de desmandos ou falta de cautela. Permitir a sobrevivência desses empreendedores diante dos azares da vida pode ser feito por meio de construção mais adequada do que a ideia do bem de família. Nesse patamar, pode-se pensar na criação de estabelecimento comercial de responsabilidade limitada, com contornos legais claramente determinados, num sistema de separação patrimonial em favor do comerciante pessoa natural, um pouco mais sofisticado do que a tutela do bem de família.

Quanto aos modelos societários, é fundamental que possam atender de forma mais eficiente as necessidades dos agentes econômicos, do que decorre a imperiosa necessidade do retorno à sociedade limitada com caráter contratual que apresentava no modelo do Decreto 3.708/1919, simples e perfeito. Mais ainda, convém abandonar a tipicidade fechada que dificulta estruturar *capital ventures*, por exemplo. É preciso que os agentes econômicos possam, de forma criativa, estruturar, individualmente, modelos societários que atendam às suas necessidades específicas, peculiares. Esta prática existe desde o surgimento do Direito Comercial, permitindo-se ampla gama de possibilidades, preservada a segurança de terceiros, em que os termos do contrato social, devidamente arquivado no Registro de Comércio, dá publicidade às relações internas entre membros. Lembrando Sylvio Marcondes, interessa saber se há responsabilidade solidária, mesmo que secundária, dos agentes econômicos.

Sob esse aspecto é preciso repensar a função do capital social que, na verdade, jamais foi, de fato, a garantia dos credores; nunca passou de uma *cifra de referência*, pois os recursos são investidos em ativos de diferentes naturezas e só se sabe que o capital apontado nos balanços representa o montante contribuído pelos sócios e que lhes deverá ser, eventualmente, devolvido por ocasião de retirada ou liquidação voluntária da sociedade. O patrimônio líquido, quando se mostre positivo, é que garante aos credores o recebimento dos seus créditos e quando negativo indica a crise da empresa.

Inegável que, em muitas circunstâncias (como atividades de bancos e seguradoras), a determinação legal de um capital mínimo é relevante no sentido do reconhecimento da necessidade de montantes obrigatórios de recursos para fazer frente ao desenvolvimento do negócio. Mas em um banco, por exemplo, o capital somente deve ser utilizado em situações emergenciais e provisórias, na medida em que forma um *colchão de garantia* para suas obrigações. Os bancos são intermediadores de recursos provenientes dos *doadores*, destinados aos *receptores*, em fluxo contínuo (tomados tais termos segundo o seu sentido em economia). O capital deverá ser aplicado nos momentos em que o fluxo de caixa se mostrar negativo em certas contingências do dia-a-dia da atividade, que, por sua vez, será precedido do uso de reservas estabelecidas pela Autoridade Monetária. O mesmo raciocínio pode ser estendido para as seguradoras.

Retomando a classificação das sociedades comerciais entre de pessoas e de capitais, sua importância decorre da contribuição pessoal ou patrimonial dos membros, ou seja, como essas contribuições são combinadas e exigíveis de cada sócio.

E mesmo assim, o novo direito societário deve permitir a construção de várias estruturas de sociedades anônimas (já se tem defendido a existência da *sociedade anônima simplificada*), segundo modelos que recepcionem a complexidade crescente na forma e no conteúdo, encontrando-se no topo da pirâmide o equivalente às companhias do Novo Mercado, em que a Bolsa de Valores, para admitir valores mobiliários por elas emitidos à negociação, impõe regras específicas.

O operador jurídico brasileiro precisa começar a aprender a pensar *fora da caixa*, preso que tem sido a estereótipos seculares, perdendo de vista a evolução das formas pelas quais se

exerce a atividade mercantil mundo afora. Sob esse ponto de vista está demonstrada a pobreza franciscana do projeto de código comercial que ora se discute. Ele apresenta mais do mesmo, com algumas *pinceladas* de novidade, essencialmente preso ao passado, deixando à margem a criatividade dos agentes econômicos, esquecendo o negócio indireto discutido por Ascarelli, a que recorrem para afastar regras que dificultam a obtenção de resultados desejados. Respeito à história do Direito Comercial, que sempre recepcionou o novo é o que se propõe, tendo em mente, ao mesmo tempo em que se acompanha o desenvolvimento secular dos institutos correspondentes, atualizando-os, tal como se fez no âmbito interno das corporações de mercadores durante a Idade Média. Uma coisa é olhar e valorizar o passado. Outra muito diferente é refastelar-se e nele viver.

No campo das companhias, a Lei 6.404/1976 foi uma daquelas mais bem construídas no ordenamento jurídico brasileiro (não por outra razão se mantem intacta em sua estrutura fundamental), que certamente pode ser aperfeiçoada (o que precisamente ocorreria se algumas mudanças que nela foram feitas retroagissem ao modelo original). Há questões críticas a serem resolvidas. Entre elas uma tutela mais adequada dos acordos de acionistas que se transformaram, ao longo do tempo, em permanente fonte de crises internas, gerando profusão de demandas na medida que são utilizados não para facilitar a tomada de decisões em benefício da companhia, mas em nova instância esdrúxula de decisões à revelia de interesses sociais.

Os modelos contratuais de acordos de acionistas, pactos parassociais, têm pecado de um lado pelo exagero e, do outro, pela insuficiência. No primeiro caso, não tem se revelado satisfatório o recurso a contratos estipulados em uma infinidade de normas, classificadas em cartas de intenções, preambulo, definições e tutela por temas. O aparente extremo cuidado em cercar todas as possibilidades de ocorrências mediante a enorme quantidade de normas omite a realidade de que são *contratos incompletos* (ou seja, inexiste a possiblidade real de prever regras de forma exaustiva para todos e quaisquer eventos futuros). E se alguém tentasse prevê-los, a negociação se estenderia *ad aeternum,* prejudicando os interesses de todos, considerado o tempo que passa e a dinâmica da atividade que as SPEs se propõem a exercer, como se verá adiante.

A insuficiência de cláusulas objetivando a solução de problemas futuros se dá pelo mesmo motivo: a incompletude contratual. Já que ela existe não adianta tecer uma profusão de regras, mas, isto sim, de deixar portas abertas para a solução de pendências que possam ocorrer entre as partes, segundo critérios preestabelecidos, flexíveis o suficiente para agasalharem mecanismos oportunos de solução de conflitos.

Outros pontos nos quais mudanças se mostram necessárias são a configuração dos deveres e responsabilidade do controlador (precedida de melhor delimitação do seu conceito jurídico), de administradores e membros de conselhos fiscais.

Em relação a grupos econômicos e consórcios, como instrumentos destinados ao exercício conjunto, coordenado, da atividade mercantil, de reconhecer que, entre outros motivos, a ausência de concerto entre os ramos de direito envolvidos nessas modalidades de operação (comercial, trabalhista e tributário), os chamados *grupos de direito* não são adotados no Brasil.

Neste caso, necessário aperfeiçoamento legislativo no trato dado aos grupos pela lei societária, a par de visão mais racional do direito tributário (que deve mudar a orientação estritamente arrecadatória, para um sistema que reconheça a eficiência como parâmetro fundamental).

Quanto ao direito do trabalho de origem getulista, as discussões se aprofundam sem, ainda, horizonte perceptível para mudanças que o progresso tecnológico requer. Ainda vivemos distorções causadas por um fascismo ultrapassado, no qual o Estado Provedor dava cobertura ao empregado, visto como hipossuficiente, dependente e quase escravizado, utilizado, ainda hoje, como massa de manobra política. O direito trabalhista, considerado por estudiosos da área, um dos mais retrógrados entre os ordenamentos jurídicos, é causa importante para o travamento do nível de crescimento da oferta de empregos e da busca por eficiência. O custo de um trabalhador é praticamente o dobro do que ele recebe a título de remuneração (salário) e, essa diferença em favor do governo, consiste no apanágio da malversação de recursos escassos. É claro que esse custo extra, associado à tributação desmesurada, torna o produto brasileiro extremamente caro em relação aos preços praticados por outros países.

No plano dos consórcios de sociedades mudanças também são exigidas a fim de que sejam mais racionais e eficientes no que diz respeito às relações internas e externas. Vale a pena considerar as cooperativas, notadamente as de produção, sociedades mercantis como eram na origem.

Uma última palavra cabe em relação às sociedades de propósito específico (SPEs), largamente utilizadas no Brasil e que se tornaram infindável fonte de demandas entre os sócios, muitas delas surgidas na sua mais tenra infância. Considerando-se a imprestabilidade das limitadas segundo o modelo criado pelo Código Civil, e que piora no projeto, a forma predominante adotada na constituição de SPEs é a anônima fechada sem que se equacionem os problemas de assimetria de informações entre participantes.

Nessas sociedades a interação entre administradores (que geralmente são sócios) e os demais investidores é fundamental para o bom andamento do projeto e quando falta profissionalismo, não são modeladas nem implementadas normas de governança corporativa adequadas.

Sob esse ponto de vista, mais uma vez, o projeto de código comercial se revela inadequado.

VII) SOCIEDADES E MERCADO DE CAPITAIS

A *AFFECTIO SOCIETATIS* ESTÁ VIVA E ATIVA NO PLANETA TERRA

(09.07.19)

Dois conceitos (ou institutos) do direito societário têm sido historicamente apresentados como parte inerente ao acordo de vontades por meio dos quais as sociedades se constituem, o *intuitus personae* e a *affectio societatis*.

O *intuitus personae* corresponderia a um tipo especial de vontade que se estabelece entre os sócios que envolve um elemento de natureza essencialmente pessoal ou personalíssima: ao aceitar participar de uma determinada sociedade, cada sócio somente o faz tendo em conta a sua relação de natureza intrinsicamente subjetiva entre ele e os demais sócios, não aceitando fazê-lo com mais ninguém. Seriam exemplos os casos de sociedades entre marido e mulher, pais e filhos, irmãos, amigos de longa data, etc. A situação clássica se dá quando um

dos dois únicos sócios em tal situação morre e o outro resolve dar fim à sociedade, não aceitando, como costuma acontecer, dar continuidade ao contrato social com o cônjuge e/ou herdeiros do sócio pré-morto. Nos ordenamentos jurídicos em que existe a sociedade unipessoal essa é a *saída* para o sócio sobrevivente. Em muitos casos o contrato social desde a sua formação já prevê a solução a ser adotada, na maioria das vezes pelo encerramento da sociedade.

A *affectio societatis*, por sua vez, como veremos em seguida, corresponderia a um tipo especial de vontade, própria das relações societárias, não presente nos contratos sinalagmáticos. E neste sentido, a sociedade é diversa da comunhão. Vejamos o que dizem a respeito alguns dos autores *clássicos* do direito brasileiro. Jamais devemos esquecê-los.

Afirmando tratar-se a sociedade como um contrato consensual, esclareceu Washington de Barros Monteiro que sua base, seu suporte, sua essência, é a comunhão de interesses reinante entre os sócios, a união destes, colimando objetivo comum. Alerta esse autor para o fato de que não se deve confundir a sociedade com simples comunhão, seja ela incidente ou convencional. E a diferença está, precisamente, na presença de *affectio societatis* entre os sócios (inexistente na comunhão) quando se dá um traço de união; de vínculo de colaboração; do sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade, reverte em proveito de todos. Na comunhão, em contraste, esse elemento não entra em linha de conta[39].

Por sua vez, Silvio Rodrigues está no mesmo caminho, designando como elemento subjacente e fundamental do conceito de sociedade, precisamente, a *affectio societatis*, cuja presença ou não é que a distingue do condomínio tradicional. Segundo esse autor, enquanto na sociedade os sócios *deliberadamente* (destaque do autor) se unem para buscar um determinado fim, na comunhão os consortes encontram seus interesses acidentalmente reunidos, sem que tal reunião tenha sido um pressuposto para se atingir determinado objetivo.[40]

Entre os civilistas Silvio de Salvo Venosa não destoa desse mesmo entendimento, ao afirmar que a *affectio societatis* está presente no instituto da sociedade, conceituada como a intenção de associação e cooperação recíprocas, sem a qual o liame de ligação negocial entre os participantes não será de sociedade[41].

Passando para os comercialistas, J. X. Carvalho de Mendonça anota que, de acordo com os tratadistas, os contratantes da sociedade devem ter a vontade de formá-la, tendo Ulpiano denominado essa vontade de *affectio societatis*, exprimindo a intenção de reunir esforços para a realização de um fim comum. Neste sentido, continua esse autor, o elemento intencional, o consentimento dos contratantes sobre certo objeto é condição da essência de todos os contratos, mas *ele se especializa com relação à sociedade*, exigindo que os contratantes manifestem claramente a intenção de formá-la. E isto implica em dizer que os sócios manifestam

---

[39] In *"Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações, 2ª Parte, ", 5º Vol., 11ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 1976, p. 293.*

[40] In *"Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*", Vol 3, 19ª ed. Atualizada, 1990, Ed. Saraiva, São Paulo.

[41] In *"Direito Civil – Contratos em Espécie- Estudo Comparado com o Código Civil de 1916" – vol. 3, 6ª ed., atualizada de acordo com o Código Civil de 2002,* Ed. Atlas, São Paulo, 2006, p. 584.

uma vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade[42].

Observamos que essa *especialização da vontade* a caracteriza diferencialmente em relação à celebração de outros contratos, marcando aqui um elemento que será utilizado nas nossas considerações sobre a *affectio societatis*, atacada, a nosso ver injustificadamente, por autores mais modernos.

Quanto a Waldemar Ferreira, este inicia sua preciosa lição sobre essa matéria referindo-se ao velho Direito Romano, em cujo âmbito não se compreendia a existência de sociedade sem que, no momento do contrato, nutrissem os contraentes o ânimo específico de a contrair, o que era substancial. E aproveitou para embasar-se também em Ulpiano, em quem se lê que se pode ter comunhão onde não se pretendeu contrair sociedade ("*Cum non affecione societatis incidimos in communionem"),* ao passo em que quando o ato se pratica com ânimo societário, tem cabida a ação emergente da sociedade ("*Si animo contrahende societatis um actum sit, pro sócio esse actionem*"). E Waldemar Ferreira ainda afirma que a convenção quanto à constituição de sociedade deve ser inequívoca[43].

Em continuação no mesmo trecho, aquele comercialista afirmou, ainda, que, além do desejo dos sócios em realizar lucros, constituindo um acréscimo de fortuna, é preciso que haja ademais a *affectio societatis*, a qual, a par do consentimento, apresenta uma vontade orientada para reunir todas as forças individuais resultantes dos capitais e do trabalho, da atividade dos sócios, de maneira a se ter colaboração efetiva, ação comum.

Essa visão não destoa daquela encontrada no direito comparado bastando, para não nos alongarmos demasiadamente no exame deste tema, reportarmo-nos a Tullio Ascarelli. Esse autor, ao tratar da finalidade comum dos contratos plurilaterais (dos quais a sociedade é um dos tipos), destaca a *finalidade comum* como um dos seus elementos essenciais, aludindo ao *escopo*, em sua precisa configuração em cada caso concreto (e o exemplo dado é o de uma sociedade constituída para a compra e venda de livros), como juridicamente relevante. É o escopo o elemento *comum*, *unificador* das varias adesões, concorrendo para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes.

Tendo em vista os aspectos acima, Ascarelli observa que, no fundo, o escopo representa o sentido da tese tradicional, que exige a presença da *affectio societatis*, aproveitando para contrariar a crítica de doutrinadores no sentido de que ela representaria a duplicação do consentimento das partes. **Mas para Ascarelli e tese que defende a *affectio societatis* é exata,** uma vez que ela põe em evidência o objetivo comum das partes e a necessidade de que o consentimento dessas visa à sua consecução[44].

Não podemos nos esquecer que essa vontade das partes em uma sociedade, de caráter instrumental, consubstanciada pela *affectio societatis*, tem tudo a ver com a sua natureza de

---

[42] In *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, Livro II, Parte III, *Das Sociedades Comerciais*, 5ª edição posta em dia por Achilles Bevilacqui a Roberto de Carvalho Mendonça, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro/São Paulo, 1954, pp. 22 e 23.

[43] In *"Tratado de Direito Comercial – O estatuto da sociedade de pessoas",* 3º Vol., E. Saraiva, São Paulo, 1961, pp. 32 e 33.

[44] In *"Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado", 2ª ed,* Saraiva, São Paulo,1969, pp. 170 e 171, especialmente a nota nº 47.

constituir-se como uma relação jurídica cujo momento constitutivo não exaure o interesse das partes, mas cuida-se de uma atividade que se desenvolve no tempo, projetando-se o objeto da sociedade para o futuro[45]. Estamos, portanto, no campo do contrato incompleto, cuja configuração difere no plano da vontade em relação aos contratos fechados, cujos parâmetros são previamente estabelecidos e que somente se alteram mercê de circunstâncias excepcionais. Enquanto isso, a vida da sociedade ao longo do tempo é mutável na medida das novas necessidades que surgem ao longo do tempo e que são atendidas pela mudança do contrato ou do estatuto social, mediante a expressa vontade das partes.

Façamos um exame rápido da presença de relações entre os sócios, conforme o tipo de sociedade adotada:

(i) **Companhia aberta** > nível "zero" de colaboração > *affectio societatis* "zero".
Caráter *intuitus personae* "zero"[46].

(ii) **Companhia fechada** > nível de colaboração de mínimo a máximo, dependendo da conformação social > *affectio societatis* de mínima a máxima, neste caso especialmente em relação a sociedades familiares.
Caráter *intuitus personae* de "zero" (mais raro) a máximo, dependendo da conformação social.

(iii) **Sociedade por quotas >** *affectio societatis* de mínima a máxima, dependendo da conformação social. Será praticamente inexistente o nível "zero" de colaboração. O máximo se dará nas sociedades familiares.
Caráter *intuitus personae* de "zero" (muito raro) a máximo, dependendo da conformação social.

Em conclusão, devemos ter em conta que os institutos tradicionais do Direito, como é o caso da *affectio societatis*, somente devem ser considerados como susperados ou de aplicação marginal quando tiver ocorrido alguma mudança verdadeiramente profunda na base que os originaram. Em relação ao direito societário eu não vejo que isso tenha acontecido, tratando-se da aplicação da *affectio societatis* a tipos sociais relativamente diversos dos modelos históricos, mas que continuam estruturalmente construídos sobre os mesmos fundamentos.

OS (DES)MANDAMENTOS SOCIETÁRIOS

- 27.08.2009 -

Nota - As coisas continuam como estão, acrescido desde então novos *"desmandamentos"*, representado pela Lei 13.792, de 03.02.2019. Esta, ao dar nova redação aos artigos 1.063 e 1.085 do Código Civil, estabeleceu que: (i) t*ratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes a mais da metade do capital social; e (ii) salvo disposição contratual diversa., ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada*

---

[45] Cf. Francesco Ferrara Jr. E Francesco Corsi, in *"Gli Imprenditori e le Società", 11ª ed., Giuffrè Ed., Mião, 1999, p. 239.* Esses autores acrescentam que em tal relação jurídica de longa duração, ela apresenta a característica de exigir ulteriores determinações volitivas, destacando que a atividade social é indicada no momento da constituição da sociedade de forma genérica, sendo necessário, como forma de propicar o seu desenvolvimento, a especificação de atos concretos para tal fim e que de vez em quando necessitem ser atualizados.

[46] Podemos entrever a existência de *affectio societatis* mesmo na companhia aberta se pensarmos na existência de acordos de acionistas (tanto no grupo de controle como entre os minoritários), quando se formarem em volta de objetivos de natureza pessoal e duradoura no tempo entre os seus signatários.

em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa". No primeiro caso sempre ocorrerão situações de engessamento da sociedade pela impossibilidade de se alcançar o novo quórum para o afastamento de sócio da administração da sociedade; No segundo caso haverá muita briga antes de se definir o que poderá ser entendido como *o que seja a* ***ciência adequada*** *do acusado no* ***tempo hábil****.*

Uma longa experiência tem mostrado que ser sócio, muito especialmente na condição de minoritário, não representa qualquer *mar de rosas*, mas isto sim, em grande parte das situações, um oceano proceloso cheio de perigosas ondas nas quais se perdem os navegantes incautos e até mesmo os muito prevenidos.

A vida dos sócios sempre foi muito complicada, em todas as áreas do *direito societário*. Na primeira das sociedades registradas pela história, uma sócia *deu ouvidos* a um concorrente do seu Franqueador, o qual desejava tomar a exclusividade do negócio, havendo feito uma intriga sobre os limites do contrato. Envolvida pela boa conversa, aquela sócia extravasou a área da franquia, colhendo frutos onde não lhe era permitido. O Franqueador, indignado, cancelou a franquia agropecuária e expulsou os antigos franqueados daquela terra muito fértil, havendo-os desterrado para uma região inóspita, onde o trabalho, como castigo, passaria a ser extremamente fatigante. Além disto, estabeleceu um sistema de segurança tão perfeito, que o local nunca mais foi encontrado, não tendo sido possível nem mesmo ao MST chegar até lá.

Outra sociedade celebrada entre os filhos daqueles primeiros sócios infelizes também não levou a melhor sorte. Tratava-se de exploração econômica no ramo do agronegócio: um sócio cuidava da agricultura e outro do pastoreio. Injustamente indignado porque achava que o Franqueador estava favorecendo o seu irmão, o sócio responsável pelo setor agrícola praticou a resolução unilateral do vínculo societário pela maneira mais drástica, ou seja, por meio do assassinato do co-sócio. Geralmente o uso indevido do poder societário não chega a este extremo, mais próprio aos romances policiais da Agatha Christie.

Algumas situações emblemáticas presentes em muitas sociedades podem ser contadas na forma de *desmandamentos* na vida social e, como um imitador não autorizado do grande líder Moisés, pretendo enumerar as mais comuns. Alguns dos casos relacionados configuram o que tem sido chamado de *sociedades burras*. Corrija-se a expressão, ao mesmo tempo em que se pede perdão pelo que vai dito: burros são os sócios, não as sociedades que nascem da vontade daqueles, com tantos defeitos que podem ser chamadas de monstrengos ou de *frankeinsteins jurídicos*. Aliás, muitas vezes alguns sócios tornam-se vítimas em tais sociedades, involuntariamente herdando tal qualidade pela morte de um fundador desavisado e vendo-se jogado dentro de um tornado incontrolável.

Primeiro desmandamento – Sociedades com um sócio detentor de 99% do capital e o outro com o restante. Nesta o sócio minoritário padece de incapacidade plena e absoluta.

Muitas vezes o pequenininho é aquela senhora *do lar*, dedicada esposa que comanda o forno e o fogão na casa do sócio majoritário e que um dia recebe a visita não agradável de um oficial de justiça que vem convidá-la para repassar seus bens a alguém de quem ela nunca ouviu falar, mas que agora é seu credor. Isto sem falar que ela pela primeira vez na vida ouve a referência a uns tais *crimes falimentares* que inocentemente praticou ao ter assinado um papel qualquer que o maridão lhe colocou um dia diante dos olhos, com a caneta na mão.

Dita senhora outras vezes passa um grande vexame quando alguém telefona do salão de beleza reclamando que seu cheque foi devolvido por falta de fundos. Correndo a digna senhora até o banco com medo e vergonha (esta por causa da fofoca no salão, que representa

um malévolo *efeito de segunda ordem*), o gerente lhe informa que não existe mais qualquer saldo credor porque a conta conjunta de que era titular com o marido sofreu um acidente de percurso chamado *penhora on line*, determinada por um tal de *Bacen Judas.*

Este desmandamento tem algumas variantes na divisão do capital social, mas é sempre caracterizado pelo fato de que o sócio minoritário não manda coisa alguma. Um exemplo que nos remete a um *chic* cenário internacional é o caso da sociedade em que o maridão tem 99% do capital social, uma sociedade *off shore* (do marido) tem 0,99% e a dileta cara-metade tem uma única e solitária quota ou ação. Mas ela não pode reclamar: perante a justiça, especialmente a trabalhista, para quem os sócios têm igual nível de responsabilidade, sejam ou não administradores.

Segundo desmandamento – Sociedades nas quais cada sócio tem precisamente 50% do capital social.

Nestas um sócio fica inteiramente *nas mãos do outro*. Ou existe uma concordância integral, ou briga integral. Não há meio-termo. Ou a sociedade emperra ou anda. E qualquer medida destinada a corrigir esta situação fica impossibilitada porque, justamente, uma salvadora alteração na proporção do capital dependerá de aprovação conjunta dos sócios e, evidentemente, um projeto com tal objetivo em nada apetecerá ao sócio a quem será reservada a qualidade de minoritário.

Bem, em tais casos um sócio pode morrer (não se está dando aqui qualquer incentivo em tal sentido) e, conforme o contrato social ou a lei, o sobrevivente ficará sozinho para escolher uma vítima minoritária ou terá que conviver com os herdeiros do falecido, sendo-lhe então aberta a temporada de caça para cooptação de tantos quantos lhe proporcionarem o controle.

Terceiro desmandamento – sociedades com *usufrutuário vitalício controlador*.

Como não há mal que sempre dure, esta situação se resolverá com a morte do usufrutuário (leiam-se as observações dos desmandamentos acima). Mas enquanto a situação se mantém os demais sócios ficam sujeitos ao arbítrio do usufrutuário, que comandará os destinos da sociedade pelo seu poder majoritário de voto nas deliberações sociais.

Soluções poderão ser alcançadas pelo recurso ao Judiciário, demonstrando-se o abuso do uso de direito de voto pelo usufrutuário. O problema está na reconhecida *eficiência da justiça*, que, como se sabe, pode levar um lustro ou uma década para dar fim a uma pendência. Enquanto isto a sociedade ficará nas mãos do usufrutuário, para o bem ou para o mal, sempre pendendo para a satisfação do interesse daquele, que, da mesma forma que qualquer senador, pensará primeiro em si mesmo e nos seus, e depois na sociedade.

Quarto desmandamento – Trata-se da sociedade de minoria igualitária.

Nela todos os sócios têm individualmente uma pequena parcela do capital, nenhuma delas capaz de lhes atribuir qualquer direito fundado no contrato social ou na lei. A lei, aliás, como descobriram recentemente os observadores, em nada ajuda e em tudo atrapalha. Nosso novo Código Civil parece explicação de político apanhado em flagrante em alguma *maracutaia*: tem uma posição diferente (mesmo diretamente contraditória) para cada caso. E como não existe vácuo de poder, os sócios procurarão agregar-se entre si de tal maneira que possam somar os votos necessários à formação do controle, imprescindível ao funcionamento do ente social.

Ora, nestas situações serão corriqueiras traições, arrependimentos, *retraições*, cooptação dos financeiramente mais necessitados (já disse alguém que o amor ao dinheiro está

na raiz de todos os males), revoadas de sócios para o *sul*, ou para o *norte*, conforme a bússola do interesse individual assim os oriente. A cara é a de um *big brother societário*, que mostrará todas as mazelas da raça humana dentro de um pequeno cadinho da experiência sociológica. Nestas horas, ao ver os *expedientes* adotados pelos sócios para *ficarem por cima*, César Bórgia lá no *Inferno de Dante*, julga-se grandemente injustiçado pela sua condenação, sentindo-se *peixe pequeno*.

No mais das vezes o destino dessas sociedades é a falência porque não há navio que agüente tal tempestade, girando freneticamente no mar revoldo do mercado como um cão maluco que procura morder a própria cauda, sem nunca conseguir realizar o seu *objeto social*.

Quinto desmandamento – sociedades com administradores nomeados diretamente pelo contrato social e quadro de sócios minoritários.

Nestes casos, os minoritários ficarão eternamente sob a ditadura do administrador, que pode ser o próprio controlador ou alguém favorecido por ele. Para demitir esse administrador será necessária a alteração do contrato social e, sendo ele o controlador ou apoiado por este, essa intenção é tão fadada ao insucesso quanto achar a lendária Eldorado. Nos casos em que tal administrador vier a violar o contrato social ou a lei, os minoritários poderiam recorrer ao Judiciário. Mas conhecemos de muito tempo como esta solução representa uma miragem fugaz em meio ao deserto, sob o sol inclemente.

Outros desmandamentos podem ser colecionados. Mas podemos parar por aqui, sob pena de causarmos um nível insuportável de *depressão societária*, doença que não tem cura, nem deixando de ser sócio, pois o doente morrerá de saudades do tempo do sofrimento.

Uma saída para todos os mandamentos apontados seria buscar-se a salvação na *santa arbitragem*. Mas duvido que um controlador consciente do seu poder absoluto (*"Le societé c'est moi")* permita a inclusão de tal caminho no contrato social. Afinal de contas, *suicida voluntário* somente escorpião cercado por um círculo de fogo.

DEVERES FIDUCIÁRIOS DOS ADMINISTRADORES (IMPORTAÇÃO OU CONTRABANDO?)

- 8 de dezembro de 2017 -

"Será que existem deveres fiduciários ao sul do Equador?"

(De um compositor virtual)

Muito já se falou sobre um tal *complexo de vira-latas*, que afetaria o brasileiro quando ele se compara e ao seu país com outras pessoas e nações. Tudo o que é de fora é melhor do que o que se faz aqui dentro é o dito que corre por aí. E isto tem acontecido também com institutos jurídicos originados de outros ordenamentos jurídicos, enfiados goela abaixo do direito brasileiro e um dos casos diz respeito, precisamente à pretensa natureza dos deveres dos administradores de sociedades, classificados como de natureza fiduciária: *fiduciary duties*, dizem nossos *jus-psitacídeos*, procurando caprichar na pronúncia alienígena.

Vamos por partes, como diz o Governo quando deseja fazer alguma coisa e não pode.

É claro que o intercâmbio científico é uma necessidade imperiosa para que a ciência progrida e isto envolve o direito. No campo de Direito e Economia (*Law and Economics*), por exemplo, há cerca de duas décadas pouco ou nada se conhecia nos cursos jurídicos pátrios a respeito de certos princípios, que hoje já se tornaram voz corrente ao menos no âmbito dos cursos de pós-graduação das melhores faculdades de direito. Seu conhecimento se deve a pesquisas pioneiras em nossas universidades, tendo sido a professora Rachel Sztajn uma das principais influenciadoras da nossa doutrina nessa área. Neste sentido, recorrer às noções do dilema do prisioneiro (*Olá, povo do Lava-a-jato!*), da informação assimétrica, dos custos de transação, das externalidades (positivas e negativas), dos efeitos de segunda ordem, da captura, etc, tem se tornado bastante comum em trabalhos de final de curso, dissertações e teses e, em algumas vezes, já se tem encontrado referências em peças judiciais e em sentenças dos tribunais. Nestes casos, às vezes parece que não foi entendido bem o *espírito da coisa*.

Mas quanto à ciência econômica, trata-se de fenômenos universais, raramente (se é que existem) encontrando-se alguma realidade econômica que seja própria de determinada economia e que não possa ser encontrada ou reproduzida em outra. Mas quando nos voltamos para o direito, a coisa é muito outra porque existem ordenamentos jurídicos que têm índole e princípios bem diferentes entre si e, até mesmo, incompatíveis. Vejamos o que se pode falar a respeito dos chamados *deveres fiduciários*.

Como se disse, uma coisa é o enriquecimento progressivo e cabível segundo a natureza de cada ordenamento jurídico, a partir da experiência de outros países e outra muito diferente – e altamente reprovável pela sua inadequação e elevada ineficiência – decorrente de transplantes jurídicos forçados entre organismos incompatíveis ou menos próximos uns dos outros. E pode ser dito que de algum tempo a esta parte o abuso desse transplante forçado tem sido uma nota dominante nas relações jurídicas de Direito Comercial, especialmente no campo do contrato e das sociedades. O resultado tem sido altamente negativo, com elevado aumento dos custos de transação nos negócios mercantis.

A esse respeito minha ex-orientanda Muriel Waksman dedicou um capítulo inteiro ao tema no seu texto *"Os Limites ao Poder Intervencionista da CVM"*[1], no qual estão demonstrados os problemas inerentes a essa questão. Com apoio em Alam Watson (*"Legal Transplantation: An approach to Comparative Law"*, Athens, University of Georgia, 1993): superficialidade, erro legislativo, dificuldade/impossibilidade de sistematização, inexistência de similaridade entre os ordenamentos jurídicos *doador e donatário*, como poderiam ser chamados, em nossa visão.

Uma das falhas mais comuns em relação aos transplantes indevidos está na importação direta de leis ou, como mais comumente acontece de partes delas ou de seus princípios fundamentais, esquecendo-se os que assim agem que uma determinada norma de direito positivo jamais poderá ser tomada em sua individualidade e inserida em outro ordenamento. Isto porque ela não é um ente jurídico autônomo, mas faz parte de um conjunto de princípios e de normas jurídicas, concatenados em vista de um determinado fim. E isto acontece com grande ênfase no Brasil no qual, diferentemente do modelo da *common law*, todo o direito está construído debaixo das normas constitucionais, de conteúdo obrigatório em todo o país, quando se trata daquelas de natureza cogente e em relação ao qual o juiz não cria o direito, apenas o identifica e interpreta (essa revelou-se nossa frustrada esperança diante de um Judiciário *pró-ativo*, que usurpa papel alheio, tal como faz o cavalo que toma o freio nos dentes e deixa o cavaleiro legislador a reboque).

A língua de cada país, por sua vez, cria restrições para o transplante jurídico, pois do ponto de vista do direito, um termo na língua de determinado país não quer dizer a mesma coisa quando traduzida para a de outro. Este é o caso precisamente dos chamados *fiduciary duties*(deveres fiduciários) porque a *fidúcia* (confiança) de que se fala na *common law* e que tem uma ligação fundamental com o instituto jurídico *trust* no seu sentido estrito nada tem a ver com o termo confiança no direito brasileiro. Uma coisa é ser proprietário de um bem por meio do *trust* (operação na qual está envolvido um tipo de confiança desconhecida entre nós) e outra coisa é vender um valor mobiliário com carta de recompra, como acontece em nosso mercado de capitais.

No sentido acima, por mais que se fale naquele tipo de confiança, como seria o caso da alienação fiduciária em garantia, a sua introdução no direito brasileiro por meio da lei 4.728/65 e dos institutos similares que a seguiram, se fez de forma incompleta e altamente ineficiente. Isto porque o nosso atual Código Civil não agasalhou o negócio fiduciário, tal como havia sido anteriormente proposto em mudanças legislativas, tendo desaparecido do nosso direito o fideicomisso. Dessa forma as operações fiduciárias foram introduzidas em nosso país de forma desligada do restante do nosso direito.

Voltando à questão dos *deveres fiduciários*. Há uma profusão infinita de textos sobre a natureza jurídica dos administradores nos ordenamentos jurídicos que operam sob a *common law*. Para nossos objetivos presentes vamos nos utilizar apenas de um deles, a *"The Theory of Fiduciary Liabiliy"*, de Paul B. Mille[2], que fez uma análise horizontal e vertical do instituto no direito comparado.

Observa Paul Miller que o direito fiduciário se desenvolveu de forma natural, ausente um *princípio diretor* a seu respeito. Dessa forma não existe uma ideia muito clara sobre a natureza da relação fiduciária, cuja identificação é primordial para o fim do entendimento do que sejam os deveres fiduciários. Trata-se de uma relação jurídica de natureza especial, segundo a qual o fiduciário exerce um poder discricionário sobre os interesses de outra pessoa, o beneficiário.

De acordo com a colocação acima já podemos concluir de forma *antecipada* que o administrador de uma companhia não tem tal poder discricionário para agir em nome dela. O seu poder é inteiramente disciplinado quanto ao seu conteúdo e extensão pela cláusula de objeto, presente no estatuto social e, também, segundo as determinações da lei acionária. Tal cláusula necessita ser interpretada de forma estrita no exercício da função administrativa, uma vez que sua desobediência causa a atribuição ao administrador de responsabilidade pela indenização de qualquer prejuízo que seu ato possa ter causado ao patrimônio social. Além da cláusula de objeto, o estatuto social no mais das vezes estabelece normas mais estritas para a atuação dos administradores, que se traduzem, por exemplo, na necessidade de assinatura conjunta com outro administrador; na obediência a alçadas fixadoras de determinados valores para negócios mais importantes, acima das quais será necessária a autorização expressa do conselho de administração ou da assembleia geral, etc.

É interessante verificar como, segundo Paul B. Mille, as relações fiduciárias têm sido um dos conceitos mais frequentemente invocados nas discussões de questões diversas, ao mesmo tempo em que é pouco entendido. Se assim acontece nos países de origem do instituto, imagine entre nós!

Aquele autor observa que têm sido utilizados dois critérios principais para a identificação de uma relação fiduciária: *(i) status-based approachb* (visão tomada a partir do status); e *(ii) fact-based approach* (visão tomada a partir dos fatos).

I – Status based approach

Trata-se do mais tradicional método para identificar relações fiduciárias no âmbito dos tribunais. Confrontado determinado instituto com uma dada relação a corte procurará a sua categorização e determinará se aquele é convencionalmente reconhecido como de natureza fiduciária. São exemplos das bases consideradas as relações "devedor-credor"; as *"trustee-cestui que trust"*; e as "advogado-cliente". Observa o autor citado que os tribunais da *common law* têm sido muito relutantes em admitir novas categorias como concernentes a relações fiduciárias, tendo em vista que a sua admissão levaria a um aumento da responsabilidade.

O método é puramente analógico e tem levado ao reconhecimento de situações consideradas como quase *trust (quasi-trust)* ou fiduciárias em certa medida (*in some respect*). Mas isto não as leva para o campo das relações fiduciárias para o fim da aplicação dos efeitos correspondentes. Dessa forma, novas categorias de relações são consideradas de natureza fiduciária simplesmente em virtude de terem sido vistas como suficientemente similares a categorias paradigmáticas.

II – Fact-Based Fiduciary Relationships

Neste caso uma relação poderá ser entendida como fiduciária em virtude de apresentar certas características ou indícios do seu reconhecimento como dessa natureza. A estipulação dos indícios apropriados tem sido um desafio fundamental enfrentado pelas Cortes na aplicação desse método de aproximação. Entre tais indícios podem ser contados: (i) o escopo do exercício de algum tipo de discricionariedade ou de poder em mãos do favorecido; (ii) o fato de que o fiduciário pode exercer unilateralmente o poder ou a discricionariedade para o fim de afetar os interesses legais ou práticos do beneficiário; (iii) o fato de que o beneficiário é particularmente vulnerável ou que está à mercê de quem detém a discricionariedade ou um poder sobre aquele.

Depois de analisar alguns casos importantes discutidos nos tribunais o autor citado chega à conclusão de que nenhum dos dois critérios responde de maneira satisfatória ao objetivo de identificar sem sombra de dúvida uma relação como fiduciária. No caso do *status-based approach* a dificuldade reside na constatação de que o *status* tomado em suas variações para o fim de observação, em suas variações, não é conceitualmente estabelecido. E daí vem a falhar a aplicação da *analogia*.

Por sua vez, o *fact-based approach* é indefinido. Ele propõe flexibilidade ao custo da previsibilidade. A opacidade do conceito de relação fiduciária é ao mesmo tempo causa e consequência da falta de disciplina legal.

Na *commom law* o nascimento de relações fiduciárias se dá em virtude: (i) da lei; (ii) do mútuo consentimento das partes; ou (iii) da vontade unilateral do fiduciário. Por exemplo, a natureza fiduciária da relação entre pais e filhos menores se estabelece de direito considerando que os primeiros não precisam assentir positivamente em tal sentido e que os filhos são juridicamente incapazes para tal fim. Por sua vez, as relações de natureza fiduciária entre profissionais e clientes são tipicamente o produto do consentimento mútuo, originado de um contrato. Mas neste caso também podemos dizer que elas são de natureza intrínseca,

pois no caso do exercício da advocacia, cabe ao advogado exercer discricionariamente o poder de defender os interesses do cliente, a quem não compete pedir autorizações específicas para adotar os procedimentos regulares.

Considerando o arrazoado acima, deve-se concluir que os deveres fiduciários decorrem necessariamente da pré-existência de uma relação fiduciária, como tal comprovada em cada situação concreta.

Diante de todo o exposto, não se pode de forma alguma considerar que, no direito brasileiro, os administradores de sociedades, especialmente as companhias, têm os seus deveres e responsabilidades fundados em princípios de natureza fiduciária. Não está presente qualquer dos critérios verificados nos ordenamentos jurídicos da *common law* acima enumerados. Não se trata de mandamento legal, de mútuo consentimento fundado em um contrato e muito menos da vontade de que se submete a uma relação de natureza. E, quanto a este último ponto, de quem se trataria, da sociedade ou dos acionistas, verificando-se que não se aplicaria a qualquer destes?

Portanto, deve ser afastado com toda a ênfase o errôneo entendimento de que os administradores de sociedades no direito brasileiro exercem a sua função sob o manto de uma relação fiduciária. Trata-se de um transplante absolutamente indevido que somente pode levar à morte do paciente, ou seja, a companhia por eles administrada, os seus credores e os seus acionistas. Fiquemos com o bom tratamento da lei 6.404/76 nos dispositivos adequados, sem nos preocupar em enquadrar os deveres e responsabilidades dos administradores em categorias mirabolantes. Eu os acho mais eficazes na sua simplicidade direta.

O tema será mais aprofundado em futuro texto, que fará parte do volume voltado para as companhias na próxima edição de nossa coleção de Direito Comercial. E vamos superar esse complexo de inferioridade. Observemos que a *common law* não existia enquanto o direito romano já era uma velha realidade.

Estamos, portanto, no campo do puro contrabando. Com a palavra a Aduana Jurídica, que deve pegar os infratores quando desembarcam no Brasil.

_____

1 Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, 2017, pp. 138 e segs.

2 McGill Law Journal - Revue de Droit MacGill (2011) 56:2 McGill LJ 235.

_____

O ASTRÔNOMO JURÍDICO MÍOPE E AS LIMITADAS "ESTRANGEIRAS"

(VALOR ECONÔMICO- 28.10.2008)

Nota – O legislador nacionalista tupiniquim vez por outra resolve defender as fronteiras nacionais por meio da promulgação de leis excludentes da atividade econômica estrangeira dentro das nossas fronteiras. O inimigo do momento é a China expansionista, que "tem" o intuito de dominar o mundo, por exemplo, ao exportar para outros países a vida de escravidão

em que viveriam a sua população quanto ao regime de emprego. Vamos e venhamos, é claro que não vamos lotear nossas terras produtivas nem a nossa indústria sem mais nem menos, mas ou aprendemos a conviver em um mondo globalizado ou seremos engolidos por forças econômicas (privadas ou públicas) sem possibilidade de defesa. E veja-se que quanto às primeiras algumas delas têm hoje um patrimônio muito maior do que o PIB de grande quantidade de países.

Visualizemos o direito por meio da figura do universo. Suas inúmeras galáxias corresponderiam aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, cujos imensos braços muitas vezes se tangenciam ou se intercruzam, causando efeitos recíprocos entre si. Os sistemas estelares no interior de cada galáxia correspondem aos diversos ramos do direito, circundados por um variado número de planetas, satélites asteroides e cometas, correspondentes aos subsistemas e sub subsistemas jurídicos, cujas órbitas elípticas resultam de sua inafastável interferência recíproca.

Dentro deste vasto contexto cabe ao operador do direito (nosso *astrônomo jurídico*) estudar cada astro (instituto jurídico) a partir de sua posição relativa no mencionado universo. Ele precisará então se colocar em um ponto equidistante (o Aleph do famoso conto de Jorge Luis Borges), de onde poderá apreciar o objeto sob enfoque em sua individualidade, não se esquecendo das múltiplas interrelações existentes. Desta forma poderiam ser estabelecidas sem erro as leis que regem esse universo.

Recentemente, no entanto, alguns astrônomos jurídicos, talvez ofuscados pelo brilho de alguma coisa para eles misteriosa, usando telescópios interpretativos com lentes sujas e/ou quebrados, focalizaram um certo asteroide de número 1.134, localizado no planeta Código Civil. O resultado é que suas conclusões sobre o fenômeno, a par de curiosas, estão na contramão do ensinamento de Norberto Bobbio sobre a função do sistema solar. A se adotar as suas conclusões, o sistema explodirá, e o complexo arcabouço espacial desmoronará por completo. Havendo perdido de vista o todo do universo, concluíram que as sociedades limitadas brasileiras, objeto de *joint ventures* entre sócios nacionais e estrangeiros são ilegais quando não contam com a autorização governamental para funcionamento no País. Eles estão errados, de acordo com os seguintes argumentos:

1) A Constituição Federal - (o sol do nosso ordenamento jurídico) afasta o tratamento diferenciado entre nacionais e estrangeiros no seu art. 5°, caput. Desta forma, se os sócios estrangeiros residem no Brasil, é ilegal a discriminação prevista no asteroide 1.134. Mesmo porque a Constituição é o astro ao redor do qual gravitam os demais. Mas, reconheçamos, muito

frequentemente uma parte dos sócios estrangeiros de tais limitadas reside no exterior. Como ficaria, pois, a sua situação?

2) Partindo da realidade de que existe um *sistema jurídico harmônico* e observando que as sociedades integram a ordem econômica e financeira, procuremos saber o que nos dizem outros astros dele integrantes, examinando os de números 170 e seguintes da CF. Sobre o tema em vista, há um absoluto silencio, sendo de recordar-se que a EC n° 6/1995 (**clique aqui**) eliminou do espaço constitucional a diferenciação anteriormente feita entre sociedades nacionais e estrangeiras. Isto certamente é um importante sintoma do novel pensamento do legislador constituinte. Restaram quanto ao caso sob exame os princípios da

(i) livre iniciativa e

(ii) da proteção da empresa de pequeno porte, constituída sob as leis brasileiras*, independentemente da sua forma e da nacionalidade dos seus sócios*.

Isto significaria dizer que a limitação do asteroide 1.134 se aplicaria tão-somente quanto às médias e macro sociedades limitadas, o que representaria um contra senso jurídico levando à discriminação que também não está prevista no sol. Isto porque as sociedades de pequeno porte ficariam impedidas de crescer, sob pena de se tornarem ilegais. Ou então teriam de desfazer-se dos sócios estrangeiros, pondo-os a girar indefinidamente perdidos no espaço. Assim, ao invés do prisioneiro, teríamos o *dilema hamletiano* dos sócios: *crescer ou não crescer*?

3) Mas os sócios, colocados contra a parede, poderiam sair para uma solução transformadora, tal como acontece quando uma estrela velha implode e surge com a cara de uma supernova: bastaria mudar de limitada para anônima que, instantaneamente passariam para o lado da legalidade. Ou seja, no caso daquele pequeno asteroide, a roupa faria o monge.

4) No entanto, se deslocarmos o nosso telescópio para outro astro reluzente, de número 4.131, originado em 1962, veremos que ele trata do regime do capital estrangeiro no Brasil, não diferenciando taxativamente no seu asteroide nº 2 o capital nacional e o alienígena, contrariando o disposto no asteroide 1.134. Estamos, então, diante de uma nova *guerra dos mundos*. Quem então vencerá?

5) Ora, considerando-se que, em um jogo sideral, um planeta vale mais do que um satélite; uma estrela vale mais do que um planeta e assim por diante, somente podemos concluir que uma parte do asteroide 1.134 contraria as leis espaciais universais e somente resta que ela lhe seja arrancada fora e lançada no buraco negro da inconstitucionalidade. Desta maneira, sua massa crítica ficaria sensivelmente reduzida, sobrevivendo até a palavra "*subordinados*". O resto teria virado poeira estelar e não faria qualquer falta.

Assim sendo, não precisamos avisar o Banco Central do Brasil de que teria entupido a estratosfera terrestre com milhares de certificados de registro de capital estrangeiro, vagando perigosamente como *lixo espacial*, porque teriam sido ilegais quando emitidos a partir do advento do asteroide 1.134 nascido este em meio a algum estertor estranho, que alterou o seu DNA.

Constatamos, pois, que aqueles astrônomos jurídicos estão precisando urgentemente de óculos que ou tenham lentes translúcidas, ou que sejam corretivos adequados e/ou deverão trocar o seu equipamento de auxílio à visão jurídica, a fim de que não deixem mais os habitantes do planeta terra em completa polvorosa.

A SOCIEDADE LIMITADA E O *LADO NEGRO DA FORÇA*

- 17.01.2011 -

Todos os comercialistas concordam que a *invenção* da sociedade limitada (antiga *sociedade por quotas de responsabilidade limitada)*, ocorrida no final do século retrasado representou um grande avanço no direito societário, por permitir a utilização pelos comerciantes de um instrumento ágil e flexível no exercício de suas atividades. A mesma índole penetrou no direito comercial brasileiro, no qual o Decreto-Lei 3.708/1919 reinou por muitos anos com todas as suas virtudes e, como seria de se esperar, alguns defeitos. Se maior benefício este modelo societário não trouxe aos comerciantes brasileiros foi porque houve sensível deturpação de sua estrutura jurídica, não tanto no campo do direito comercial, mas do trabalhista e tributário, que passaram a estabelecer um regime de responsabilidade dos sócios e administradores não condizente com a sociedade em questão.

Um dos pontos mais significativos da sociedade por quotas de responsabilidade limitada estava no seu caráter contratual, o que permitia a construção de modelos particularizados aos interesses dos seus sócios, o qual podia ser modificado ao longo da existência daquela por meio de sucessivas alterações contratuais. Era então, como se poderia dizer, uma feita *roupa sob medida*.

Mas o obscurantismo do *Império* (aqui representado pelo legislador desavisado, tomado pelo lado negro da *Força*), ao promulgar o novo Código Civil, desestabilizou essa sociedade, havendo criado um modelo extremamente rígido e fechado, representado por uma grande quantidade de normas cogentes que tiraram todo o caráter contratual do instituto, jogando-o dentro de um recorte *prêt-à-porter*, de margens tão estreitas que não permitem sequer a um alfaiate jurídico exímio aproveitá-lo para vestir mais adequadamente o seu cliente.

Já se disse, talvez com um pouco de exagero, que a sociedade limitada estava morta. Mas se não era verdade, o novel legislado do *Império* agora contraataca com mais um petardo aquela já combalida vítima de sua sanha centralizadora medieval. O míssil foi disparado traiçoeiramente por um artigo escondido na Lei 12.375, de 30 de dezembro último, ali malevolamente introduzido por um agente duplo do *Império* que será difícil identificar.

Vejam que *gracinha*, como diria alguém, a ementa da lei em questão diz enganosamente que trata da transformação de funções comissionadas técnicas em cargos de comissão criadas pela MP 2.229-43/2001 e, depois de se referir a uma grande série de outras normas, declara que altera outras leis, inclusive uma tal de 10.406 de 10.01.2002 que, ora viva, é precisamente o nosso novo Código Civil.

Mais traiçoeiro do que isto nem punhalada nas costas. O caro senador do *Império* que controlava o vilão Darth Vader era fichinha perto do autor desta proeza.

Alguns problemas com o andor, dileto pai desta criança.

Inicialmente, a maneira pela qual foi feita a alteração não só no Código Civil, mas também em todas as outras normas mencionadas nessa Lei 12.375/2011 (**que não tenham a ver com a transformação daquelas tais funções comissionadas)** quebrou ostensivamente norma legal expressa sobre técnica legislativa, precisamente porque escondeu debaixo de tal desculpa outras finalidades desejadas por quem introduziu matérias estranhas, na calada da noite.

Esta leizinha ordinária (o sentido duplo é proposital) feriu o art. 7º, inciso II da Lei Complementar nº 95/1998, como seja:

> *" Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:*
>
> *I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto".*

Como vimos, a lei em questão primeiramente misturou o *público* com o *privado* e depois tratou do que não devia.

Tem mais. Um código em geral (e o nosso Código Civil em particular, que foi gestado durante décadas) é o resultado de um amplo consenso da sociedade, para tanto devidamente representada nas duas casas do Congresso. Assim sendo, não se pode aceitar que uma lei qualquer venha secretamente mexer no seu texto, mesmo que este já não seja particularmente uma verdadeira preciosidade, especialmente no que toca ao direito societário.

É o relatório, agora vamos ao mérito.

O legislador do Código Civil de 2002, exercendo o lado negro da *Força*, passou para os comerciantes um recado no sentido de que estes são incapazes de cuidar de seus próprios interesses e que os sócios minoritários e os terceiros que se relacionam com as sociedades limitadas precisam de um sistema de proteção especial, pois foram considerados relativamente incapazes para tal finalidade, pois seria altamente prejudicial para eles o seu regime, originalmente construído sobre a base do contrato. Assim sendo, montou as limitadas dentro de fronteiras rígidas e praticamente insuperáveis em muitos casos, mercê do estabelecimento de quóruns de deliberação frequentemente inalcançáveis.

Se não fosse bastante, o legislador jogou as limitadas no colo das sociedades simples, tornado modelo geral para a solução de omissões no tratamento do capítulo próprio. Esta última sociedade que de *simples* não tem nada, não é própria para o exercício da atividade mercantil, pois sua concepção está voltada para o atendimento da atividade de profissionais liberais. Desta maneira, a limitada de vez em quando é forçada a vestir uma armadura inapropriada para o combate do dia a dia nas suas atividades, seja no plano interno dos sócios, seja no esterno, diante de terceiros, credores, fornecedores, etc.

Mas para que liberdade? Esta seria um grande mal. O *Império* precisa controlar tudo dentro de sua concepção retrógrada e intervencionista.

E o caso concreto desta nova intervenção feita sob o manto do disfarce? Ela se voltou para uma proteção julgada essencial, relativa à designação de administradores não sócios. A mudança em questão foi no sentido de que o recurso à chamada administração profissional não mais precisará ser feita somente quando houver previsão no contrato social, mas passará a depender da vontade dos sócios em duas situações diversas: (i) voto unânime destes quando o capital não estiver integralizado; e (ii) aprovação por no mínimo de dois terços dos sócios, em caso de capital integralizado.

Veja-se que não se trata de votação segundo o capital social, mas *por cabeça*. Ora, basta no primeiro caso o voto de um único sócio *cabeça de bagre* para vetar a adoção da administração profissional, enquanto que na outra situação dois terços deles (e se foram quatro sócios, como será feita a conta, serra-se literalmente um em três para somar seis?) terão que ser arregimentados para a mesma finalidade. E isto independe de quanto capital os sócios arriscam-se a perder na sua empreitada. Pode ser uma quota de um real, ou três quotas de um real cada uma.

Ora, dirão os *imperialistas*, houve um progresso nesta mudança, pois não se torna mais exigível que o contrato tenha previsão para a nomeação de administradores não sócios ou que seja necessário primeiro alterar-se aquele (com todas as impossibilidades fáticas possíveis) para depois se recorrer à administração profissional. É mesmo, não? Acho que aqui devemos pedir desculpas ao *Imperador*, seja ele quem for. A *Força* aqui não estava no lado negro, tão somente cinza escuro.

E sabem os diletos leitores a razão de tudo isto? Muito simples: o capital integralizado é a garantia dos credores, segundo um dogma do sábio legislador imperial, e quando se recorre à administração profissional, o risco dos credores aumenta em demasia. Daí o cuidado especial em partir para este mecanismo perigoso para os pobres terceiros e para os sócios minoritários.

Ora, o capital social na verdade, não passa de uma *cifra de referência*. O que vale é o patrimônio líquido, ou seja, a diferença entre tudo o que a sociedade tem e tudo o que ela deve. O capital pode aparecer bonitinho no balanço, devidamente integralizado, mas com tudo isto já ter sido inteiramente comido por prejuízos da atividade social ou desviados por quem tem a chave do cofre. O balanço pode inclusive ter sido auditado e re-auditado. E daí? Que o digam os credores do Banco Panamericano...

Outra conclusão que se tira da visão do legislador notívago é que a administração profissional sempre será mais perigosa do que a interna. Por isto os cuidados especiais a serem tomados. Ora, se é assim, por que não generalizar? Vamos adotar a mesma regra para as sociedades anônimas, que, por serem de maior porte financeiro, poderão causar estrago pior ainda aos seus credores. Veja-se como o legislador é na verdade incoerente. Mas e daí? Nós não o deciframos e ele sempre nos devora.

No mundo da atividade mercantil, quem contrata com uma sociedade comercial, qualquer que seja o seu tipo, tomará os devidos cuidados para cercar-se de segurança e certeza do receber o que lhe seja devido. Não será uma exigência como a de que se trata que irá melhorar o direito e a garantia de ninguém.

Mais se poderia falar, mas o sofrimento já é o bastante.

E se a coisa anda por esse caminho tão tortuoso em relação à limitada, mais valerá sempre que possível, utilizar o modelo das companhias, que ainda dá maior liberdade aos seus usurários. Mas vamos falar baixo porque o lado negro da força vê e escuta tudo.

Finalmente, não se poderia mesmo esperar que em meio aos festejos de mudança do governo, o ilustre promulgador imperialista da lei em questão e seus companheiros na assinatura do texto (e/ou sua assessoria jurídica), docemente embriagados por uma apoteose nunca dantes vista na história deste país tivessem prestado atenção no contrabando que foi colocado na lei comentada, correspondente a esse famigerado artigo 14. Já seria pedir demais.

DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS E AUDITORIA INDEPENDENTE NAS SOCIEDADES FECHADAS

- 25.09.2018 -

A Lei 11.638 de 28.12.2007, entre outras novidades, estabeleceu novas obrigações para as *"sociedades de grande porte"*, objeto de controvérsias no meio jurídico, especialmente por causa do seu art. seu 3º, abaixo transcrito:

"Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)".

As sociedades que teriam passado a se vincular às obrigações acima são, em tese, portanto, a limitada e as demais, também presentes no Código Civil de 2002 (NCC), de pouquíssimo uso no mercado. Assim sendo, a discussão que se coloca diz respeito especialmente às sociedades limitadas.

Estas sociedades já estavam sujeitas às regras de escrituração do NCC, nos artigos 1.179 a 1.195, inclusive o levantamento do balanço patrimonial e o de resultado econômico. Não era prevista a publicação de tais balanços e nem a contratação dos serviços de auditoria independente.

No tocante à obrigatoriedade de publicação dos balanços, o dispositivo acima não a fez constar de forma expressa. Somente se fala em *"escrituração e elaboração de demonstrações financeiras".* Desta forma, a regra em tela teria *"chovido no molhado".* Alguém poderia entender, de outro lado, que o legislador não teria motivos para repetir uma obrigação já existente e que, portanto, o *espírito da norma* seria, precisamente, o de incluir a publicação das demonstrações financeiras, acrescentando-se a da contratação dos serviços de auditoria independente para as sociedades definidas como de grande porte.

No entanto, o direito tem como princípio assentado que as obrigações devem ser expressamente estabelecidas, como base fundamental sobre a qual se firma a autonomia da vontade. Se o legislador *pensou* em adotar a obrigação de que se trata, ele deveria ter o cuidado de determiná-la de forma expressa, não somente para firmá-la como tal, mas para dar segurança jurídica aos interessados.

De outro lado, deve-se ter em mente que a obrigação vertente se coloca em sentido diametralmente oposto ao princípio que é o do segredo de negócio, tão caro ao empresário e protegido pelo NCC (arts. 1.190 e 1.191), o qual poderia em parte ser quebrado pela revelação de participações societárias estratégicas da sociedade em outras e vice-versa, ou pelo acesso a outras informações presentes no balanço que ela desejasse licitamente não revelar, especialmente aos seus concorrentes.

Lembre-se, ainda, que a publicação de balanços tem utilidade especialmente para as sociedades abertas que vão buscar recursos no mercado e devem, por este motivo, adotarem, aí sim, um modelo amplo de transparência e de prestação de contas perante os seus acionistas atuais e potenciais. Uma limitada nem seus próprios sócios, como se sabe, jamais poderão oferecer suas quotas publicamente a quaisquer interessados.

Se uma limitada *de grande porte* vier a efetuar negociação com terceiros (bancos ou fornecedores), estes terão todo o direito de exigirem a apresentação de suas demonstrações financeiras, que ela já possui, na medida em que obedeça às normas legais já mencionadas. Isto caso a caso e sob a reserva de sigilo. Daí a inutilidade da obrigação de sua publicação.

Quanto à obrigatoriedade da contratação de empresa de auditoria independente, não há dúvidas de que ela foi instituída pela nova lei para as "*sociedades de grande porte*". Apenas se pergunta qual a utilidade dentro de um ambiente fechado de negociações entre a sociedade e terceiros, os quais poderão se for o caso, exigir uma auditoria específica para o deferimento da operação pleiteada pela primeira. De outra forma, ter-se-á criado um elevado custo adicional para a generalidade das sociedades de grande porte (com repasse correspondente para os seus preços, se possível e consequente prejuízo para os consumidores), sem que tenha havido um ganho para a generalidade do mercado. Ora, o direito também precisa ser economicamente racional, sob pena de produzir externalidades negativas.

A CONTÍNUA PERLENGA SOBRE OS BALANÇOS DAS LIMITADAS DE GRANDE PORTE

09.03.2009

Continua efervescente a discussão sobre se as sociedades limitadas de grande porte devem ou não publicar os seus balanços, obrigação que teria por fundamento o art. 3º da Lei 11.638/2007.

Ultimamente, os administradores e controladores de tais sociedades foram alertados por alguns comentaristas dos perigos que correrão caso distribuam lucros sem que aquela *obrigação* tenha sido atendida. Os riscos se apresentariam, inclusive, na esfera penal. Defendeu-se, até mesmo, a competência da Polícia Civil e do Ministério Público para procederem às investigações cabíveis objetivando a penalização dos ditos criminosos.

Mais uma vez, a meu ver, trata-se da perda de uma visão sistêmica multidisciplinar do tema em foco e, o que é mais grave, do esquecimento de princípios fundamentais do Direito Penal. Para começar, vamos ao último.

Em minhas primeiras lições de Direito Penal, ministradas na Faculdade de Direito da USP no longínquo ano de 1968 pelo saudoso Professor Basileu Garcia, eu aprendi que não existe crime sem lei anterior que o estabeleça. Aliás, naquele tempo os alunos da matéria em questão eram compelidos a ler a imorredoura obra de Cesare Beccaria, "Dos Delitos e das Penas", o *lançador*, digamos assim, deste princípio fundamental. Paralelamente também nos foi ensinado que não existe no Direito Penal nem analogia nem interpretação extensiva, princípios de aplicação indireta daquele primeiro já mencionado, relativo à imposição da necessidade de lei anterior, o qual tem sido tradicionalmente agasalhado em nossas Cartas Magnas, hoje encontrado no seu art. 5º, inciso XXXIX, e que consta também do art. 1º do Código Penal.

Ora, não existe previsão legal específica que puna os administradores das sociedades limitadas caso distribuam lucros sem que tenha sido anteriormente publicado o balanço do exercício no qual aquela prática se dê. E está absolutamente impedido o operador do direito de recorrer analógica e extensivamente para tal fim ao art. 201, § 1º da Lei 6.404/1976, destinado exclusivamente às sociedades anônimas.

Muito menos se pode recorrer ao art. 177, inciso VI, do Código Penal, que pune criminalmente *"o diretor ou gerente que,* ***na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios".*** Conforme é cristalino pela leitura do texto, não há qualquer referência a **balanço não publicado**, inferência que resulta

completamente gratuita. Desta forma, nossos assustados empresários não precisam ter medo da polícia nem do Ministério Público quanto à situação sob exame.

Passemos agora à análise da matéria em foco sob a ótica do Direito Comercial societário. Quanto a este, somente por meio de um ato de violência interpretativa se poderia entender que as limitadas de grande porte, nos termos do art. 3º da Lei 11.638/2008, estejam obrigadas a publicarem os seus balanços. Primeiro porque onde a lei não cria ônus, não pode fazê-lo o intérprete. Ausente do dispositivo legal em questão o termo *publicação,* não há como entender-se subentendido.

Segundo porque, de acordo com o parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil vigente está muito claramente ali colocado que **a lei das sociedades anônimas será considerada supletiva do regramento específico das sociedades limitadas tão somente se o contrato social assim dispuser.** Isto significa dizer, apenas, que diante de **incompletude do tratamento legal das limitadas**, poderá o intérprete recorrer supletivamente à Lei do Anonimato. Mas o tratamento das limitadas no Código Civil não pode ser entendido como *incompleto*. A opção pela regência supletiva diz respeito tão somente a uma escolha feita entre dois caminhos possíveis e não por causa de incompletude. Entender o contrário seria dizer que os contratos sociais dos quais não constasse tal opção deixariam os sócios das sociedades correspondentes em situação de inferioridade jurídica.

Ora, diz o Código Civil no art. 1.179 (aplicável às limitadas) que elas estão obrigadas a levantarem anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico. **A lei não fala de sua publicação**. No tocante a este último tipo societário, essa disposição foi alterada em parte (por ampliação de exigências) pelo art. 3º da Lei 11.638/2007. De acordo com as modificações introduzidas, dentre as sociedades limitadas, para aquelas de grande porte, a par do levantamento dos balanços acima mencionados, tornou-se obrigatória a elaboração de sua escrituração na forma estipulada para as companhias, além da imposição da contratação de auditoria independente.

Mais uma vez se verifica que o texto legal **não fala em publicação.**

Veja-se que o entendimento interpretativo ora contrariado levaria a uma evidente quebra do sistema das sociedades limitadas. Haveria no caso dois tratamentos diversos, um para as sociedades que não tivessem previsão contratual para que a lei das sociedades anônimas operasse no papel de regência supletiv*a e outro quando assim acontecesse.*

Em excelente artigo publicado no jornal "Valor Econômico" do dia 4 do mês em curso (p. E2), o Dr. Edison C. Fernandes procura justificar a necessidade da publicação de balanços pelas sociedades em questão com base na existência de três bens jurídicos a serem atendidos: o dos acionistas; o do direito da comunidade impactada pela atuação da empresa; e o, dos sócios das sociedades limitadas no caso da existência de divergência interna, tendo em vista a gradual perda de importância do princípio da *"affectio societatis"*.

Lembro outro bem jurídico que tem sido apresentado para justificar a publicação dos balanços das limitadas de grande porte. Tratar-se-ia dos bancos que seriam chamados a lhes concederem empréstimos. Bem, uma boa parte das sociedades em questão é composta por subsidiarias de multinacionais integrantes de macro grupos econômicos. Lembro-me que anos atrás eram elas quem concedia empréstimos aos bancos e não ao contrário, frequentemente socorrendo muitos deles no final do dia quando suas posições eram negativas. Isto se deu ao tempo da existência da famosa *conta-movimento* que eram mantidas no Banco do Brasil S.A. que naquela época chegou a atuar como um banco central de segunda linha. Não acho que

economicamente a situação tenha mudado muito. Dificilmente tais sociedades correrão a bancos atrás de empréstimos.

Quanto às sociedades anônimas a Lei 6.404/1976 já previa a publicação dos seus balanços. No tocante aos outros dois bens jurídicos apontados, ousamos discordar da vinculação de sua proteção à publicação dos balanços levantados pelas sociedades limitadas de grande porte. Os balanços devem ser elaborados e, a partir da Lei 11.638/2007, devidamente auditados por entidade de auditoria independente. E, como se sabe, os balanços em questão devem ser encaminhados à Junta Comercial para arquivamento, nos termos do art. 32, inciso II, alínea "e" da Lei 8.934/1994 (Registro do Comércio) c/c os arts. 1.179 e 1.184, § 2° do Código Civil. Os registros efetuados na Junta Comercial, como se sabe, são de natureza pública, acessíveis a quaisquer interessados, bastando que, para tanto, seja paga a taxa para consulta.

Assim sendo, não há necessidade de publicação dos balanços para que qualquer pessoa, sócio ou não sócio, tenha acesso ao seu conteúdo.

De todo o exposto se conclui que continua faltando aos analistas da Lei 11.638/2008 uma abordagem sistêmica multidisciplinar.

A PADARIA DO SEU MANOEL E A PETROBRAS OU COMO ALGUMAS ESPERTEZAS GERARAM RISCO SISTÊMICO

- 16.09.2010 -

NOTA - A Petrobrás me tem dado muito material para crônicas. Obrigado. Penhoradamente agradeço. E a razão é muito simples. Durante os governos Lula e Dilma a empresa foi vítima de uma quadrilha despudorada que assaltou os seus cofres de tantas formas diversas, que custa mesmo acreditar ter sido tornar isso possível durante tantos anos. Conforme se constata das notícias pela imprensa, das denúncias oferecidas, das ações judiciais em curso e das delações premiadas a seu respeito, a festa envolveu desde a altura do Ministério da Fazenda até os porões dos seus navios e sondas. Uma das últimas notícias foi relativa à venda da refinaria de Pasadena por metade do prazo que por ela foi pago (que já foi um verdadeiro absurdo na época do negócio). Corrigida essa perda vamos que o número final tem mais casas do que todos os imóveis do *Programa Minha Casa Minha Vida* elevado à enésima potência. Na Petrobrás os seus dirigentes escreveram um manual chamado "*Tudo o que Você não Pode e Não deve Fazer na sua Gestão"* e o cumpriram à risca. Algumas dessas práticas foram objeto das nossas crônicas. Sirvam-se.

Seu Manoel, dono da "*Panificadora Flor do Jardim de Alá*", precisa de recursos para realizar novos investimentos em sua empresa, que vai indo muito bem. Depois de desistir de um empréstimo bancário por causa dos juros muito caros, seguiu o conselho de um dos seus fregueses, brilhante advogado, relativo a um aumento de capital nos moldes daquele que a Petrobras pretende realizar.

Desta forma, Seu Manoel vendeu para clientes da sua padaria direitos sobre a futura produção, com uma carência de cinco anos para começar os primeiros fornecimentos. Em troca, os investidores emitiram em favor do nosso amigo, os certificados correspondentes, que foram

utilizados para o pagamento do referido aumento de capital. Como aqueles documentos não eram dinheiro sonante, Seu Manoel evidentemente precisou vendê-los a outros interessados, o que somente conseguiu fazer com grande deságio. Ora, o dinheiro que finalmente entrou no caixa da padaria correspondeu a uma importância bem menor do que o valor dos certificados referidos. O conselheiro do nosso herói lhe ensinou que este mecanismo é chamado de securitização, uma invenção muito legal. Na época própria Seu Manoel, de um lado, precisaria pagar os investidores pelo valor de face dos certificados e, de outro, fornecer os produtos de sua padaria aos adquirentes daqueles direitos. E ainda esperar lucro, o que será uma grande incerteza em todo este cenário.

A Petrobras anda atrás da mesma receita. O Governo, seu controlador, muito criativo, pretende aumentar o capital daquela com direitos que possui sobre o pré-sal. O dinheiro do pré-sal, como nos foi prometido, resgatará de uma vez por todas a miséria brasileira. Mas tais direitos precisam antes ser avaliados e isto somente se conseguirá de forma satisfatória mediante o infalível método da bola de cristal. Isto porque muita água correrá por baixo das plataformas que vierem a explorar o esperado filão de ouro negro antes que seja possível desenvolver a tecnologia adequada, eficiente e comercialmente econômica. Assim sendo, 5, 8 ou 80.000 dólares por barril futuro, no fundo não passa mesmo de um chute. Se houver mesmo tanto petróleo lá em baixo, um dia ele poderá ser explorado. Afinal de contas, depois que o homem inventou a roda e descobriu a alavanca, já fez coisas antes consideradas impossíveis. Mas, pergunto, como, quando e a que preço?

Superada esta fase, pagos tais direitos à Petrobras em papéis, esta fará o aumento de capital correspondente. Mas, tanto como aconteceu com Seu Manoel, aqueles papéis no capital da empresa precisarão virar dinheiro e terão que ser vendidos a quem desejar assumir risco de tal natureza. Bem, o deságio deverá ser muito expressivo, ainda se recorrendo àquela mesma bola de cristal. O governo certamente poderá encontrar investidores mais facilmente do que o nosso padeiro porque será capaz de empurrar aqueles papéis garganta abaixo dos fundos de pensão das empresas públicas e não será a primeira vez que estas engolirão micos pantagruélicos. Azar dos cotistas, mais uma vez, com a sua aposentadoria muito comprometida.

Esta invenção fere dois princípios fundamentais do direito societário relativos a aumentos de capital: o da idoneidade do bem utilizado em relação ao objeto social da companhia; e o do seu valor efetivo. No último caso – e a imagem aquática mais uma vez é perfeita – o resultado será o conhecido fenômeno do aguamento do capital: seu valor contábil mostrar-se-á muito superior ao real.

De outro lado, os papéis recebidos do Governo em pagamento de sua parte no capital da companhia não se prestam diretamente à realização da atividade da empresa em encontrar o famoso pré-sal e explorá-lo efetivamente com lucro, tendo de ser vendidos.

Ora, da mesma forma que um raio não costuma cair no mesmo lugar, as "velhinhas de Taubaté" não se multiplicam às centenas pelo mercado e o resultado, pelo contrário, é que muitos investidores atentos já abandonaram o barco e outros certamente logo os seguirão. A Petrobras perdeu muito do seu valor de mercado e o preço das ações despencou mais do que cotação dos tucanos para as próximas eleições.

Além de ilegal, o modelo revela-se, portanto, completamente ineficaz e o prejuízo que o governo está causando à sua jóia da Coroa é muito maior do que o proporcionado pela invasão militar de suas instalações num país logo aí ao lado. Nos dois casos a lei societária estabelece a responsabilidade civil correspondente.

No fim e ao cabo, Seu Manoel ainda estará em situação melhor: o trigo para produzir seus pães e doces está no mercado. Basta ter dinheiro para comprá-lo. O petróleo do pré-sal poderá ser outro caso igual àquele do final da década de sessenta do século passado, quando uma empresa com ações na Bolsa pretendeu extrair petróleo do xisto betuminoso. Jamais se viu uma gota de óleo, tendo aquela sociedade ido para a Cucuia e seus acionistas amargado prejuízo total. Apenas depois de mais de vinte anos foi desenvolvida uma tecnologia simplesmente razoável para o caso. A história se repete, sempre como uma farsa.

Finalmente, sabe-se que o Seu Manoel e o Governo terão de enfrentar outro problema, gerado pela não subscrição pelos minoritários das ações a que terão direito nesse (des)aumento de capital. Aí o Governo precisará arranjar mais fontes de recursos porque se o aumento de capital não for totalmente subscrito, ele ficará legalmente frustrado ou então terá que ser contada outra história para os acionistas.

Mas a história termina por aqui somente em relação ao nosso caro padeiro porque no que diz respeito à Petrobras e ao seu controlador, as espertezas se multiplicam, passando a envolver outros entes estatais, isto é, o próprio Tesouro Nacional, o Fundo Soberano, o BNDES, e a CEF, com o estabelecimento de elevado grau de risco sistêmico (representado pela brincadeira das pedrinhas do jogo de dominó que vão caindo umas depois das outras depois do primeiro piparote).

Conforme noticia a imprensa econômica especializada, o Governo pretende aumentar o capital do BNDES e da CEF por meio da conferência de ações da Petrobras, respectivamente nos montantes de R$4,5 e R$2,5 bilhões. O sistema de alavancagem permitiria que essas instituições aumentassem a sua capacidade de novos empréstimos em R$100 bilhões, ou seja, dez vezes o valor do capital aumentado.

A operação fere diretamente dois fundamentos do direito societário e bancário. Quanto ao primeiro, dá-se a mesma situação do aumento de capital da Petrobras, ou seja, suas ações no capital do BNDES e da CEF não correspondem a bens idôneos à operação dessas entidades. O mais grave, no entanto, está no fato de que, sendo instituições financeiras, é obrigatório que o seu capital somente possa ser aumentado em dinheiro (lei 4.595/1964, arts. 1º, IV e V; 23; 26; 27 e 28).

A lei é muito clara em dizer que o capital inicial das instituições financeiras públicas e privadas somente pode consistir em dinheiro. Aumentos de capital que não sejam em dinheiro ficam limitados expressamente à incorporação de reservas e à reavaliação de parcelas de bens do ativo imobilizado. Como se verifica, a lei não contempla a hipótese de aumento de capital de instituições financeiras por meio da conferência de ações.

O quadro geral a ser formado representa aquilo que no meu longínquo tempo de inspetor do BC do Brasil era chamado de troca de chumbo. Como a lei proibia (e continua proibindo que os bancos emprestem a seus administradores e a empresas das quais estes participem), o Banco A emprestava a tais pessoas do Banco B e vice-versa, cada um se responsabilizando perante o outro por eventuais inadimplementos, via a celebração informal de acordos de cavalheiros.

No caso das ações da Petrobras, ocorrerá um perigoso vai-e-vem, surgindo também a figura ilegal da participação recíproca indireta de capital aguado; (i) seu capital será formado com direitos fantasmagóricos do pré-sal; (ii) tais direitos se transformam em ações da empresa; (iii) elas são utilizadas para aumentar o capital do BNDES e da CEF; (iv) o Governo recebe de volta teoricamente os valores iniciais que aportou; (v) para fazer dinheiro que possa ser emprestado, as ações devem ser vendidas no mercado, com queda sensível da sua cotação; (v)

e a roda-viva continua. E não se esqueça que a Petrobras antes mesmo de tudo isto já alcançou um preocupante nível de endividamento. É só olhar o seu balanço. Mais ainda, o pedágio que a Petrobras pagará por essa esperteza em diversos serviços técnicos e jurídicos de apoio está na ordem de R$505 milhões. Para nada!

Está presente, portanto, o conhecido fenômeno do risco sistêmico, fundado sobre um ativo altamente improvável e avaliado pelo critério do chutômetro e sobre uma troca de chumbo com as ações geradas por esse mecanismo esperto.

Não é à toa que o mega investidor George Soros pulou fora já faz algum tempo, tendo vendido suas ações da Petrobras. Mas sempre haverá especuladores que assumirão conscientes o risco correspondente, certos de que poderão ganhar muito dinheiro passando o mico rapidamente adiante para outros investidores desavisados. Afinal de contas sabe-se que, como sempre costumo dizer, a Missão Impossível por excelência está em manter um trouxa junto do seu dinheiro. Entre esses trouxas estarão pessoas que investirão o seu fundo de garantia, que ficará sem fundos e sem garantia.

O que mais me estranha é que estes fatos até agora mereceram nenhuma ou pouquíssima atenção. Parece que houve um anestesiamento geral e profundo dos analistas do mercado. Ou então deve ser que porque eu não aprendi nada de mercado de capitais nem de direito bancário ao longo dos meus mais de quarenta anos de vivência nessas áreas, o que prova que devo ser muito burro.

Há outros aspectos envolvidos, como perdas para o Tesouro, maquiagem de balanços, custos a fundo perdido para o contribuinte, a conversão do fundo soberano em reles súdito, mas isto fica para outro capítulo da novela.

Com a palavra, quem de direito, autoridades e investidores. Leis a respeito destas operações temos em profusão. Mas, como bem lembrou Dante Alighieri em sua obra, de que valeu a Justiniano a formidável tarefa de haver deixado à posteridade o seu Corpus Júris Civilis, se não houvesse que o fizesse valer: "De que serviu Justiniano preocupar-se em ajustar os bridões, se ainda tens a sela vazia?" (Purgatório, Canto VI).

Enquanto isto, nosso inefável Presidente criou um fato político com o pré-sal, do qual se tem aproveitado, pairando sobranceiramente acima de todos, tendo colocado sob a sua chinela até mesmo o Rei Luís XIV.

Bem, seja quem for o próximo governante, essa terrível bomba de efeito retardado certamente explodirá no seu colo. E não adiantará pensar que tais entidades serão salvas porque se revelarão "too big and public to fail". Alguns "Bancos do Brasil" já quebraram no passado. E se não quebrarem por intervenção do Governo, a conta salgada pesará indistintamente sobre toda a sociedade brasileira. Salvar-se-á da quebra o seu Manoel, se naquele tempo ainda houver trigo para fazer o seu pão.

NOTA: AFINAL DE CONTAS A PETROBRÁS CONSEGUIU CHEGAR À EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL. MAS ESTE FATO NÃO DESNATURA A ESSÊNCIA DA DENÚNCIA QUE FOI FEITA NESTE ARTIGO.

A PETROBRAS E A MULHER DE CÉSAR - A RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR (I)

Para o imperador romano, *"não basta que a mulher de César seja honrada, é preciso que sequer seja suspeita".*

(7 de janeiro de 2015)

Em episódio muito citado da vida de Júlio César, sua esposa Pompeia terminou sendo repudiada pelo marido e colocada no ostracismo mesmo depois de ter sido inocentada publicamente por ele mesmo a respeito de uma acusação de adultério. Indagado sobre a sua contradição, disse o imperador romano que "*não basta que a mulher de César seja honrada, é preciso que sequer seja suspeita*".

E o que a Petrobras tem a ver com isto? Ora, nos tempos que correm soltos, tudo indica, à luz do farto noticiário que inunda há semanas os meios de comunicação, que o seu controlador e administradores (conselheiros de administração e diretores), entre outros envolvidos no grande escândalo, não são honestos e muito menos parecem sê-lo. As desculpas esfarrapadas que são dadas não têm convencido ninguém, muito menos a saudosa velhinha de Taubaté.

Se houvesse qualquer resquício de vergonha na cara, toda a diretoria da Petrobras teria tomado a iniciativa de se demitir. E se isto tivesse acontecido no Japão de antanho, não haveria espadas suficientes para se auto estripar barrigas.

As perdas experimentadas pela empresa são contadas nas casas dos bilhões de dólares, como se fossem troco de padaria, não fazendo as pessoas uma devida avaliação do tamanho desse rombo para os bolsos públicos e particulares. E, como é uma sociedade de economia mista, quem paga a conta no final de história é sempre o cidadão brasileiro, por via dos impostos escorchantes que enfrenta a cada momento ou pela maquininha de fazer dinheiro que o Governo tem em casa.

Não é o caso aqui de repetir toda essa conhecida história, desde as suas causas remotas até as recentes, intrinsecamente de fundo político, nascidas e desenvolvidas nos três últimos governos presidenciais. Não que antes a corrupção não tenha dado as caras por ali. Mas a desenvoltura com que ela se alastrou nos últimos tempos nos deixa a todos verdadeiramente abismados.

Ora, os tais *malfeitos* devem ter a sua paga. E essa se espraia por uma enorme série de leis que condenam seus autores nos planos societário, administrativo, civil e penal. Por enquanto vamos ficar no primeiro e começando pela responsabilidade do controlador da Petrobrás.

Em primeiro lugar, quem é ele? Ora, é o governo Federal, que tem a maioria do capital votante e que elege a maioria dos administradores pela via direta e indireta, nos termos do art. 116, *caput* da lei das sociedades anônimas. Veja-se que nos termos do art. 173, § 1º, II da CF as sociedades de economia mista **se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários**. É interessante que esse aspecto nunca aparece quando se fala de responsabilidades no campo de tais sociedades.

A via direta de atuação do controlador se dá pelos votos dos representantes do governo nas assembleias da Petrobras. E a via indireta ocorre por meio dos representantes dos fundos de previdência das próprias empresas do governo, que neles colocam homens da sua confiança (e que nós outros olhamos com toda a desconfiança). Estes elegem conselheiros e diretores que serão meras *vacas de presépio* nas assembleias, balançando a cabeça para cima e para baixo em aprovação a tudo o que seu mestre (o Governo) mandar.

O que diz a lei no tocante ao modo pelo qual o controlador deve agir à frente da sociedade sob o seu comando? Ora, o seu modus operandi normal é claramente delineado no parágrafo único do mesmo art. 116, parágrafo único, que convém reproduzir:

> "*O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*".

Simples, não?

Realizar o objeto e cumprir sua função social é desenvolver a área de petróleo em geral em benefício dos acionistas, dos empregados e da comunidade em que atua. Neste sentido, não parece que essa obrigação tenha sido cumprida quando se vê que o dinheiro da empresa foi gasto para construir um porto em Cuba o que tudo indica, beneficiará muito os governantes daquele país e, nem tanto, a comunidade cubana.

Da mesma forma, *malfeitos*, tais como maquiagem de balanços, fornecimento de informações falsas, tendenciosas ou incompletas, pagamento de propinas, etc. também não cumprem a função social e nem atendem os demais interesses resguardados pela lei.

Ora, dando de barato (na verdade, muitíssimo caro), que as acusações sobre os desmandos na Petrobras são essencialmente verdadeiras e que nelas o controlador tem uma fundamental parte de culpa, cabe a sua responsabilização de forma integral, para que os efeitos dos prejuízos causados venham a ser completamente anulados.

E aí, como fazer?

Fácil, basta examinar o que diz em seguida o art. 117, ao tratar da responsabilidade do controlador por abuso de poder. Como ali se encontra estipulado, ele responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder, dos quais o dispositivo no seu parágrafo 1º dá alguns exemplos, entre tantas situações que podem ocorrer:

> a) *orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional.*

Entre outros casos, a história do famoso porto em Cuba se coloca claramente na situação acima. E a história mal contada da refinaria de Pasadena ainda não passou e não poderá passar tão cedo de forma incólume para quem gerou a tremenda perda financeira ali verificada.

(...)

b) *eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente.*

O currículo (ou seria folha corrida ou ainda, a capivara) dos administradores da Petrobras preenche essa hipótese com muitas sobras.

> c) *induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral.*

Corromper e tentar corromper são pratos cheios neste item.

> d) *contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas.*

É o famoso contubérnio, como exemplo de uma relação ilegítima, tão ouvida pelos estudantes de Direito Romano.

> e) *aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.*

Parece que os balanços da Petrobras têm sido feitos em uma oficina mecânica de periferia, usando-se martelo, alicate e chave de fenda e ai de quem resolvesse falar alguma coisa contra. E agora assustada, uma entidade de auditoria independente está saindo fora do jogo, mais com medo do que vem de fora (USA) do que vem de dentro (nossa justiça tão lenta e tão perdida como aquela formiga que passou por cima de uma gota de cachaça). E nesse campo qualquer acusação deveria ser prontamente investigada e não jogada no "cesto" arquivo.

f) *subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.*

Isto me lembra o famoso e infausto aumento de capital da empresa, feito com os direitos que o Governo detinha em relação ao pré-sal, e sobre o qual eu escrevi um artigo na época ("*A Padaria do Seu Manoel e a Petrobrás ou como Algumas Espertezas Geraram Risco Sistêmico*"), Esse foi o aumento de capital mais aguado no conteúdo e mais salgado no preço de toda a história do mercado de capitais.

A propósito, a Petrobras envolvida em todo esse pavoroso *affair* já se tornou em estudo de caso que encherá páginas e páginas de livros em papel e eletrônicos sobre o que não se deve fazer com uma companhia aberta.

O quadro é muito claro de responsabilidade do controlador da Petrobras. Cabe a quem de direito botar a mão na massa. Com luvas, é claro, pois o risco de contaminação bacteriana

é muito grande (a bactéria foi identificada como sendo a *corruptenses insidiosas*), muito pior do que o ebola.

É evidente que a imensa quantidade de prejudicados não tem condição de agir isoladamente na defesa dos seus interesses. Que se unam, então, em grupos formados para que as medidas necessárias sejam providenciadas na busca da reparação do seu prejuízo.

Obrigado pela audiência e até o próximo capítulo.

A PETROBRÁS E A MULHER DE CÉSAR- OS DEVERES DOS CONSELHEIROS E DIRETORES (II)

- 08.01.2015 -

No artigo anterior foi abordada a questão da responsabilidade do controlador, tomando-se o triste exemplo da Petrobrás para verificar como ela deveria funcionar. Vamos ver agora como a lei societária cuida da responsabilidade dos administradores, como tais entendidos os membros do conselho de administração e os diretores.

A responsabilidade em causa se dá pelo descumprimento dos deveres que a lei estabelece taxativamente. Tem-se usado na doutrina a expressão *deveres fiduciários*, para explicar a sua natureza jurídica, visão com a qual eu costumo implicar, pois ela vem do direito anglo-norte-americano que, no caso, nada tem a ver com o regime jurídico societário brasileiro, filiado ao sistema do direito romano-germânico.

Fiduciário vem do latim, ligado ao termo que no português corresponde à *fidúcia*, ou seja, *confiança*. Ora, o dever dos administradores de sociedades entre nós é de natureza legal e não baseado na confiança, que é apenas um dos elementos formadores da convicção de quem escolhe um administrador. Portanto, trata-se de deveres legais, de natureza impositiva, que encontram na lei uma relação imediata entre descumprimento e responsabilidade.

Como se sabe, esses deveres são o de diligência, o de lealdade e de informar, este nos casos especialmente previstos pelo legislador. Dentro do dever de lealdade pode-se entender que está incluído o de não agir em situação de conflito de interesses. Olhando para o caso da Petrobrás, nós vemos que, infelizmente, esses deveres foram *descumpridos à risca*, ou seja, inteiramente postos de lado conforme se tem verificado pelas denúncias e informações que todos os dias chegam ao nosso conhecimento. Pode-se imaginar que os administradores da Petrobrás tomaram a lei e o seu estatuto com o *sinal negativo*, ou seja, tudo o que nela era proibido tornava-se permitido e vice-versa. Afinal de contas alguém já disse que *não existe pecado na linha debaixo do equador*. Mas se isto é verdade, cuidado, alguns deles foram praticados do lado de cima, nas bolsas de valores dos Estados Unidos.

Segundo o **dever de diligência,** *o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*.

Estamos na presença de um *standard jurídico*, isto é, um padrão de conduta modelo, que no direito brasileiro também vem do direito romano, na figura do *bônus patês famílias.* Assim sendo, da mesma maneira como se espera que uma pessoa ativa e honesta cuide dos seus próprios negócios, da mesma forma deve agir o administrador da companhia no exercício do seu cargo.

A própria palavra *diligência* mostra que o papel do administrador é ativo e não passivo. Ele não pode ficar sentado atrás da sua mesa esperando tomar conhecimento do que acontece na sociedade da qual é administrador e exercer a sua função na medida em que cheguem papéis para a sua assinatura. Principalmente no que diz respeito ao conselheiro de administração essa diligência envolve estar sempre atento e não somente isto, ele deve sair atrás de informações e não apenas aguardar que elas cheguem. Para tanto ele tem todos os poderes necessários.

O exemplo mais marcante dos desastres em penca da Petrobrás está no episódio do negócio com a refinaria de Pasadena. Para o fim do fechamento do negócio os conselheiros receberam um relatório de magras duas páginas e, com os elementos ali presentes, deram a sua aprovação. Tudo errado e não apenas porque o valor da operação era bastante elevado. Estava errado na essência. Não podiam os conselheiros ter se apoiado tão somente naquele documento. Deveriam ter investigado mais, como faz o cachorro sabujo quando se lhe aproxima do nariz a roupa de uma pessoa desaparecida. Ele segue atrás dos rastros do cheiro exalado daquela roupa até o seu completo esgotamento. O conselheiro de administração tem que ser o melhor cão de caça e não um gato gordo que dorme languidamente sob o sol. E isto era uma regra que não acontecia naquela que foi a maior empresa brasileira.

E quando se tem em vista que a Petrobrás é uma companhia aberta, com papéis negociados não somente no Brasil, mas no mercado internacional, então a obrigação de diligência se tornava muito mais intensa, em vista dos princípios que tutelam os valores mobiliários e os investidores que neles aplicam os seus recursos.

Além do mais, ainda nos termos da lei aplicável, *o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa*.

E o dever em questão aplica-se sem qualquer distinção a todos os administradores, independentemente de quem tenha sido o seu *eleitor.* Isto porque, nos termos da lei, mesmo *o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.*

É desanimador verificar como administradores eleitos por grupos minoritários da Petrobrás deixaram de serem diligentes na medida de suas obrigações para coonestarem tudo o que de errado se fez naquela empresa.

Segue-se na lei o **dever de lealdade**. No exercício do seu cargo *o administrador deve servir com lealdade à companhia e, entre outras situações, omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia.*

Esse dever tem, portanto, dois lados, o ativo (servir com lealdade) e o passivo (não se omitir). Os dois estão diretamente relacionados ao cumprimento do objeto social da sociedade. Ser leal em tal sentido significa buscar da forma mais completa e mais eficaz possível que a sociedade atinja os seus objetivos. Não pode o administrador simplesmente receber os seus

benefícios e obedecer ao Chefe porque, afinal de contas, ele acha que para isto foi designado. Ora, se assim acontecer, não adiante reclamar que apenas *cumpriu ordens*, ele é responsável pelos prejuízos que a empresa vier a sofrer, de forma solidária com os demais.

Pelo que se pode inferir dos fatos conhecidos o conselho de administração da Petrobrás funcionava como um clube de luxo, frequentado pelos seus membros em permanente festa, uns ativos na desconstrução da empresa e outros a esses aliados na alegria contagiante causada pelos polpudos honorários que todos recebiam. O pior de tudo é que alguns deles executavam planos que nem Maquiavel nem o cardeal Richelieu poderiam ter imaginado na realização de interesses políticos nada democráticos e muito menos legitimamente empresariais.

Dentro deste cenário de tragédia, outro dever foi infringido de forma generalizada, pois muitos administradores agiram em clara situação de **conflito de interesses** com a sociedade. Isto porque, na intrincada rede de contratos celebrados no âmbito daquela sociedade e de outras a ela ligadas, sabe-se que ocorreu a prática generalizada da intervenção de administradores em situação de interesse conflitante com o da companhia, tendo agido em benefício do *Grande Eleitor*, e de outros interesses menores ali presentes, até mesmo os pessoais.

Quanto aos diretores, estes devem realizar o objeto social e quando a organização da sociedade sob sua gestão é complexa, envolvendo uma quantidade significativa de *colegas*, a lei exige que ele não se contente com o que faz no seu pedaço, por melhor que nele atue, mas observa o que os outros fazem, de bom e de ruim. Sendo omisso na fiscalização dos seus *companheiros*, ele responderá pelos prejuízos que tenham sido causados à companhia.

Voltando ao nosso paradigma, nela age uma enorme quantidade de diretores, dentro e fora do País, parece que atuando como se o modelo fosse o do feudalismo já quase na monarquia. Neste os senhores feudais eram donos de suas terras e nelas faziam quase tudo o que bem entendiam, mas tinham deveres para com o rei. Alguns diretores tinham, em uma linha descendente de hierarquia o título de duque, outros de condes, viscondes e barões, cada um deles mamando sofregamente nas tetas gordas do leite viscoso e negro que sua empresa produz.

Vá lá que tenham existido diretores honestos, mas onde estavam? Cadê os seus relatórios críticos e sua discordância expressa em relação ao grande baile da Ilha Fiscal? Deles não se tem notícia. Voltando aos conselheiros de administração, onde estão os seus votos divergentes, seus pareceres contrários, sua inconformidade, afinal de contas? Nada se sabe a respeito, exceto o que surgiu recentemente no plano de algumas denúncias em nível inferior ao da administração eleita.

Finalizando por enquanto. Toda esta situação gera responsabilidades no plano societário, o que será visto no próximo capítulo.

A PETROBRÁS E A MULHER DE CÉSAR- OS AGENTES INOPERANTES DE FISCALIZAÇÃO (III)

- 28.01.2015 -

Conceição, ninguém sabe, ninguém viu.

(letra de um samba imortalizado por Cauby Peixoto)

Nos textos anteriores desta série foram tratados os temas da responsabilidade do controlador e dos administradores de companhias, tendo se tomado como parâmetro os conhecidos *malfeitos* ocorridos na Petrobrás. Desta feita pretendemos examinar os mecanismos de fiscalização inerentes a tais sociedades, destacando o fato de que a nossa (nossa não, *deles*) petroleira é uma companhia aberta, cujos valores mobiliários são negociados nos mercados brasileiro e internacional.

Em qualquer tipo de associação humana são criados mecanismos de fiscalização a partir do momento em que alguma espécie de um bem é colocada nas mãos de terceiros para alguma finalidade. Assim sendo, os pais têm o direito de fiscalizar o diretor e os professores da escola onde seus filhos estudam; o dono da fazenda estabelece um capataz para fiscalizar os seus empregados e cuidar dos bens e animais dispostos na sua exploração; o dono da padaria coloca um gerente para cuidar dos assuntos do dia-a-dia, enquanto ele gere o negócio em um plano superior; e por aí podem seguir-se inúmeros outros exemplos.

Quando se trata de sociedades comerciais, tais mecanismos são conhecidos de longa data, não sendo necessário neste momento ir além daqueles que estão presentes mais recentemente na história do Direito Mercantil. Comecemos pelo antigamente tão desacreditado conselho fiscal.

Previsto para as companhias na nossa história legislativa societária, esse órgão jamais funcionou a contento no regime do Dec.-Lei 2.627/1940, de forma generalizada. Então de existência e funcionamento obrigatórios, o conselho fiscal era formado tão somente para atender a lei, composto por pessoas que no mais das vezes nem sequer sabiam do que se tratava. Quem conhece tal realidade já viu muitas vezes esse *filme*. Na minha experiência durante a realização de incontáveis inquéritos previstos na Lei 6.024/1974, objetivando a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras sob algum dos regimes interventivos decretados pelo Banco Central do Brasil, pude verificar a intensidade desse fato.

Era comum serem chamados os conselheiros fiscais de tais instituições financeiras para depoimento e, nas respostas às perguntas formuladas, diziam que, profissionalmente, eram dentistas, médicos, engenheiros, donas de casa, etc., geralmente amigos do *dono* da empresa, a quem prestavam um favor; não sabiam o que os conselheiros fiscais deviam fazer; uma vez por ano alguém lhes trazia um livrão preto de capa dura, escrito à mão, para que assinassem no lugar indicado; e que recebiam uma remuneração módica para essa tarefa. Ficavam muito surpresos e chocados quando lhes era informado que a empresa da qual eram conselheiros fiscais estava falida e que, eventualmente, eles poderiam ser responsabilizados pela omissão dos seus deveres de fiscalização.

A lei atual, procurando resolver uma situação fática, estabeleceu que o conselho fiscal nas sociedades anônimas continuava a ter existência obrigatória, mas o seu funcionamento seria facultativo, exigido quando acionistas assim o requeressem ou quando leis especiais apresentassem determinação em tal sentido, como ocorre em relação às companhias abertas.

Nossa cara (nem tanto agora) Petrobrás tem, portanto, um conselho fiscal de existência e funcionamento obrigatórios. Será que esse conselho fiscal exerceu suas funções com diligência e eficácia? Tudo indica que não. O que dizem os seus pareceres?

Mas como qualquer organização, segundo vimos acima, a Petrobras deveria ter em pleno funcionamento também um sistema de fiscalização interno, autônomo, que deveria se reportar tão somente ao seu conselho de administração e à sua diretoria, nos termos do estatuto social. Na categoria de um agente do interesse daqueles dois órgãos, a fiscalização interna deveria ter acesso a todas as informações e documentos necessários ao conhecimento dos fatos patrimoniais relevantes da empresa, deles dando conta àqueles órgãos. Se tal serviço existe na Petrobrás e se ele exerceu sua função de forma autônoma, havendo entregue os relatórios correspondentes, claramente eles deveriam ter indicado alguns dos muitos *malfeitos* que ali vinham ocorrendo há muito tempo. Onde estão tais relatórios?

Mais uma vez recordando a minha experiência profissional que já vai completando meio século, meu primeiro emprego foi exercido em um banco comercial em São Paulo, iniciado tão logo eu entrei para a faculdade de direito do Largo de São Francisco. Eu frequentava as aulas pela manhã, almoçava rapidamente e começava o meu trabalho às 13 horas. Um dia, ao chegar, percebi um alvoroço muito grande, com gente preocupada e correndo para todos os lados. Logo fui chamado para realizar algumas tarefas com urgência e fiquei sabendo que a inspetoria interna havia chegado de surpresa e estava exigindo um mundo de informações e de documentos.

Embora aquela agência fosse uma das principais daquele banco sua sede ficava em outro Estado e os inspetores quando chegavam não davam satisfação a ninguém, não falavam com ninguém, não almoçavam com ninguém da agência e depois de terminados os seus trabalhos desapareciam sem deixar rastros. Algum tempo depois algumas cabeças da agência rolavam e todo mundo tinha certeza de que aquilo era o resultado do relatório que eles deveriam ter apresentado aos diretores do banco. Por essa razão, aqueles inspetores eram mais temidos do que as bruxas malvadas dos contos de fada. Esse banco passou por várias transformações, mas jamais quebrou.

Em outro exemplo, quando já pertencia aos quadros do Banco Central do Brasil, eu exerci durante alguns anos a função de fiscal e depois a de inspetor, antes de haver chegado à procuradoria jurídica. O cargo de fiscal foi criado em 1974, situado em um patamar imediatamente abaixo do de inspetor. Enquanto estes foram destacados para trabalharem nas matrizes das instituições financeiras, os fiscais foram designados para atuarem junto às agências. Havia uma desconfiança de que estas estavam sendo utilizadas para a prática de ilícitos que escapavam ao controle dos inspetores do BCB atuando nas matrizes. Observe-se que naquele tempo a informática estava apenas nascendo como ferramenta destinada ao registro das operações das empresas.

Ora, eu e outro colega fomos designados para a fiscalização de agências do bairro de Pinheiros em São Paulo. Começamos pela primeira que encontramos na Rua Teodoro Sampaio, subindo a partir da Av. Faria Lima. O primeiro banco escolhido era controlado pela colônia japonesa e quando o gerente da agência foi colocado diante de dois fiscais ele quase teve um

infarto. Não deu meia hora e dois diretores do banco chegaram para falar conosco. Resumindo a história, conforme nós prosseguíamos o nosso trabalho rua acima, cada nova agência ficava cada vez mais *limpa* de qualquer problema que pudéssemos encontrar, pois o *boca-a-boca* no bairro deu conta de que estávamos para chegar a qualquer momento. Ou seja, haviam sido postos dois cães de guarda a cuidar do galinheiro e os galos do terreiro tiveram que se virar para prestarem as contas adequadas.

Isso quer dizer que quando uma fiscalização presencial e autônoma é posta em funcionamento, logo surgem todos os *podres do reino da Dinamarca* e não somente alguns.

Parece que na Petrobrás não havia ou não funcionava a contento a fiscalização ou a auditoria interna. Se existia, provavelmente ao invés de cães de guarda, foram designadas raposas para fiscalizarem aquele *galinheiro*.

Por outro lado, integrando o sistema de fiscalização interna, a contabilidade das sociedades empresárias deve fazer o registro pronto, completo e adequado de suas mutações patrimoniais, que será um elemento extremamente importante para subsidiar aquela função. Nada de *caixa 2*. Em uma empresa tão grande como a Petrobrás, o papel da contabilidade é de extrema importância e seus dados devem ser registrados segundo um plano de contas apto ao fornecimento das informações sem qualquer distorção, sob a responsabilidade de um profissional para tanto habilitado. Como será que andava aquela contabilidade? Veja-se que atualmente a informática permite fazer avaliações detalhadas e profundas a partir de um determinado universo de informações cruzadas. Neste sentido, praticamente não há desculpa para falhas.

Na qualidade de companhia aberta o sistema legal de fiscalização determinava à Petrobrás que fosse auditada por uma entidade de auditoria independente, sabendo-se que isto foi feito ao longo dos últimos anos por algumas das mais renomadas no mercado internacional e que recentemente houve recusa à aprovação das demonstrações financeiras daquela até que correções sejam efetuadas.

Desde o triste episódio da falência da Enron, que levou de roldão junto com ela uma das antigas *big five* do mercado de auditoria, essas entidades andam com a pulga atrás da orelha, não desejando serem submetidas aos riscos de responsabilização por falhas no seu trabalho, sempre preocupadas com fraudes eventuais nas sociedades auditadas, cuja identificação segundo elas, não faria parte normal de suas incumbências. A pergunta pertinente que corre no mercado está em saber se ao longo dos últimos anos os balanços auditados da Petrobrás não teriam sido manipulados e se as entidades de auditoria independente que lhe prestava tais serviços poderiam ter sido enganadas. Pior ainda, sabendo de irregularidades ali existentes, se teriam sido cooptadas pelo seu *patrão* e somente teriam acordado quando a coisa começou a esquentar no mercado de capitais americano. Neste, como se sabe que ninguém dorme em serviço e que os efeitos de eventual responsabilização podem levar muita gente para a cadeia.

Como se verifica, mesmo sem qualquer fundamento objetivo, a sombra do caso Enron se projeta ainda por todo o mundo da auditoria independente.

Finalmente, cabe perguntar, durante todo esse tempo, o que estava fazendo a CVM? Parece que, para esse órgão, nada demais aconteceu na Petrobras ou, em outra situação, ela não viu nada, a começar do famigerado aumento de capital com a utilização de direitos futuros relativos à exploração do pré-sal.

Imagine o leitor se o Corpo de Bombeiros viesse a esperar que o fogo em um edifício se alastrasse para que finalmente tomasse as providências cabíveis para apagar o incêndio. Inimaginável, não?

Em matéria recentemente publicada no jornal *O Estado de São Paulo,* de 14.01.2015 o Presidente da CVM teceu algumas considerações a respeito do seu papel diante da crise da Petrobrás.

Na questão relativa às refinarias de Pasadena e Abreu e Lima e também sobre a política de preços de combustíveis foi dito que era necessário reunir o máximo de munição possível antes da adoção de medidas contra as pessoas envolvidas, administradores e acionistas. Ele se manifestou no sentido da necessidade de atualização das penalidades que a CVM pode aplicar, considerado o tempo bastante longo da promulgação da Lei 6.385/1986, que a criou. O objetivo de uma proposta encaminhada ao governo federal se deu no sentido do estabelecimento de novas penas que desencorajassem os agentes quanto a *práticas erradas*, expressão que é uma verdadeira pérola no ramo do eufemismo.

Na defesa daquele Órgão, o seu Presidente informou que ele monitora as companhias de forma preventiva, por meio de um Plano de Supervisão Baseada em Risco. Afirmou que houve atuação em relação à Petrobrás por meio de algumas medidas que haviam sido tomadas a partir de denúncias de investidores sobre irregularidades inerentes aos negócios com as refinarias de Pasadena e Abreu e Lima, além do caso da política de preços de combustíveis.

No entanto, a impressão que analistas do mercado deixam transparecer é que CVM foi no mínimo omissa quanto às medidas que deveriam ter sido adotado frente às questões relativas à Petrobrás. Alguns desses analistas assumem que não teria havido omissão, mas captura da CVM pelo governo.

Vamos a uma conclusão que pode ser provisória. Dentro de um sistema de fiscalização tão abrangente como aquele ao qual a Petrobrás se encontra sujeita, não se pode compreender que tenha sido possível a prática de ilícitos de tanta gravidade e há tanto tempo, sem que qualquer medida efetiva tivesse sido tomada nas esferas administrativas e jurídicas adequadas. Tal sistema de fiscalização revelou-se uma verdadeira *Conceição do Mercado de Capitais*, a respeito de quem, *ninguém sabe, ninguém viu.*

Ou, rememorando o grande Adoniran Barbosa (hoje eu estou muito *musical)*, *por onde andavam Joca e Mato Grosso,* inefáveis personagens dos conhecidos sambas *Saudosa Maloca* e *Abrigo de Vagabundos,* ao tempo em que na Petrobrás malfeitos diversos se tornaram um verdadeiro *produto* daquela empresa?

Prezados leitores, agradecido por haverem escolhido navegar pela nossa empresa nesta triste viagem, deixamos em aberto a possibilidade de voltarmos ao tema. A passagem é gratuita, não sendo sequer usar as milhagens do estoque.

A DISSOLUÇÃO TOTAL E PARCIAL DE SOCIEDADES NO NOVO CPC E SUAS RELAÇÕES COM O CC/2002.

- A ação de dissolução parcial de sociedades. A data da dissolução e os critérios para apuração dos haveres –

- 27.05.19 -

Do ponto de vista teórico e tendo em vista a especialização dos ramos e subramos do direito, no âmbito do processo civil as normas correspondentes deveriam assumir o papel de instrumentos idôneos para a realização do direito material. Muitas vezes não é o que acontece, seja por culpa do legislador, seja pela usurpação interpretativa extensiva ou restritiva do texto legal feita pelo Judiciário. Ora, no caso do presente tema veremos que o NCPC (Lei 13.105, de 16.03.2015, em vigor desde março/2016) teria usurpado competência do CC/2002, do que decorrerá certamente um embate entre estas duas fontes de direito perante as nossas cortes[47].

No regime do CPC anterior a matéria era tratada no seu art. 1.218, VII, que remetia o tema da dissolução e liquidação de sociedades para as normas correspondentes do CPC de 1939 (arts. 655 a 674). A regra, como se sabe nas sociedades limitadas, diante da morte de sócios ou de desentendimento que não pudesse ser resolvido de forma amigável, era no sentido da dissolução total da sociedade, com a consequente extinção da empresa.

Bem ou mal, a evolução do pensamento da doutrina e os tribunais construíram uma tese em favor da preservação da empresa por meio da dissolução parcial, preservando-se a sua atividade, o interesse dos empregados e da economia como um todo, inclusive a manutenção de uma fonte de receita pública relativa aos tributos devidos.

O CNPC disciplinou em seus artigos 599 a 609 a chamada *Ação de Dissolução de Sociedade*, tendo deixado de tratar diretamente daquela voltada exclusivamente para a apuração de haveres. Observe-se que se um sócio reivindicou o direito de retirada logicamente ele não tem o direito de ajuizar uma ação de dissolução parcial, mas tão somente de pleitear os seus haveres. É interessante observar que o título da mesma matéria no CC/2002 observa uma nomenclatura mais condizente com a evolução da terminologia jurídica, onde tomou o nome de *Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio.*

De outro lado estabeleceu-se um confronto entre o disposto no art. 1.027 do CC/2002 e o parágrafo único do art. 599 do NCPC, que se antagonizam na solução determinada por cada um deles, conforme pode ser ver pela comparação abaixo:

CC/2002	**NCPC**
Art. 1.027 – Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhe couber na quota social, mas	Art. 599, parágrafo único – O Cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência poderá requerer a apuração dos seus haveres na sociedade, que

[47] Vide a respeito, de Ricardo Ferreira Vigo, "*Dissolução parcial de sociedade", in Valor Econômico* de 28.11.2.017 e de Pablo Gonçalves e Arruda, *"A dissolução (total e parcial) de sociedade no novo CPCI, Migalhas de 01.03.2016.*

concorrerá à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.	serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio.

Em primeiro lugar, como foi dito acima, trata-se de colisão direta entre a norma de direito material do CC/2002 com o direito processual do NCPC. Ora, do ponto de vista do bom direito, a norma do NCPC não pode prevalecer.

Em segundo lugar, a saída estabelecida pelo NCPC foi a pior possível porque permite que terceiro, não sócio, penetre na vida interna da sociedade para o fim de, no limite, poder levar à sua dissolução, conforme seja maior ou menor a participação no capital da sociedade do cônjuge ou companheiro, no caso em que o peso financeiro do seu direito recair sobre a cota do sócio. Essa solução corre diretamente em sentido contrário à tese da preservação da empresa, que foi criada no direito anterior e que vinha satisfatoriamente atendendo o interesse dos sócios remanescentes e dos terceiros interessados em sua participação nos lucros distribuídos pela sociedade.

No sentido acima não se pode aceitar que o art. 1.027 do CC/2002 tenha sido revogado pelo dispositivo acima citado do NCPC.

O tema da legitimidade para a propositura da ação de dissolução parcial é tratado no art. 600 do NCPC e deveria ser tomado como concernente a *numerus clausus,* verificando-se que não existe ali um entendimento relativo a consistir em uma relação exemplificativa. Neste sentido, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial, tal competência é da sociedade e não dos sócios ou de terceiros, conforme estabelecido (e já criticado) em relação ao parágrafo único do mesmo dispositivo.

Assim sendo, uma coisa é a competência para requerer a dissolução parcial, outra bem diferente é a pretensão da apuração de haveres.

Outro erro grave encontra-se no art. 604, 1º do NCPC, ao conceder ao juiz o poder de determinar à sociedade e aos seus sócios que nela permanecem a responsabilidade pelo depósito em juízo da parte incontroversa dos haveres devidos pelo antigo sócio. Como se percebe, está ausente dessa norma qualquer fato que possa levar concretamente à separação entre o patrimônio da sociedade (responsável pela obrigação pelo pagamento dos haveres pleiteados) e os patrimônios dos sócios. O efeito prático injustificado é o de uma desconsideração automática da personalidade jurídica da sociedade para responsabilização dos sócios, o que corresponde a um completo absurdo, mesmo que se trate de quantia incontroversa.

Outra interferência normativa indevida corresponde ao disposto no art. 599 do NCPC ao dispor que a ação de dissolução parcial de sociedade também pode ter por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado por acionista ou acionistas que represente cinco por cento ou mais do capital social que não pode preencher o seu fim. Essa norma está em confronto direto com o art. 206, II, “b da LSA, onde se estabelece que a companhia será dissolvida por decisão judicial quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% ou mais do capital social.

A solução da LSA é logicamente coerente com o fato de que faltam à companhia condições financeiras para seguimento à sua atividade. É o caso, portanto, do seu encerramento e não de uma dissolução parcial que levaria apropriação indevida pelo sócio de importâncias que seriam utilizadas em pagamento aos credores, com inversão da equação social. Isto é, os sócios somente participam eventualmente do acervo da sociedade depois de pagos todos os credores

e isto na proporção de suas ações. No mesmo sentido encontra-se o art. 1.034, II do CC/2002, no qual foi estabelecido para as sociedades a ele submetidas a possibilidade (diríamos, a efetividade) de dissolução judicial quando o fim social estiver exaurido ou tiver sido verificada a sua inexequibilidade.

Por fim nesta parte, observe-se que a data da resolução da sociedade e o critério de apuração de haveres são tratados nos artigos 605 e 606 do NCPC, os quais poderão ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo antes do início da perícia. Os art. 604 e 606 do NCPC estabelecem os critérios legais para a apuração dos haveres.

Ao dar ao juiz o poder de alterar tais critérios não estabeleceu o NCPC um *"norte"* para que isso possa ser feito, não sendo aceitável mudá-lo para outro ao seu inteiro alvedrio, o que importaria na penetração indevida no contrato social. No tocante à apuração de haveres, apenas o silêncio do contrato social poderia servir de base para o juiz criar outro critério economicamente razoável.

A data da resolução parcial, por sua vez, é tratada no art. 605, prevista para cinco casos ali relacionados. Além desses fatos, que outros poderiam dar ao juiz uma base para mudar os critérios ali previstos, uma vez que se trata de fatos perfeitamente bem delineados. A única solução racional a que se pode chegar é no sentido do esvaziamento do art. 607 do NCPC, mediante o reconhecimento de sua ineficácia.

MERCADO DE CAPITAIS: RISCO X INFORMAÇÃO

(02.12.12)

As aplicações no mercado de capitais são feitas em um ambiente de risco, a ele inerente, cuja intensidade será maior ou menor na dependência do tipo de investimento escolhido pelo aplicador. Este tem à sua disposição desde as ações e debêntures de companhias de grande porte e tradicionais como na outra ponta, por exemplo, os derivativos do tipo *tarja preta*. No primeiro caso o risco é baixo como também, naturalmente, a remuneração correspondente. Na segunda hipótese o investidor pode ganhar muito ou perder tudo.

Há certa semelhança entre aplicações de altíssimo risco e as apostas em corridas de cavalo. Em ambas existe certo nível de informação objetiva disponível aos interessados. Quanto aos hipódromos, é relativamente fácil que o apostador conheça em dada corrida o histórico e o perfil dos cavalos (e dos jockeys) para escolher um deles com esperada maior chance de vitória. Por isto que alguns pagam mais, outros pagam menos. Mas nada impede, como tem acontecido muitas vezes, que venha a cruzar a linha de chegada em primeiro lugar o famoso *azarão*. No caso dos derivativos também é possível aferir-se um determinado risco de perda, ainda que extremamente elevado, a par da possibilidade de ganhos extraordinários. Entre tais riscos está o de acontecer ou não um evento e qual a sua intensidade.

Já na roleta vigora a teoria das probabilidades. Esta é a única informação disponível para os dois lados. Sob este ponto de vista, a ideia intuitiva de que o mesmo número não pode se repetir na jogada seguinte não corresponde à realidade estatística. Cada jogada é nova, não se ligando à anterior. E a banca sempre vence no resultado final porque enfrenta sozinha uma legião de apostadores. Estes ou acertam o número escolhido

dentro muitos outros, ou perdem. A banca, portanto, é privilegiada. Só conheço uma pessoa que sempre ganha contra a banca, o James Bond.

As considerações acima vêm a propósito de recente decisão recente da 4ª Turma do STJ sobre a discussão da responsabilidade de gestor de um fundo de investimento diante de perdas experimentadas pelo seu cliente, o que se coloca no plano de um risco conscientemente assumido. No caso aquele tribunal decidiu acertadamente pela não responsabilidade do gestor diante das perdas decorrentes da desvalorização da moeda brasileira em janeiro de 1999, como efeito da mudança da política cambial, então determinada pelo governo.

Em segunda instância o TJRJ havia determinado a responsabilidade do gestor, tendo em conta que este seria detentor exclusivo da escolha do objeto do investimento, sem a necessidade da manifestação prévia do cliente. Deste fato decorreria a responsabilidade do gestor pelas perdas. Aquele Tribunal não entendeu bem a mecânica dos investimentos no caso sob julgamento. Nenhum gestor é doido para assumir uma responsabilidade dessa espécie, arcando com os prejuízos e tendo parte nos ganhos. A mecânica é diversa. O cliente assina um termo junto ao gestor indicando o perfil do seu investimento e é com base nessas instruções que as aplicações são feitas. É claro que a responsabilidade do gestor surge a partir do momento em que ele ultrapassa as instruções recebidas. Na falta de uma instrução específica, diante do simples fato de ter o aplicador contratado investimento em carteira de derivativos, já se presume a assunção de riscos extraordinários. Especialmente quando se trata de investidor qualificado (segundo os autos, analista financeiro do Banco Bozano Simonsen), caso em que pode ser considerada inexistente a assimetria de informações entre ele e o gestor do fundo. Os dois se encontram no mesmo patamar.

Assim, segundo uma velha doutrina, a obrigação do banco é de meio e não de fim. Se o banco cumpriu o seu dever de aplicar os recursos do cliente, segundo as instruções recebidas, não os deixando parados em uma conta corrente ou até de poupança, ganhar não era resultado obrigatório, mas eventual, dentro de um mercado de alto risco.

Alvíssaras para tal entendimento.

A sociedade de garantia solidária e a sociedade de contragarantia

(quinta-feira, 5 de dezembro de 2019)

As sociedades acima acabam de ser criadas pela LC 169, de 2/12/19, portanto bem fresquinhas, com o intuito do fornecimento de garantias aos seus acionistas/sócios. Observe-se que enquanto a primeira constitui confessadamente uma nova modalidade de companhia, dotada de objetivo social específico, da segunda nada se fala quanto à sua forma, remetendo-se a lei à edição de futuro regulamento.

Adianta-se que essa LC apresenta tantos *furos,* que mais se parece com a teia de uma aranha velha e cega, que não sabe mais tecer e cuja teia esgarça deixa passar livremente todo o tipo de inseto.

Vejamos com maiores particularidades as características da **sociedade de garantia solidária – SGS**, nos termos da lei em vista:

(i) Forma de sociedade por ações;
(ii) Objeto da concessão de garantias a seus sócios *participantes*;
(iii) Atos societários arquivados no registro público de empresas mercantis e sociedades afins;
(iv) Livre negociação de suas ações entre seus sócios participantes, respeitada a participação máxima que cada sócio possa atingir.
(v) Podem ser admitidos como sócios participantes pequenos empresários, microempresários, microempreendedores e as pessoas jurídicas constituídas por esses associados;
(vi) Aplicáveis à SGS, subsidiariamente, as normas das lei das Sociedades Anônimas;
(vii) Natureza jurídica de instituições financeiras, integrando o Sistema Financeiro Nacional - SFN, com a sua constituição, organização e funcionamento disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

Algumas coisas mostram-se estranhas como se pode perceber pela leitura dos dispositivos correspondentes. Em primeiro lugar a nomenclatura das pessoas que compõem o quadro social, chamados de *sócios participantes*, o que corresponde a uma impropriedade, pois todo sócio de qualquer sociedade tem o direito de dela participar, especialmente nas assembleias que vierem a ser realizadas. Assim, todo acionista ou sócio é naturalmente participante da sociedade de cujo capital é titular. Não há indícios de que poderia existir algum tipo de sócio oculto nessa SGS. Em outro lugar da lei sob exame são chamados de *associados*, termo que não cabe para os membros de uma companhia, a não ser em caráter muito genérico e distante e não no sentido técnico-jurídico próprio.

Quanto ao objeto social, entende-se que ele será único, concernente à prestação de garantias em favor dos seus acionistas, em operações de crédito tomadas por estes.

No sentido acima e sem maior aprofundamento do assunto, a SGS celebrará com os seus sócios um contrato de **garantia solidária**, cobrando deste uma remuneração pelo serviço prestado. Para tal fim deverão ser fixadas as cláusulas necessárias ao cumprimento das obrigações do *sócio participante beneficiário*, dentro dos princípios próprios desse novo tipo social. Conforme veremos adiante essa *brincadeira* caberá ao Banco Central do Brasil – BCB.
A garantia outorgada pela SGS poderá dar-se sobre o montante de recebíveis de titularidade dos seus acionistas, os quais tenham sido objeto de securitização. Toda vez que eu ouço esse termo, *securitização*, eu tenho um pesadelo recorrente que me leva à crise do subprime e ao desastre que ela causou nos EUA e mundo afora.

Vejamos bem. Uma coisa é um banco – no modelo tradicional - dar um desconto a um comerciante mediante a garantia da sua carteira de duplicatas, cuja boa origem não é impossível verificar. Outra bem diferente é uma SGS fazer uma operação de garantia em cima de derivativos que forem aparecendo sobrepostos, cuja certidão de nascimento seja lá um tanto duvidosa, ausente, é claro, uma empresa de *rating* que pudesse fazer uma avaliação dos títulos securitizados que forem levados para aquela garantidora.

Uma coisa ficou completamente em branco. Qual será o capital dessa novel instituição financeira? Haverá como em todas as outras um capital mínimo obrigatório? É certo que a SGS somente poderá fazer operações de garantia nos limites das responsabilidades que possa assumir diante de eventual inadimplemento do seu acionista garantido. E, mais marcantemente ainda, a SGD responde de forma solidária, o que implica na inexistência de

uma ordem de preferência que o credor tivesse de exercer contra o patrimônio do acionista beneficiário.

Significa dizer que o valor pago pelo beneficiário à SGS não pode ser tomado somente como uma taxa de serviço, mas sim com o mesmo conteúdo do aval que uma instituição financeira confere em um título de crédito em operações dos seus clientes, por elas se responsabilizando. Mesmo que a SGS receba do seu cliente acionista alguma contragarantia para a cobertura de um eventual inadimplemento da obrigação assumida por aquele, isto não significa eliminação do risco correspondente, mas tão somente a sua melhor administração, o que não garante que tal garantia será adequadamente honrada se assim tornar-se necessário. Todo o perfil jurídico da SGS naturalmente a leva para o campo das empresas mercantis, cuja regularidade é realizada no registro público especial para aquelas, que tem lugar nas juntas comerciais. Mas esse registro somente poderá ocorrer depois que, como instituição financeira que é, a sua constituição e os seus administradores tenham sido aprovados pelo BCB, na linha do que normalmente acontece.

A lei em apreço parece limitar e negociação das ações da SGS dentro do núcleo original dos acionistas que a constituíram. Essa tese não pode prosperar. Se é uma companhia, suas ações são passíveis de livre negociação, dentro e fora do corpo social original e, conforme o caso, elas poderão ser enquadradas na categoria de valores mobiliários, sujeitas, consequentemente à tutela da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Há restrições na lei sobre os tipos de acionistas que possam compor o quadro social da SGS, como sejam, pequenos empresários, microempresários e microempreendedores, além das pessoas jurídicas constituídas pelos mesmos acionistas. Sobre isso, em princípio nada a opor, reconhecendo-se que esse tipo social se integraria no rol de entidades destinadas a favorecer a atividade desse grupo de pessoas que em circunstâncias normais de mercado não têm acesso ao crédito precisamente porque não apresentam condições de fornecer aos dadores de dinheiro as garantias adequadas.

O capital das SGS deverá ser representado obrigatoriamente por ações, na forma a ser regido pelo estatuto social.

A fim de garantir a garantidora, a LC 169/19 deu à luz também uma **sociedade de contragarantia**, como se disse acima, nos termos de regulamento futuro. Não, não pode ser um regulamento, pois não há norma a ser regulada, mas um grande vazio. Praticamente nada se cuidou quanto a esse tipo societário que aparece no texto legal como que por acidente, ou *sem querer, querendo*. Mais uma vez, se ela é uma instituição financeira, ao menos sabemos que ela deverá ter um capital mínimo; que seu estatuto e administradores deverão obrigatória previamente serem aprovados pelo BCB; que ela e a SGS serão fiscalizadas por esse Órgão; que poderão eventualmente encontrarem-se sujeitas à intervenção ou a liquidação extrajudicial; e tudo a que poderão ter direito em um vasto cardápio.

E o BCB, o que tem a dizer sobre isso? Para mim ele foi apanhado no contrapé ou dormiu no ponto, pois lhe cairam no colo dois tipos novos de instituições financeiras como se fossem crianças abandonadas na roda de uma igreja, sem pai, nem mãe.

E, afinal de contas, não há razão de lhes ter sido atribuída tal categoria, uma vez que prestar garantias em caráter profissional não faz parte do rol das atividades próprias das instituições financeiras, nos termos do art. 17 da lei 4.595/64, isto é, *que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros*

próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Assim, está presente a prova de uma completa irresponsabilidade legislativa de que trouxe essa lei ao mundo, mesmo que com boas intenções porque, como sabemos, *lá em baixo* está cheio de gente dotada de boas intenções.

Mais ainda, tais empresas estão alheias de forma direta aos mercados da moeda e do crédito, próprios e exclusivos do SFN, tal como se encontra nos arts. 3º, 4º 3 9º a 11 da lei 4.595/64, os quais definem a política e as competências do CMN e do BCB. Mas, como dizia o velho samba, agora que ele está aí, *toma que o filho é teu!*

Do dia 2 para o dia 3 de dezembro poderíamos ter dormido sem esse presente.

(VIII) PENAL/EMPRESARIAL

A CONVERGÊNCIA DE RAMOS DO DIREITO: DIREITO COMERCIAL E PENAL

-7.06.2011 –

NOTA - Essa convergência é cada vez mais acentuada. Isto porque o legislador tem adotado a estratégia da criminalização crescente de condutas no plano da atividade empresarial, tendo em vista as repercussões econômicas graves que elas geram para a empresa em particular e para a sociedade como um todo. É preciso tomar um pouco de cuidado com o processo, de forma a que a exceção não se torne regra.

Sob um aspecto, entre tantos outros, o estudo do direito a partir de disciplinas especializadas é um recurso didático que objetiva facilitar o estudo de um campo de conhecimentos extremamente vasto e complexo. É claro que os diversos ramos do direito são construídos a partir de fundamentos próprios que, precisamente, os identificam e separam uns em relação aos outros. Mas a complexidade da vida em sociedade, tanto no plano pessoal como empresarial mostra muitas vezes a intersecção inafastável de ramos jurídicos distintos, que se complementam no objetivo geral de garantir segurança e certeza nas relações sociais, bem como a garantia da realização da justiça. É o que pretendemos mostrar sem maiores pretensões, por meio da análise de uma decisão muito recente da 5ª turma do STJ

No caso, aquele tribunal condenou ex-administrador de uma instituição financeira à pena de nove anos e dois meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 7º, III da chamada "Lei dos Crimes Financeiros" (Lei 7.492/1986), ou seja, pela emissão de títulos sem lastro

> "Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:
>
> I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

Na defesa do mercado de títulos, a lei mencionada criminalizou certas práticas danosas aos investidores, entre as quais a que se refere ao caso sob exame.

Veja-se, conforme disposto na sentença, que não é na lei penal de se encontra o conceito do que seja um título *sem lastro*, ou sem garantia suficiente. Estes conceitos são dados pelo direito comercial bancário, no caso.

Por exemplo, quando um empresário faz uma venda mercantil, ele pode se valer do saque de uma duplicata, a ser aceita pelo comprador. Desta forma, o vendedor, em se tratando de negócio a prazo, tem a faculdade de descontar a duplicata em um banco, antecipando o recebimento do valor correspondente, a fim de levantar recursos para poder repor o seu estoque, não precisando aguardar o vencimento do título.

No exemplo dado, o *lastro* da duplicata é, precisamente, a venda mercantil que foi feita, e a garantia indireta é dada pelo bem alienado ao comprador, que poderá ser retomado caso este se torne inadimplente.

A prática condenada pelo STJ, no caso, caracteriza a quebra de outro dispositivo da Lei 7.492/1986, como seja, aquele que se refere à gestão fraudulenta de uma instituição financeira.

"Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

Mais uma vez aqui é o direito comercial que informa o tipo penal, por via negativa. Isto significa partir do conceito de gestão regular, aquela realizada pelo administrador como forma da realização do objeto social da sociedade que administra, para caracterizar uma quebra dos deveres correspondentes, que pode se dar tanto pela assunção de riscos anormais (gestão temerária), como pela prática de atos ilegais enganosos no mercado (gestão fraudulenta).

Objeto social, bem como deveres e responsabilidades dos administradores, são institutos da lei societária, cujos conceitos foram apropriados pelo direito penal no julgamento em questão.

Compreenda-se, desta forma, a unidade do direito, e a necessidade de que quem nela opera tenha uma visão abrangente, não quebrada pela ideia de ilhas que não se comunicam.

A REFORMULAÇÃO (ATRAPALHADA) DA LEI DE *"LAVAGEM DE DINHEIRO"*

- 27.07.2012 -

Por meio da Lei 12.683, do dia 9 deste mês, foram introduzidas diversas alterações na Lei 9.613/1998, que regula os chamados crimes de *lavagem de dinheiro*. Como não podia deixar de ser, seguindo uma triste tradição, a reformulação se deu sem corrigir conhecidas falhas do texto original, além de haver cometido outras impropriedades que deverão trazer problemas para a perseguição eficaz dos crimes ali previstos.

A presente análise (feita por um comercialista curioso, que vem *meter o bedelho* em área que não é de sua mais profunda especialidade) será limitada neste texto à questão do conceito de *organização criminosa* e de sua relação com o tema vertente.

Em artigo escrito há alguns anos ("A *Lavagem* ou Ocultação de Dinheiro e de Outros Bens e a Atividade empresarial", RDM 113/78-98), eu havia alertado para os problemas encontrados no art. 1º, VII da Lei 9.613/98, quando se referia a crimes praticados por *organização criminosa*, que constituía precisamente um dos tipos penais ali estabelecidos. Ainda que este inciso tenha sido revogado pela Lei 12.683/2012, a referência à *organização criminosa* se mantém no parágrafo 4º do mesmo art. 1º, que cuida de uma situação de agravamento da pena. Por sua vez, o inciso II mantém a mesma pena para o agente que "***participa de grupo, associação ou escritório*** *tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei"* (destaques nossos).

Os conceitos acima, de organização criminosa, grupo, associação ou escritório que tenham objetivos ilícitos não foram dados pela Lei 9.613/1998 nem antes, nem agora com a sua reforma. Assim sendo, eles devem ser buscados alhures e, para tal finalidade, há de se recorrer na falta de lei interna (legislador omisso por preguiça e/ou ignorância) na chamada *Convenção de Palermo*, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 5.015, de 12.03.2004.

Mesmo que o STJ tenha em inúmeros julgados lidado com a penalização dos membros de organizações criminosas, o tema ressurgiu recentemente com grande força por ocasião do trancamento no âmbito do STF da ação penal que havia sido ajuizada contra os dirigentes da *Igreja Universal*, Estevan Hernandes Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandes, no HC 96.007 – SP, relator o Min. Marco Aurélio. E a autoridade coatora era precisamente o STJ onde a questão não havia sido discutida. Vejam-se trechos fundamentais da decisão ora comentada, com destaques nossos:

> *"Conforme decorre da Lei nº 9.613/98, o crime de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de crimes depende do enquadramento, quanto a estes, em um dos previstos nos diversos incisos do artigo 1º. É certo que o evocado na denúncia – VII - versa crime cometido por organização criminosa. Então, a partir da óptica de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, diz-se compreendida a espécie na autorização normativa".*

"A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente".

"Por isso, ***a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa.*** *Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empolgado para tal fim. Indago: qual o crime, como determina o inciso XXXIX do artigo 5º da Carta da República, cometido pelos acusados se, quanto à organização criminosa, a norma faz-se incompleta, não surtindo efeitos jurídicos sob o ângulo do que requer a cabeça do artigo 1º da mencionada lei, ou seja, o cometimento de um crime para chegar-se à formulação de denúncia considerada prática, esta sim, no que completa, com os elementos próprios a tê-la como criminosa, em termos de elementos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores?"*

O Ministro Marco Aurélio foi além, havendo negado até mesmo a vigência da Convenção, que teria sido promulgada por *simples decreto* e não por lei formal*:*

"Não é demasia salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. A introdução da Convenção ocorreu por meio de simples decreto!"

Como se sabe, na mencionada convenção são estabelecidos os conceitos de *grupo criminoso organizado* e de *grupo estruturado*, conforme abaixo:

"Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) ***"Grupo criminoso organizado*** *- grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material";*

b) (...)

c) ***Grupo estruturado*** *- grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;"*

Desta forma, o estrago está feito, agravado pela revogação do inciso do art. 1º da Lei 9.613/1998, que cuidava precisamente do tipo penal inerente à utilização de *organização criminosa*.

Não há dúvidas que, informada à saciedade pela imprensa do caso dos dirigentes da Igreja Renascer, a sociedade brasileira os tinha como criminosos. Agora quem puder que explique a diferença entre *crime de fato* e *crime jurídico.*

Se o problema existia antes da reformulação da Lei 9.307/1998, imagine-se o que vai acontecer agora, depois dos cortes e remendos mal feitos que lhe foram impostos.

(IX) PROPRIEDADE INTELECTUAL

O "REI" ROBERTO CARLOS, O NOME CIVIL E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

("Bond. O meu nome é Bond. James Bond")

- Com Rachel Sztajn -

- 13 de janeiro de 2017 -

1. Os fatos

Matéria da Revista "Veja" de 21/12/2016, intitulada *"Que Vá Para o Inferno"* e assinada por Eduardo F. Filho reporta que o corretor de imóveis Roberto Carlos Vieira, da cidade de Vila Velha, foi processado pelo *"rei"*. O texto não é muito claro a respeito das razões da ação judicial intentada contra aquele profissional, mas se infere que estaria baseada na alegação do uso indevido do nome *"Roberto Carlos"* para identificar a empresa do réu *(Roberto Carlos Imóveis)*. Na visão do autor, essa atitude feriria um direito de uso exclusivo desse nome em benefício do *"Rei"*, ao menos quando se tratasse de utilização comercial[1].

Não se sabe se a iniciativa do *"Rei"* teria desbordado para o âmbito penal, com acusação fundada em violação de direitos de autor e conexos, na forma do art. 184 do CP. De qualquer maneira, se o réu não usou alguma música do *"Rei"* para divulgar o seu negócio (letra e/ou música), ele não teria incorrido no crime em questão.

Ao final o réu teria obtido ganho de ação, em decisão em tudo justa, tendo pago pesado preço na sua atividade econômica e na sua vida pessoal e familiar, estando claramente presente dano material e moral de grande monta e relevância, em grande parte irreversível.

Tendo buscado informações mais consistentes no site do TJ/ES não foi encontrado registro da ação judicial em causa, talvez por ter corrido em segredo de justiça. Dessa forma fio-me na certeza de que a matéria da revista citada corresponde a fatos verdadeiros, ainda que incompletos. A pesquisa indicou a existência de inúmeros processos contra Roberto Carlos Vieira, o que indica não serem as partes a mesma pessoa objeto do presente comentário, mas outros homônimos. Ou seja, outras prováveis vítimas de ações judiciais que possam ser propostas pelo mesmo autor, cujo nome parece ter virado uma *"moda"* naquela cidade em certa época.

Os fatos em questão suscitam algumas indagações no plano jurídico, que envolvem o nome civil da pessoa natural e a propriedade intelectual. É notório que o *"Rei"* defende a sua privacidade e o uso do seu nome por terceiros com todas as suas forças, o que tem gerado diversas ações judiciais. Sigamos na análise desses aspectos.

Não se trata aqui de discutir o direito à privacidade – relativizado em relação às pessoas públicas – mas de constatar que houve abuso de direito do autor, o *"Rei"*, contra o réu, mero mortal sem título de nobreza. Tanto é que o primeiro perdeu a ação intentada contra o segundo.

2. O nome civil da pessoa natural

O nome civil é a maneira pela qual as pessoas são identificadas e conhecidas na sociedade na qual vivem. Não se o faz pelas impressões digitais nem pelo DNA. Nos tempos antigos as pessoas eram chamadas de fulano, filho de beltrano. Não é o caso, aqui, de visitarmos a história do nome, mas apenas de notar que hoje é formado pela junção de sobrenomes dos antepassados, a partir dos pais, existindo enorme quantidade de homônimos, cuja diferenciação se dá por meio de elementos que se agregam à identidade de cada um. Entre estes contam-se a certidão de nascimento, a carteira de identidade, o CPF e/ou outros documentos oficiais.

Segundo Spencer Vampré[2], *"Quando pronunciamos, ou ouvimos um nome, transmitimos ou recebemos um conjunto de sons, que desperta nosso espírito, e no de outrem, a ideia da pessoa indicada, com seus atributos físicos, morais, jurídicos, econômicos, etc. Por isso, é lícito afirmar que constitui o nome a mais simples, a mais geral e a mais prática forma de identificação".*

Ainda de acordo com o CC, o nome tem a natureza jurídica de um **direito de personalidade**. Direitos da personalidade *"são aqueles cujo objeto é o modo de ser físico ou moral das pessoas, aqueles direitos que as capacitam e protegem sua essência, sua persona, as mais importantes virtudes do ser"*[3]. Evidentemente não foi o que aconteceu na primeira fase da ação enfrentada pelo réu.

Por outro lado, homônimos existem aos milhares e, no caso particular do *"Rei"*, sua própria fama levou muitos pais a o adotarem como forma de honrar seu ídolo. Décadas atrás, principalmente no Nordeste, de cada dez meninos que nasciam, onze eram chamados Roberto Carlos. Um dos autores tem um *"primo torto"*[4], filho de uma antiga empregada de uma tia recifense, que o batizou com esse nome e depois o adotou como filho.

Do ponto de vista jurídico o nome é regulado pelo CC nos artigos 16 a 19:

> *Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.*

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome

Talvez a ação judicial movida pelo *"Rei"* contra o seu xará capixaba tenha sido baseada nos arts. 17 e 18, supra transcritos. Se assim foi, a interpretação desses artigos pelos patronos da causa e pelo juiz que concedeu a ordem de interdição do estabelecimento do réu foram profundamente equivocadas, evidenciando sensível desconhecimento do direito ao nome e de sua utilização, conclusão que será confirmada quando analisarmos o ponto referente à propriedade intelectual[5].

Em primeiro lugar, como foi dito acima, há imensa quantidade de homônimos tanto em relação ao nome completo (prenome e sobrenome) quanto, principalmente, no que tange ao prenome. Este é livremente escolhido pelos pais da criança que acabou de nascer, não havendo qualquer reserva de mercado a respeito. As razões que levam à seleção de um prenome são as mais diversas possíveis e, certamente, a homenagem a um ídolo dos pais seria uma das mais corriqueiras e típicas. Se antes surgiram infindáveis *"Robertos Carlos"* e *"Ronaldos"*, hoje é a vez dos *"Neymares"*, *"Messis"*, *"Cristianos Ronaldos"* e *"Gabrieis Jesus"*. A esse respeito pode-se dizer sem demérito que o futebol é a fonte primordial de inspiração para os nomes dos meninos nascidos na classe "C". É quase certo que nenhum menino foi agraciado com o nome de *Filipão*, o homem dos 7 x 1 da Copa de 2014.

Assim sendo, o fato de se chamar Roberto Carlos não traz em si qualquer conotação de ilicitude em relação ao réu na ação judicial sob exame.

Em segundo lugar, não são aplicáveis ao caso os arts. 17 e 18 do CC porque o réu usou o seu próprio prenome e não prenome alheio o qual, por acaso mas não ilicitamente, coincidia com o do *"Rei"*. Ora, o ataque ao uso do prenome do réu implicou em seríssimo desrespeito à lei em matéria de norma fundamental protetora da personalidade do seu titular. Como se sabe a dignidade da pessoa humana é fundamento constitucional (art. 1º, III) que, dessa forma, se sobrepõe ao CC.

3. As questões relacionadas aos direitos de autor à propriedade intelectual em relação à pretensão frustrada do *"Rei"*

Os direitos de autor são tutelados pela lei 9.610, de 19/10/98. Em seu art. 5º são elencados os objetos protegidos a esse título:

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

Segundo os dados colhidos na matéria na qual está baseado este artigo, não consta que o réu haja violado qualquer direito do *"Rei"* em relação aos bens protegidos como direitos de autor. Daí mais uma situação de abuso no ajuizamento da ação citada.

Por outro lado, também se deve ter em vista os direitos que o *"Rei"* possa ter no tocante a alguma marca de sua titularidade, matéria regulada pelo chamado Código da Propriedade Industrial, lei 9.279, de 14/05/96 (CPI).

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

(...)

Não sabemos dizer, mas se o *"Rei"* for titular de alguma marca, será dentro de uma das duas categorias acima, atentando-se para o fato de que as marcas são protegidas exclusivamente dentro de suas respectivas categorias. Nesse sentido, digamos que a expressão *"Roberto Carlos"* seja marca registrada em determinada categoria, duvidamos que o seja no campo da corretagem de imóveis e, portanto, ele não tem qualquer direito marcário a esse título, na forma do art. 131 do CPI: *A proteção de que trata esta lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos* ***relativos à atividade do titular****.* Observa-se que subjaz a essa proteção, tanto a defesa do consumidor quanto a restrição à concorrência desleal.

É por essa razão que coexistem a Viação Cometa, a Sapataria Cometa, a Vidraçaria Cometa, a Cometa Telecon, cada qual titular de uma marca/nome comercial, cada uma formada pelo mesmo termo básico (conhecido como *nome de fantasia*), sem que os respectivos titulares possam impedir o seu uso em relação aos demais, a não ser que haja alguma invasão do campo

próprio de proteção. Este fato claramente não ocorreu entre a atividade do *"Rei"* e seus direitos de autor ou de propriedade industrial e o réu na ação que aquele ajuizou contra este.

Observe-se o reconhecimento da convivência de marcas idênticas quanto ao mesmo produto, conforme noticiado por Ancelmo Gois no Diário de Justiça do último dia 30/12/2016. Trata-se do termo *"Palheta"*, que ao mesmo tempo designa uma rede de cafeterias que existe desde 1943 e a marca de café *"Palheta"*, pertencente desde 2010 à empresa americana Sara Lee.

No sentido acima a 2ª turma Especializada do TJ/RJ entendeu que as duas empresas atuam em ramos diferentes – uma no varejo e a outra na produção – razão pela qual podem partilhar do mesmo nome.

Vamos mais longe. Suponhamos que o Rei tivesse uma empresa de corretagem de imóveis na mesma cidade em que atuava o Réu. Ainda assim este poderia continuar utilizando o mesmo nome para o seu negócio (*Roberto Carlos Corretor de Imóveis*) em atendimento ao princípio do direito ao nome, como **direito de personalidade**. Tão somente para não haver confusão ele não poderia se utilizar do termo *"Rei"* no título do seu estabelecimento, sendo-lhe vedado que o utilizasse na forma *"Roberto Carlos, o Rei da Corretagem de Imóveis"*, ainda nos referindo à mesma situação hipotética de que disputassem o mesmo ramo de atividade.

Além disto, o réu também poderia ser cantor profissional e utilizar normalmente o seu nome, não podendo agregar o epíteto de "Rei", que desde muitos anos se ligou ao autor como forma de identificação. Aliás, no passado, Roberto Carlos era o "Rei" e Ronnie Von o *"Principe"*.

3. Conclusões

Não sabemos explicar as razões da sanha com que o *"Rei"* persegue na Justiça aqueles que, como o réu do processo vertente, aparecem no mercado usando o mesmo nome, ainda que em áreas totalmente diferentes da sua. Não há interferência econômica recíproca e, consequentemente, qualquer prejuízo a ser ressarcido. Isto fica no campo da psicologia. Nesse sentido, não parecem ser a mesma pessoa o sorridente Roberto Carlos que joga flores para seus fãs e o autor da ação que ora comentamos, que jogou o seu poder econômico contra um pequeno corretor de imóveis de uma cidade interiorana do Espírito Santo, mesmo Estado da federação em que nasceu o autor. Aquele, ainda que desejasse, jamais poderia sequer resvalar no patrimônio e na dignidade do autor.

O que sabemos afirmar com toda a certeza é que neste caso houve claro abuso do "Rei" contra um modesto corretor de uma pequena cidade capixaba o qual, com o ganho da causa, terá todo o direito de pleitear daquele uma indenização por danos materiais e morais que veio a sofrer.

Na verdade, ao invés de dar andamento açodado ao pedido feito na petição inicial da ação vertente, tendo em vista a legislação aplicável e a farta jurisprudência existente nas Cortes Superiores sobre a matéria em disputa, o magistrado deveria ter aplicado o disposto nos artigos 282, III e 284 do CPC/1973 (vigente à época). Seria, portanto, o caso do indeferimento da petição inicial por inépcia, ou, no mínimo, verificar se o réu era, também, titular do nome referido (Roberto Carlos).

Isto porque os fundamentos jurídicos do pedido não se aplicavam ao caso, segundo a exposição feita acima. Dado ao autor o prazo de 10 dias, estabelecido no art. 284, caput, a

missão de superação dos defeitos da inicial relativamente aos fundamentos da pretensão do "Rei" se revelaria absolutamente impossível. Neste sentido veja-se decisão do STJ no AgRg no AREsp 56791 / RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0224295-5, Rel. ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, J. 21.11.2013, DJe 17.12.2013:

> ***Ementa:***
>
> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. RAMOS DISTINTOS.* ***COLIDÊNCIA DE MARCAS****. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não havendo identidade entre os ramos em que cada uma das sociedades empresárias atua, "haja vista que a apelante tem seu comércio voltado à venda de solados para calçados para indústrias do ramo, enquanto a apelada comercializa peças de vestuário e acessórios de moda para consumidores finais", bem como inexistindo confusão ou concorrência desleal, não está configurada* ***colidência de marcas****, capaz de ensejar a procedência dos pedidos formulados na ação de abstenção de uso de marca empresarial cumulada com indenização por danos morais e materiais.*

Ou seja, era precisamente essa a situação do caso ora examinado. Uma era a atividade do réu (corretagem de imóveis). Outras completamente diversas as do autor.

Assim sendo, *"Roma locusta, causa finita"*. Tendo assim falado a jurisprudência citada, que agasalha a boa doutrina.

_____

1. Observe-se que o nome completo do "Rei" é Roberto Carlos Braga e que, portanto, não existe perfeita sinonímia com o do réu da ação judicial aqui comentada. Eles são xarás apenas quanto ao prenome.
2. In Do Nome Civil. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1935, p. 38.
3. Cf. Fernanda Ferrarini G. C. Ceconello, in Direitos da Personalidade: Arts. 11 a 21, Revista Panorama da Justiça nº 38, ano VI, 2003, p. 31.
4. A expressão não é ofensiva. Segundo o Dicionário Caldas Aulete, tratava-se do filho de casamento anterior ou posterior de um tio ou tia afim, em relação aos sobrinhos testes. Mais tarde no tempo ela se generalizou para outras relações familiares com a ocorrida na minha família.
5. Talvez se deva atentar para alguns dispositivos do Código de Ética Profissional da OAB, especialmente as alíneas ao inciso VII e VII, “C”, ou seja, o dever de não aconselhar o cliente a ingressar em aventura judicial e o de não vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso, tendo em vista a clareza da lei e a força da jurisprudência em relação ao objeto da ação judicial aqui criticada.

(X) Recuperação judicial e falência

Atividade rural e recuperação de empresas

- Com Rachel Sztajn -

- 5 de junho de 2019 -

1.A III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal

Noticia-se para o início do mês de junho entrante a realização dessa jornada, com o fim da aprovação de inúmeros enunciados sobre diversos aspectos desse ramo do direito, uma parte deles relacionados à recuperação judicial do produtor rural.

Em primeiro lugar, cabe uma pergunta, qual a razão da Justiça Federal cuidar do assunto acima, considerando-se que sua competência a esse respeito se revela extremamente marginal? Que interesse de um produtor rural justificaria a atração de alguma pendência para aquela justiça especial?

Em segundo lugar, sabemos que a construção de súmulas pelos tribunais sempre representa um perigo para a aplicação do direito considerando-se que a singeleza de sua reduzida redação muito frequentemente deixa de lado situações concretas cuja aplicação foge das relevantes nuances do caso concreto, tendo se passado a aplicar um *direito automático*, desligado da realidade jurídica. Na vida prática, têm as súmulas de tornado um atalho para a prolação de sentenças rasas e incompletas. Contudo, para o bem ou para o mal, as súmulas fazem parte *oficial* do nosso direito e quando os magistrados as utilizam o fazem na aplicação de uma fórmula objeto de legislação específica.

Mas os enunciados, o que são? Qual é a sua natureza jurídica? A esse respeito várias críticas podem ser feitas: **(i)** eles não apresentam legitimidade, pois lhes falta fundamento legal que os reconheça no plano do direito formal; **(ii)** padecem do vício de origem, pois seu nascimento se dá em eventos que não são dotados de poder legiferante, ainda que cobertos, como é o caso, pelo véu de uma entidade ligada à Justiça Federal; **(iii)** são sujeitos à captura por terceiros interessados, que não podem ser considerados isentos em sua elaboração, bastando para tanto examinar a história jurídica de alguns dos seus proponentes; **(iv)** já têm sido adotados em sentenças judiciais como atalho no caminho de sua elaboração, prescindindo-se da discussão do tema em jogo o qual, em tese, já estaria disciplinado por uma *força superior*. No sentido do item III, acima, claramente **se está buscando um tipo de aval** para teses de grande importância que estão sendo atualmente discutidas no âmbito do Judiciário. Nos parece ser essa uma atitude juridicamente não muito bem defensável. Comparando-se as situações alguns autores de propostas de enunciados aparentam fazer o mesmo papel de congressistas que apresentam projetos de lei casuisticamente elaborados para a defesa de certos eleitores, não sendo raro o caso de em tal atitude se utilizarem do artifício exclusivamente brasileiro da *jabuticaba*.

Está presente, ainda, um ponto sumamente importante que se coloca no plano da existência de um **claro conflito de interesses** na aprovação dos enunciados de que se trata. Isto porque podem votar em seu favor os proponentes dos próprios enunciados, uma vez que as regras do certame não trazem impedimento em tal sentido. Na mesma situação colocam-se os magistrados que participarão do evento, uma vez que eles estariam

transformando em norma (ainda que não formal) o conteúdo das convicções que já tenham quanto aos enunciados propostos ou que venham a ser conduzidos em seu favor durante as discussões a serem estabelecidas. E esta, como já dissemos se encontram em **situação de captura**.

Essa captura potencial (e, ao que achamos, já estabelecida na prática) está indubitavelmente comprovada pelo fato de que a participação no evento vem de convite formulado pelo ministro Diretor do Centro de Estudos Judiciários após aprovação da coordenação científica; porindicados por alguns órgãos, a saber, TRFs, TJs, TRTs, MPF e MPE, PGR, AGU, OAB, Defensoria Pública, Associações de Magistrados, CADE, CVM e INPI; não nos esquecendo dos autores das propostas tempestivamente encaminhadas e aceitas para discussão. Aceitas, com que critério?

2.Introdução geral ao tema

Segundo o Digníssimo ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Judiciário julgar conforme o que considere mais justo; o Judiciário deve seguir a lei, ou seja, aplicar as normas jurídicas respeitando a redação.

Dessa perspectiva, quem pretende que as pessoas que exercem atividade agrícola/rural são empresários - independente de terem cumprido o requisito previsto no Código Civil de 2002, art. 967, que requer a inscrição no Registro de Comércio para invocarem a aplicação da legislação especial – lei 11.101/05 - literalmente ignora o pronunciamento do ministro e, pior, desconhece o mínimo de hermenêutica jurídica.

Basta ler com atenção, claro, o artigo 966 do Código Civil, e seu parágrafo único, para entender que, desde logo, o legislador afastou a possibilidade de serem empresários pessoas que exerçam atividades de natureza intelectual, literária ou artística, ainda que com a colaboração de terceiros. A ressalva a tais atividades para que sejam qualificadas como empresariais depende de o exercício de tais profissões serem atividade de empresa.

Aqui cabe observar que o legislador de 2002 considera sinônimos os termos empresa e atividades, anteriormente qualificadas como comerciais. Por isso, ao fazer a ressalva, considera hipóteses de exceções que permitam qualificar quem exerça atividade de natureza intelectual, por exemplo, como empresário comercial e, portanto, sujeita a registro, ou seja, no Registro de Empresa sempre que o exercício da profissão (leia-se atividade econômica) for qualificável como atividade empresarial.

Assim, como explicara Sylvio Marcondes Machado, atividades na área da saúde como a hospitalar, em que à prestação dos cuidados médicos se associam hotelaria, farmácia e alimentação. Vale dizer, o eixo ao redor do qual se organizam os serviços hospitalares, está no cuidado da saúde. Médicos e outros profissionais de saúde são os responsáveis pela prestação dos serviços. As atividades *"complementares",* como farmácia (fornecimento de medicamentos), restaurante (alimentação), hotelaria (leito e lavanderia), tipicamente mercantis, são, porém, essenciais para os cuidados com pacientes. E, tal como se deu com o surgimento do Direito Comercial, a *vis atrativa* se sobrepõe, na qualificação da atividade hospitalar, aos serviços de saúde – de natureza intelectual -.

Em suma, certas atividades econômicas voltadas para a produção ou circulação de bens no mercado, não podem ser qualificadas como empresárias/comerciais, salvo se tiverem natureza empresarial o que depende não de vontade do julgador ou de quem a exerce, mas do quadro normativo ou institucional.

Todavia, o legislador de 2002 determinou que ANTES DO INÍCIO DA ATIVIDADE, fosse feito registro no Registro Público de Empresas Mercantis - as Juntas Comerciais. (art. 967 CCB) para que ela se reconheça, dando origem à qualificação visando a dar publicidade ao mercado. Essa exigência não é meramente formal para fins de regularidade do exercício da atividade empresária, mas destina-se a dar àquela atividade natureza empresarial. Cria, portanto, a empresa no sentido que o termo tem no direito positivo pátrio. O registro cria a empresa mercantil.

Falta, no direito positivo brasileiro, artigo equivalente ao 2.195 do *codice civile*, ou ao 17 do revogado Regulamento nº 737 de 1850 o que tornaria mais transparente os critérios para o reconhecimento das atividades sujeitas ao registro especial – Junta Comercial.

Já quanto às atividades rurais/agrícolas foi afastado seu enquadramento como empresa (mercantil) conforme resulta da simples leitura e aplicação, por evidente, do art. 971 do CCB. Nesse texto o legislador, CLARAMENTE, explica que, conquanto não esteja enquadrada expressamente na relação das atividades exemplificadas no parágrafo único ao art. 966 do CCB, a atividade rural não é qualificada *ab initio* como comercial, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, podendo adquirir tal natureza se o ruralista vier a requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, ou seja, do local em que a atividade é exercida. Se o fizer, depois de inscrito, estará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito ao registro.

O termo *"equiparado"* tem como objetivo evidenciar, deixar claro, que atividades rurais/agrícolas não são, por natureza, empresariais no sentido do disposto no Código Civil Brasileiro, ou seja, comercial. Serem equiparadas, isto é, entendidas como empresárias, implica conceder paridade, conferir regalias ao alcance de outras pessoas ou entidades.

Ou seja, a atividade agrícola/rural, não é, por decisão de política legislativa, atividade empresarial/comercial mas, diferentemente do que se dispôs em relação a atividades relacionadas no parágrafo único ao art. 966, mediante clara e expressa manifestação formal do empreendedor, pode ser equiparada à empresa. Para tanto é fundamental que sejam atendidas as demais exigências predispostas para a empresa comercial, notadamente o registro ANTES do início da atividade.

Esse requisito enseja questão relevante quanto à decisão de quem exerce atividade rural sobre ser, ou não, equiparado a empresário porque o legislador não fixou lapso temporal para que a decisão, a escolha, seja feita para fins da referida equiparação. Vale dizer, tanto se pode optar pelo registro especial antes do início da atividade quanto posteriormente o que faz emergir a questão de saber se o registro produz efeitos *ex ante.*

Há quem pretenda que se o ruralista optar pelo registro *ex post,* isto é, depois do início da atividade agrícola, sem considerar o lapso temporal entre as duas decisões, a aquisição da natureza empresarial (comercial) da atividade retrotrai ao seu início. Apenas para fins de comparação, isto equivaleria a considerar que a pessoa que em algum momento opta pelo vegetarianismo nunca teria ingerido carne, ou que o furto praticado por maior de idade retroage no tempo e, como não se condenam menores de 10 anos, por exemplo, a pessoa não deve ser punida.

Enquanto pessoas que não exercem atividades rurais assim como as que não preencham os requisitos do parágrafo único ao art. 966 do CCB devem fazer o registro antes do início do exercício da atividade econômica, os ruralistas têm o privilégio de poderem optar por se qualificarem como empresários a qualquer momento. Mas, o texto do CCB não prevê que a opção pela mudança da qualificação possa ser aplicada de forma retroativa. E isso

independe da inscrição fiscal e até mesmo da continuidade e regularidade do exercício da*"profissão".* A aquisição da qualificação como empresário rural tem como ponto inicial o registro.

Não é possível recorrer-se a um único artigo do CCB para afirmar categoricamente que o Registro de Comércio tem efeitos pretéritos como se expôs atrás.

Acresça-se a esse raciocínio a exigência da lei 11.101/05 quanto ao lapso temporal de exercício da atividade empresarial – dois anos após o registro – para que se possa, em situação de crise, recorrer ao pedido de recuperação judicial.

Combinado o CCB com a lei especial, a conclusão é simples. Ruralistas podem escolher serem regidos por normas especiais ou se submeterem à legislação geral. Optando por esta, ficam impossibilitados de recorrer ao instituto da recuperação judicial. Se preferirem a regência da legislação especial, devem, igualmente, cumprir o prazo de 2 anos determinado na lei de 2005, sob pena de ser criar dicotomia na obtenção da tutela legal.

Explica-se. Alguém que exerce atividade qualificável como empresária, sem registro, ao enfrentar situação de crise poderia efetuar o registro e, independente do prazo de 2 anos, buscar socorrer-se da recuperação judicial ou a este agente econômico aplicar-se-iam as normas de direito positivo? Ao facultar a ruralistas que, em situação de crise econômico-financeira, busquem abrigo na legislação especial, alterando voluntariamente a sua primeira opção, cria-se modelo não isonômico que gera insegurança jurídica, de todo indesejável para estimular a confiança ao longo da cadeia produtiva e o bom funcionamento do mercado.

3. A crítica de alguns enunciados, em particular

Vejamos duas das propostas apresentadas, voltadas para a questão específica deste artigo.

Artigo: 48

Enunciado Proposto:

A atividade empresarial rural sem registro é regular, conforme art. 971 do Código Civil. O empresário rural pode provar o prazo de 2 anos de regularidade exigido no *caput* do artigo 48 da lei 11.101/05 por qualquer meio de prova, não sendo exigido que tal prazo se dê em período posterior ao seu registro perante o Registro Público de Empresas Mercantis para que o empresário rural possa ajuizar recuperação judicial ou extrajudicial.

Justificativa:

O Brasil é um país de forte atividade agropecuária tem no agronegócio sua principal atividade exportadora. Tal atividade é em grande parte exercida por pessoas naturais ou jurídicas que não estão inscritas perante as Juntas Comerciais, conforme opção concedida pelo art. 971 do Código Civil. Existem diferentes posicionamentos na jurisprudência sobre a exigência ou não de prazo superior a 2 anos após registro comercial para permitir a recuperação judicial do empresário rural. O art. 48, *caput* da lei 11.101/05, no entanto, exige atividade regular por 2 anos do empresário e não registro por 2 anos. Esses exercentes da atividade empresarial rural são empresários regulares, pois o mencionado dispositivo do Código Civil estabelece expressamente que o empresário rural é empresário

regular, podendo ou não se registar perante as Juntas Comerciais, diferentemente daquele que exerce atividade não rural, que é considerado irregular caso não tenha o registro. Assim, evidente que o empresário rural, mesmo sem registro, é regular e cumpre o requisito de tal artigo. Portanto, o empresário rural, mesmo que não tenha 2 anos de registro de comércio, pode provar sua atividade empresarial regular por qualquer meio de direto e ter acesso à recuperação judicial e recuperação extrajudicial, no sentido que já decidiu o TJ/SP em vários acórdãos, por exemplo: AI 2005580-
50.2018.8.26.0000. Rel. des. Alexandre Lazzarini. DJ: 9/5/18; AI

2062908-35.2018.8.26.0000. Rel. des. Hamid Bdine. DJ: 04/07/18; AI 204834910.2017.8.26.0000. Rel. des. Araldo Telles. DJ: 30/10/17.

Enunciado Proposto:
A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO EMPRESÁRIO RURAL SUJEITA TODOS

OS CREDORES EXISTENTES NA DATA DO PEDIDO, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DO REGISTRO NA JUNTA
COMERCIAL.

Justificativa:

O artigo 48, *caput*, da lei 11.101/05 não exige, como requisito para a impetração da Recuperação Judicial, a inscrição na Junta Comercial pelo prazo de 2 (dois) anos, mas apenas que o devedor, no momento do pedido, *exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos.* Por sua vez, o inciso V do artigo 51 da mesma lei exige a comprovação de regularidade na Junta Comercial, mas não se refere a qualquer prazo. O artigo 971 do Código Civil preceitua como facultativo, ao empresário rural, o registro na Junta Comercial, após o qual ficará equiparado ao empresário sujeito ao registro. Portanto, a atividade do empresário rural pode se configurar regular mesmo sem o registro na Junta Comercial. Neste sentido, o empresário rural não necessita estar registrado na Junta Comercial há mais de dois anos para impetrar recuperação judicial. A análise dos dispositivos acima juntamente com o teor do artigo 49 da lei 11.101/05 permite a conclusão de que, independentemente da data do registro do empresário rural na Junta Comercial, todos os seus credores estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Observações:

Aglutinada/Similar aos IDs 1918, 2126, 2105, 2095 e 2065.

Conclusão

Conforme foi extensamente demonstrado acima toda a argumentação expressa nas propostas desses enunciados distorcem a construção do instituto, delas resultando a quebra violenta de toda a história do Direito Comercial no tocante à natureza jurídica do registro, que vem desde a Idade Média, e com a qual não podemos absolutamente concordar.

Esperamos que não venham a prosperar e que juristas responsáveis e isentos venham se juntar à nossa campanha de *abaixo os enunciados!*

ix) Trabalhista

O CONCEITO DE *GRUPO ECONÔMICO* NO DIREITO COMERCIAL E SUA VISÃO (DISTORCIDA) NA JUSTIÇA TRABALHISTA

03.06.2013

Com Paola Indalecio Budriesi

Introdução

Uma posição que tem se apresentado já desde algum tempo no direito é aquela relativa à sua visão como um sistema completo (em tese, não há lacunas no direito), dividido metodologicamente para fins de melhor compreensão em microssistemas de se coordenam entre si. Como a divisão não é e jamais poderia ser realizada de forma perfeita, considerando não se tratar de ciência exata, algumas vezes os microssistemas cuidam do mesmo instituto e é necessário identificar qual deles prevalece quando se trata de cuidar de determinado caso concreto.

Note-se que não se trata de prevalência de um microssistema sobre o outro – o que significaria uma construção jurídica malfeita - mas de se verificar qual a norma verdadeiramente aplicável dentro de uma ordem hierárquica e harmônica. Neste sentido não haveria confronto de normas, mas a constatação de que existe certa mobilidade em determinados momentos, quando uma delas cede lugar à outra que, no caso concreto, se revela como adequadamente aplicável, situação que pode se inverter em circunstância diversa.

Como pretendemos demonstrar, o acerto do intérprete dependerá de entender o sistema jurídico como um todo (visão generalista) e o lugar de cada microssistema nesse todo (visão especializada). Note-se, ainda que os micros sistemas subdividem-se, por sua vez, o que torna mais árdua a tarefa de se apurar a *norma de ouro*, ou seja, aquela que será verdadeiramente adequada e justa no caso concreto, dentro do necessário equilíbrio da ordem jurídica.

A fim de demonstrar a tese acima exposta, passaremos a analisar recente decisão do TST em relação uma ação trabalhista na qual a Shell, que não era a empregadora direta, veio a ser condenada solidariamente ao pagamento dos débitos trabalhistas reclamados naquele feito, sob o argumento de que o empregador formava um *grupo econômico* com a primeira, tendo e vista a existência entre ambos de um *contrato de franquia*[48].

---

[48] Vide *Shell é responsável solidária por dívida de franqueada*, in *"Notícias do TST"*, de 03.05.2013.

Não se trata de menosprezar a Justiça Trabalhista, mas de reconhecer que muitas vezes as decisões que em seu âmbito são tomadas se constituem em verdadeiros absurdos, muitas dela havendo ingressado no campo do *folclore* judiciário. O legislador tem grande parte de culpa porque tem adotado uma posição excessivamente protecionista e sensivelmente distorcida, preocupando-se frequentemente com o *sexo dos anjos* e criando um sistema paternalista que toma em certos momentos o caráter de ridículo. Basta ver o enorme rol de profissões regulamentadas nos últimos anos, grande parte delas que não exige de quem as exerce um mínimo de preparo intelectual, bastando adquirir alguma prática e ter o *jeito para a coisa*.

Uma das grandes *viradas* Direito Trabalhista no Brasil foi a progressiva extinção famigerada estabilidade aos dez anos, substituída sabiamente pelo FGTS. Mas de lá para cá muitas leis desnecessárias têm sido editadas e ao seu lado uma jurisprudência *construtiva*, como é o caso adiante examinado tem contribuído para piorar as coisas e aumentar sensivelmente o *custo de transação* das empresas que operam no País, representando uma parcela importante do chamado "custo Brasil", que diminui mais ainda a nossa proverbial falta de competitividade no mercado externo.

1) **O conceito do contrato de franquia e seus elementos fundamentais**

Como se sabe, esse contrato tem sido uma das *ferramentas* principais na atualidade para o fim da comercialização de bens e de serviços. Por meio dele o franqueador transfere ao franqueado, sob licença, o *conceito integral* de sua empresa, o que inclui o negócio como um todo, mediante a celebração de uma série de contratos interligados, relacionados ao negócio do primeiro, que será explorado pelo segundo.

Não sendo o caso no curso espaço deste comentário de destrinchar por inteiro o contrato de franquia, tem-se como um elemento essencial e indiscutível que as partes são autônomas, cada uma tendo o seu patrimônio (como centro de imputação dos seus direitos e obrigações financeiras), correndo cada uma delas por sua própria conta os riscos correspondentes.

Embora exista em tal contrato um forte elemento de cooperação entre as partes, ainda assim se caracteriza como um contrato fechado e sinalagmático, no qual as prestações fundamentais das partes se mostram uma relação direta de débito e crédito, ou seja, cabe ao franqueador fornecer todas as condições para que o franqueado exerça o seu negócio e este fazê-lo segundo os limites determinados pelo primeiro, pagando as taxas correspondentes e se apropriando do lucro eventualmente apurado.

Mesmo que o franqueador seja obrigado a dar assistência plena ao franqueado, cada um corre o seu próprio risco, em campos jurídicos e econômicos determinados. Tanto que se o azar dos negócios levar o franqueador a quebrar e com ele cair toda a cadeia de franqueados, o mesmo não acontece com o franqueador e o resto da rede no momento em que um franqueado se dá mal no seu negócio e o perde numa eventual falência. E sob o ponto de vista dos franqueados, se um deles experimentar sucesso muito mais elevado do que os demais, estes não merecerão qualquer remuneração extra a ser tirada do lucro do franqueado melhor sucedido.

Desta forma, não se trata de *grupo econômico*, tal como foi o entendimento da Justiça do Trabalho no caso sob exame, que foi mal compreendido e avaliado pelos julgadores. O entendimento dado ao contrato de franquia levou em consideração os seguintes parâmetros, nos termos na notícia que circulou a respeito: *"a franqueada não tinha autonomia e independência no desenvolvimento de sua atividade*

comercial, figurando como mera administradora da franqueadora, o que descaracteriza o contrato de franquia'. Além disso, o tribunal reconheceu a existência de grupo econômico".

Na falta de elementos na fonte consultada sabe-se, todavia, que os contratos de franquia de postos de gasolina implicam nos seguintes elementos básicos, comuns a todos os franqueadores do ramo: (i) exclusividade da bandeira franqueada, o que significa a vinculação a comprar todos os produtos fornecidos pelo franqueador, relativos à sua atividade-fim; (ii) manter o padrão visual da bandeira em relação ao estabelecimento e a publicidade feita pelas cores do posto, pelos cartazes disponíveis e pelos uniformes dos funcionário; (iii) prestar os serviços correspondentes com a qualidade determinada pelo franqueador; etc.,

Não faz parte do contrato normalmente, por exemplo, a existência de uma loja de conveniência, onde são adquiridos alimentos, refrigerantes, bebidas alcoólicas ou gelo. Também não é exigida a existência de serviços de lavagem de automóveis, nem de conserto de pneus.

A não ser casos eventualmente *patológicos* (o que não foi mencionado ao acórdão em comentário), os franqueados de postos de combustível não são meros administradores do franqueador e muito menos com estes configuram *grupo econômico.*

2. O conceito de grupo econômico no Direito Comercial e seu confronto com o Direito Trabalhista

No Direito Comercial o conceito de grupo econômico é objeto da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), a partir da interpretação coordenada de alguns dos seus dispositivos (arts. 265, 267, 269, etc.).

Observe-se, inicialmente que a lei cuida de forma direta dos chamados *grupos de direito*, aqueles que preenchem os elementos de fato e as formalidades para tanto estabelecidas. Os demais, que atendem apenas os requisitos materiais são os *grupos de direito*. A diferença entre eles está no fato de que os últimos não gozariam dos benefícios outorgados pelo legislador, dos quais não precisamos cuidar nesta oportunidade.

Desta forma, os grupos de direito somente podem ser formados mediante a celebração de uma *convenção* (contrato, claro) entre todas as sociedades participantes, cujo objetivo econômico específico estará em se obrigarem *a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.* Esta convenção para ter eficácia necessita ser aprovada pelas assembleias gerais ou reuniões de sócios de todas as sociedades que irão constituir o grupo.

É obrigatória a designação de uma sociedade controladora, ou de comando do grupo, necessariamente brasileira, que exerce, **direta ou indiretamente,** e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como **titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.**

Ou seja, são absolutamente inafastáveis os dois elementos acima presentes: **(i) controle** por uma sociedade sobre todas as demais; e que este controle esteja fundado na **(ii) titularidade de ações ou de cotas** ou, ainda, mediante **acordo entre os sócios.**

Nada disto acontece em relação ao contrato de franquia, inexistindo qualquer participação societária entre franqueador e franqueado, exceto nos casos em que o franqueador

(dono do negócio) tem sede no exterior e eventualmente constitui *franqueados masters* nas regiões onde iniciará o desenvolvimento de suas atividades com os futuros franqueados da rede, empresários totalmente independentes dos primeiros.

Veja-se que os termos *grupos de sociedades* ou simplesmente *grupo* são exclusivos dos grupos de direito, nos termos do art. 265 da LSA, o que não vem sendo absolutamente obedecido no direito brasileiro, que usa a mesma terminologia para os grupos de fato. Aliás, sabe-se que os *grupos de direito "não pegaram no Brasil"*, especialmente em virtude de que até agora o legislador não cuidou de integrar o Direito Comercial com o Direito Tributário.

> Em relação ao Direito Trabalhista, o conceito de grupo se encontra no parágrafo 2º do art. 2º da CLT, segundo o qual:
>
> *"Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas".*

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 2º da CLT, todas as empresas integrantes do mesmo grupo econômico respondem solidariamente pelo pagamento das obrigações trabalhistas. A lei trabalhista estabelece uma garantia legal em prol da efetiva solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Define-se grupo econômico à luz da legislação trabalhista, portanto, quando uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra (grupo econômico por subordinação). Trata-se de grupo econômico de dominação, que pressupõe uma empresa principal ou controladora e uma ou várias empresas controladas (subordinadas).

Todavia, para a configuração do grupo econômico, deve-se avaliar a existência, em maior ou menor grau, de uma unidade diretiva comum, bem como prova consistente desta existência. Portanto, essencial para a formação de grupo de empresas é que exista uma coordenação interempresarial com objetivos comuns, uma unidade diretiva.

Assim, a direção unitária é o elemento essencial do grupo porque se inexistente, as empresas estariam liberadas para cada uma seguir o seu caminho de acordo com as suas determinações, aspecto que retiraria a integração empresarial necessária para que um grupo possa ser considerado como tal.

Entretanto, o entendimento prevalente na Justiça do Trabalho é no sentido de que também é possível a configuração de grupo econômico sem relação de dominação, bastando que haja uma relação de coordenação entre as diversas empresas, como acontece quando o controle das empresas está nas mãos de uma ou mais pessoas físicas, detentoras de um número de ações suficiente para criar uma efetiva unidade de comando.

A responsabilidade solidária trabalhista recai sobre grupos de empresas constituídos formal ou informalmente, sendo que neste último caso o grupo é identificado a partir da análise da relação entre a empresa empregadora e as demais[49].

A Justiça do Trabalho tem identificado grupos de empresas constituídos informalmente a partir dos seguintes indícios:

(i) a direção e/ou administração das empresas pelos mesmos sócios e gerentes e o controle de uma pela outra;
(ii) a origem comum do capital e do patrimônio das empresas;
(iii) a comunhão ou a conexão de negócios;
(iv) a utilização da mão de obra comum ou outras situações que indiquem o aproveitamento direto ou indireto por uma empresa da mão de obra contratada por outra.

Ora, como temos visto, os requisitos do grupo para os efeitos da CLT não são encontrados no contrato de franquia, a não ser que se prove fraude ou anomalia contratual.

Nesse tipo especial de contrato não há controle do franqueador sobre o franqueado (do ponto de vista societário, conforme a LSA) e não é do franqueador o responsável pela direção do franqueado (direção considerada como a prática dos atos de gestão empresarial, sob responsabilidade do administrador).

Se o contrato de franquia obedece aos regramentos que a lei lhe determina, e não há indício de fraude em sua constituição, não há, de fato, como responsabilizar o franqueador pelos débitos trabalhistas de seu franqueado, já que franqueado e franqueador são empresas independentes, com gestão própria, capital e patrimônios individuais e administração distinta.

Desta maneira, a Justiça do Trabalho neste caso *forçou a barra* na sua decisão, talvez em outra situação cômoda juiz que procura *chercer l'argent em* mãos de que ele possa acha-lo, procurando *fabricar* algum vínculo entre quem ela manda pagar ao empregado e quem efetivamente deve. Desta maneira a CLT passa a se constituir em ***Código de Lambança do Trabalhador***, por meio de cuja aplicação, ele deverá sempre ser protegido pelo juiz, ainda que à custa dos princípios mais comezinhos do direito.

Do jeito que a coisa vai, se o dono da padaria em frente da minha casa vier a fazer um contrato de arrendamento exclusivo com o dono do estacionamento que fica ao lado, para o atendimento dos seus clientes, periga de cair na mesma classificação do caso ora examinado, pois estará na presença de um *grupo econômico.*

---

[49] NOTA – Veja-se a nova redação que foi dada a esse dispositivo pela reforma recente, que restringiu o alcance da redação anterior:
§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. *(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*
§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

UNIVERSOS JURÍDICOS PARALELOS I – O DIREITO DO TRABALHO

- 21.11.2014 -

Uma das explicações para a organização do Direito o toma como um sistema aberto, em permanente construção e organização conforme a evolução da sociedade. Em sua concepção teórica tal sistema é harmônico, inexistindo contradições dentro dele. Poderia haver aparência de contradição, mas não uma contradição real, cabendo ao intérprete discernir a confusão aparente e afastá-la

Tal como a gravidade em relação ao universo, a coesão no Direito se dá pelo atendimento do princípio da justiça, que o rege de forma integral. Este princípio abrange todos os microssistemas que formam o Direito, de maneira que ele se mantenha coeso e sem contradições internas. Tal como asteroides errantes, algumas vezes certos institutos do direito saem de sua rota, provocando atrito jurídico, os quais devem ser corrigidos por meio dos mecanismos de freios e de contrapesos postos à disposição da organização judiciária, que faria o papel de *Guardiã da Galáxia*.

Quando chamada a se pronunciar a justiça faria o papel da atmosfera terrestre, que cuida de destruir pelo atrito corpos celestes em toda de colisão com a superfície da terra. Neste sentido, caberia ao Judiciário impedir que leis ou atos antijurídicos pudessem sobreviver, fazendo com que desaparecessem da vida social. Contudo, acontece que, da mesma forma como asteroides conseguem superar a atmosfera e colidir com a superfície terrestre, muitas leis e diversas práticas antijurídicas mantêm-se atuantes, como fruto de decisões judiciais errôneas, originadas de diversas causas.

Sendo um todo, na verdade a organização do Direito em microssistemas jurídicos apenas teria apenas um papel didático, como maneira de racionalizar a sua aplicação pela especialidade das normas erigidas para a tutela de certos valores, sejam eles subjetivos (o complexo dos direitos pessoais) ou objetivos (a tutela da empresa e dos seus elementos, por exemplo). No momento em que um julgador se voltasse para resolver um caso colocado em suas mãos, ele deveria fazê-lo a partir de uma visão integrada, aplicando a norma adequada, na medida da hierarquia jurídica que se revela em cada momento.

A visão integrada ou universalista - como poderia ser chamada - tem sido prejudicada, entre outros motivos, pela excessiva especialização dos julgadores que se mantêm presos ao seu pequeno microssistema, onde atuam cotidianamente. Eles perdem de vista os valores relacionados à coesão do sistema, atuando de forma míope, somente enxergando o seu pequeno mundo, tal qual o astrônomo que examina o céu a olho nu, sem condição de atentar para a sua imensa grandeza e complexidade.

Na verdade, quando o investigador examina o que acontece com a aplicação da lei em certos ramos do direito, ele pode chegar à conclusão que ela fugiu do sistema jurídico conhecido, tendo formado um universo jurídico paralelo, cujas normas são independentes e diversas do modelo que nós historicamente conhecemos. A ficção científica fala de tais universos, que seriam espelhos do nosso, nos quais os objetos teriam um *sinal negativo*. Simplificando muito: se aqui nós somos destros, no universo paralelo seríamos canhotos.

Ora, do meu ponto de vista, há pelo menos dois universos jurídicos paralelos, que estariam fundados em princípios muito diferentes daqueles que regem o sistema jurídico

tradicional: o do direito do trabalho e o do direito do consumidor. Isto é o que se pode concluir pelo exame de diversas decisões judiciais naqueles dois campos que, pela sua estranheza, somente poderiam estar formados em outra dimensão. Vejamos o que acontece no primeiro deles, em dois casos recentes, bastante emblemáticos.

Conforme noticiado por este jornal (16.10.2014), um empregado de uma empresa organizou um *churrasco dançante* durante a sua jornada de trabalho, do qual participavam os colegas que se encontravam junto com ele naquele determinado turno.

A empresa empregadora, do ramo de tinturaria, demitiu o nosso *churrasqueiro* por justa causa, alegando que, entre outros argumentos, o local era inapropriado, pois na área onde ocorreu o evento era realizada a tinturaria de tecidos, ambiente de estoque e manipulação de produtos químicos. Em sua defesa o empregado alegou que não teria havido ingestão de bebida alcoólica, nem prejuízo à produtividade, uma vez que ele tomava conta do churrasco nos intervalos intrajornada, juntamente com seus colegas.

Sem dispor de todos os elementos do caso, todavia, do ponto de vista fático, a explicação do empregado parece ser inverossímil, pois qualquer pessoa sabe que um churrasqueiro deve dedicar atenção permanente ao preparo da carne, sob pena dela passar do ponto ou até mesmo fica irremediavelmente *torrada*. Além disto, ele não afastou em sua defesa o fato de que o local de trabalho não combinava com a realização do evento, pelas circunstâncias ali presentes. De qualquer maneira, ele se encontrava ali para trabalhar, devendo dar sua dedicação completa ao trabalho, livre apenas nos horários de descanso, a ser utilizado de forma adequada a não prejudicar os demais empregados que eventualmente continuassem trabalhando

Levado o caso à justiça, o TRT da 3ª região reconheceu que o empregado havia agido de forma negligente e indisciplinada, decisão que era de se esperar. Mas ao invés de reconhecer o direito do empregador de demitir o seu funcionário, usurpou o lugar daquele quanto a tomar a medida cabível no atendimento do seu interesse para afastar a demissão sob a alegação de que uma suspensão teria o almejado efeito pedagógico no ambiente de trabalho. Esta orientação, segundo o empregador, teria violado o art. 482, “b” e “h “ da CLT.

O segundo caso diz respeito a um bancário que foi demitido por justa causa porque emprestava dinheiro a juros para seus colegas (Migalhas, 01.10.14). Levado o caso à decisão judicial, em primeira instância a sentença entendeu que estava configurada a falta grave, uma vez que emprestar dinheiro a juros seria atividade específica de instituição financeira, além do que a atividade desenvolvida pelo empregado configuraria ato ilegal e de concorrência desleal para com o empregador.

Na segunda instância a sentença foi reformada, havendo o Tribunal entendido que a prática de empréstimos seria tolerada pelo banco, havendo sido identificado um controle “frouxo” na agência na qual trabalhava aquele *financista*, tendo sido considerado ainda, que outros empregados também realizavam negócios paralelos, tais como a venda de ovos de Páscoa. Quanto à concorrência desleal, era descabida a acusação, tendo em conta que uma pessoa física não podia ser comparada a uma instituição bancária em termos de empréstimo. Foi alegado, ainda, que a demissão havia sido feita dois anos depois da data em que o empregado veio a ser dispensado.

Os dois exemplos de vida em um universo jurídico paralelo são comprovados porque em ambos, fundamentalmente, foi desprezada completamente a natureza do contrato de trabalho. Como se sabe, a força do trabalho é um dos elementos da empresa, entendida esta como atividade organizada para a produção e circulação de bens e de serviços. O empregador deve

cumprir metas para o atendimento dos seus clientes e, para tanto, os seus empregados devem realizar as suas funções com o máximo de diligência que lhes permitam as condições de trabalho, desde que não se caracterize qualquer abuso.

No sentido acima, o período de tempo em que o empregado permanece na empresa a serviço desta é de *propriedade* exclusiva do empregador, havendo a lei estabelecido os períodos de descanso a serem atendidos na jornada. Não deve, dessa forma, o empregado desviar a sua atenção do trabalho que exerce, pois isto representa o descumprimento do seu contrato.

Observa-se que o direito empresarial – do qual faz parte o direito do trabalho – está construído sobre um conjunto de normas que regem os contratos da espécie, lembrando-se de que Coase ensinou ser a empresa, precisamente, *um feixe de contratos*. Todos os contratos internos e externos celebrados pela empresa devem ser cumpridos na forma e no tempo convencionado para que o empresário possa auferir os lucros que espera da sua atividade. Desta forma, quando o empregado age com culpa ou dolo, prejudicando o nível e a qualidade do seu trabalho, ele pode ser dispensado (estou quase dizendo que ele *deveria ser dispensado),* pois sua atitude causou certo *atrito* na produtividade, prejudicando a performance da empresa.

Esse deveria ter sido o entendimento das cortes nos dois exemplos dados acima, o que teria levado ao reconhecimento dos empregadores de demitir os seus empregados. O proverbial paternalismo com que os tribunais trabalhistas atuam na defesa da parte que é naturalmente a mais fraca nas relações jurídicas de tal natureza demonstra o desligamento daqueles do universo jurídico em que vivemos, havendo se deslocado os atores para outra dimensão.

A situação do empregado-banqueiro é inusitada. Claro que a acusação de concorrência desleal é risível, mas, trabalhando dentro de um banco, ele emprestava dinheiro a juros a seus colegas. Certamente praticava taxas mais elevadas do que os seus clientes pagariam em operações regulares, às quais não tinham acesso (imagina-se) em vista de alguma restrição no seu cadastro. Além de não cumprir a sua jornada com a diligência necessária, se os empréstimos por feitos por aquele bancário tivessem tomado o caráter de *atividade*, de cujo exercício ao longo do tempo tirava proveito econômico, então se impunha concluir que ele operava uma mini instituição financeira de fato e que, na qualidade de agiota, teria infringido a Lei Bancária (4.595/1964) e também a chamada Lei dos Crimes Financeiros (7.492/1986). Assim sendo, além da demissão, aquele empregado estaria sujeito às penalidades correspondentes. Exagero meu? Talvez. Mas em direito a cor cinza correspondente a uma tolerância injustificada e somente serve para a desmoralização da ordem jurídica.

Também se revela inapropriada a desculpa do empregado no sentido de que alguns dos seus colegas praticavam atividades paralelas, ganhando algum dinheiro com elas. Desculpa de criança que, quando castigada por um erro, acusa seus irmãos de forma verdadeira ou mentirosa. Esse argumento talvez seja o embrião arqueológico da *delação premiada*.

De qualquer maneira, o ambiente de trabalho é um lugar no qual se deve trabalhar, diria o saudoso Conselheiro Acácio. Mesmo que a jornada seja realizada em um ambiente descontraído, isto não significa bagunça. Muitas vezes os resultados da informalidade e da desatenção são acidentes trágicos, tantas vezes documentados na vida empresarial.

A substituição pelo juiz da decisão do empregador em demitir, como aconteceu nos dois casos examinados, causa descrédito para o exercício da atividade empresarial e aumenta sensivelmente os custos de transação.

(XII) Educação, literatura e Direito

O TIGRE SÁBIO E O ESTUDO DO DIREITO NO BRASIL

"Para que se esforçar em aprender, se a ignorância é instantânea?"

- Revista **Consultor Jurídico**, 12.12.12

Foi com Haroldo, o sábio tigre amigo do irrequieto Calvin das famosas *tirinhas* de Bill Watterson que eu aprendi a grande lição da epígrafe acima. Aquelas duas personagens estão entre meus principais heróis imaginários.

Haroldo no original em inglês se chama Hobbes e seu nome claramente tem a ver com o filósofo Thomas Hobbes, autor de *Leviatã,* que trata de questões relacionadas à natureza humana. Aquele maravilhoso tigre, dotado de grande discernimento, tem de lidar diariamente com o menino Calvin, um completo inconformista, para quem deveres, principalmente com hora certa, são a verdadeira negação da existência. O nosso jovem amiguinho, por sua vez, tem o seu nome ironicamente inspirado em João Calvino, o grande teólogo protestante da Reforma Francesa, trabalhador meticuloso e esforçado, completa antítese do seu jovem homônimo dos quadrinhos.

Calvin detesta as aulas. Abomina ter de acordar cedo, principalmente no inverno e nos dias chuvosos, quando tem de esperar na porta de casa a passagem do ônibus da escola. Sofre horrivelmente e de forma antecipada durante as férias de verão, somente em pensar que um dia elas acabarão e a pesada liturgia das aulas virá pegá-lo outra vez no emaranhado de suas redes. Suas lições de casa são invariavelmente deixadas para a última hora ou o nosso herói delas somente se lembra quando, no assento ao lado no ônibus, sua amiguinha Susie comenta com orgulho como caprichou em fazer o trabalho que entregará naquele dia. A revelação coloca Calvin em um completo estado de desespero que não tem cura, pois o que não tem remédio, remediado não está. Calvin é o terror de sua professora e do diretor (e vice-versa), e a sala deste ele frequenta com grande constância como vítima da quebra dos padrões de uma sociedade extremamente competitiva, à qual absolutamente não se adequa.

Convenhamos que aprender é mesmo um esforço terrível. Muito melhor e mais fácil é ficar na ignorância embalada na rede da preguiça. E a grande maioria das escolas em nada ajuda a afastar o tédio de aulas como as de matemática, o monstro mais inclemente que persegue as crianças sem qualquer piedade. No Brasil escola e criatividade são palavras que não combinam.

Na sociedade moderna desapareceu tudo o que era bom na vida de uma criança: o sabor da companhia da mãe em casa, o seu cuidado diário, as brincadeiras no quintal ou na rua. O futebol no campinho de terra para os meninos e o pula-corda e as cantigas de roda para as meninas. Liberdade, enfim! A mãe e o pai trabalham. Os avós são uma instituição em desaparecimento e aquele pequeno ser desde muito cedo é transferido para os cuidados de uma creche ou de uma pré-escola, onde terá de se adaptar a uma realidade fria, cercado de

rostos impessoais que mudam a cada período, quando o afeto adquirido a uma babá ou a uma professora tem curto prazo de validade. É a vida tal como a conhecemos hoje.

Nada contra aprender, mas na vida deveria haver tempo para tudo e o aprendizado deveria ser prazeroso. Tempo para ser Calvin e tempo para ser não Calvin. O problema é que o tempo de ser Calvin anda muito abreviado e há crianças que são colocadas tão cedo na rotina de tarefas enfadonhas e obrigatórias, que sua agenda precisa de um administrador profissional: não há tempo para nada, somente para o estresse precoce.

E o que o ensinamento do tigre Haroldo tem a ver com o aprendizado do Direito? Tudo. Aprender Direito direito (como qualquer outra coisa) exige muito trabalho e esforço. Melhor ficar na ignorância instantânea, que não impede entrar na faculdade e um dia receber o *canudo* e a carteirinha da OAB. Há ignorância absoluta e relativa. Esta última é a que está presente em boa parte dos bacharéis em Direito que pululam pelo Brasil afora, oriundos de um sistema permissivo no campo da qualidade.

No fundo (sem trocadilho), trata-se de um problema de fundação. O edifício da educação é construído desde o ensino básico sobre a areia movediça da improvisação e do desleixo governamental, que implicam em péssimas condições estruturais e pessoais, alinhadas por uma insensível e onipresente rede de corrupção que é capaz de tirar da boca da criança pobre e magra merenda que a escola lhe devia dar todos os dias.

O que se vê por todo o Brasil (há honrosas exceções) são escolas públicas caindo aos pedaços, gerentes e professores mal preparados e mal pagos, gerando um ciclo vicioso de qualidade sofrível. Ah, mas temos aí a revolução da informática, dizem alguns luminares: basta encher as escolas de computadores e de internet e tudo estará logo resolvido. Está bem. Como diria Arquimedes em relação a essa alavanca moderna: *"Deem-me um computador e eu moverei o mundo*". Se assim é, se eu tiver um treinamento de uma semana, me acostumando a toda a parafernália tecnológica ao meu dispor, certamente eu poderei pilotar com habilidade o mais moderno avião a jato. Para isto eu não precisarei dos conhecimentos fundamentais em diversas áreas que os pilotos levam anos para aprender. Como diria famoso jogador de futebol de décadas passadas, *"informática não é solucionática".* Por isto eu certamente eu derrubaria o avião logo depois de decolar (se conseguisse), morrendo junto com todos os tripulantes e passageiros. Na verdade, a informática se expressa objetivamente apenas como uma versão moderna da máquina de escrever e da régua de cálculo, ao lado de constituir-se em uma imensa biblioteca de acesso instantâneo, na qual tem se tornado cada vez mais difícil selecionar qualidade dentro da imensidão dos registros que ali se encontram.

Diante desse contexto grotesco, saído do ensino fundamental e do médio quase tão ignorante quanto entrou, nosso aluno modelo irá buscar o seu ingresso em uma universidade, como um valor artificial que lhe é imposto pela sociedade, a qual não valoriza a profissão técnica, onde poderia verdadeiramente aprender e progredir. Afinal de contas, desde que me conheço por gente, o sonho de todo o pai é fazer o seu filho *"dotô".*

É então que o culto à ignorância, de que falou o tigre Haroldo, se mostra uma praga alastrada por todo o sistema educacional, onde, não precisam me perdoar pela afirmação, os cursos ruins de direito se destacam em profusão. Escolas fingem que ensinam e alunos fingem que aprendem.

A falta de base escolar se perpetua estendendo-se à universidade, o que tem sido reforçado por programas governamentais equivocados, fundados no financiamento sem critérios ligados à qualidade do aluno e da instituição e no controverso sistema de cotas,

eliminador do requisito essencial da meritocracia, por meio do qual a qualidade continuamente se aperfeiçoa. Quem impôs esse sistema equivocado não se apercebeu de que a natureza não progride em saltos, como se deseja fazer com as quotas. Sabiamente ela segue devagar e sempre, construindo a sólida base da supremacia do melhor sobre o ruim e o péssimo.

Ajuda em manter o *status quo* da mediocridade quase geral o fato de que, apesar dos cursos de pós-graduação terem se iniciado no começo da década de setenta do século passado, exceto nas universidades públicas os títulos de mestre e de doutor quase nunca são valorizados. É uma verdade reconhecida que escolas privadas preferem ter dois mestres a um doutor e dois especialistas a um mestre. Isto porque o lucro precisa ser maximizado. E me mostrem uma que têm mais de 30% de mestres e de doutores, pois a grande maioria somente fica no piso básico legal.

Nada contra o lucro, mas ele não pode ser a pedra de toque do ensino superior. Sei de doutores que escondem a aquisição do seu título nas universidades em que ensinam porque, se a administração souber, eles serão sumariamente demitidos para não se ter que lhes pagar merecidamente mais, considerando que, em tese, melhoraram a sua capacidade de ensinar.

De um lado, a dedicação do professor ao ensino frequentemente se divide com a necessidade de sobreviver (porque o salário na educação é uma verdadeira vergonha) e ele passa o dia todo se deslocando de uma escola para a outra, para poder preencher uma carga horária que lhe permita ter uma vida minimamente digna. Na Coreia do Sul noticia a *Veja* da última semana de novembro de 2012, existem professores que ficaram milionários (em dólares!), pois ali se trata da profissão que aquela país mais valoriza desde o término da guerra da metade do século passado. Claro que se trata de um exagero, mas o Brasil está diametralmente do outro lado.

De sua parte, o tipo de aluno que retrata o modelo nacional é aquele que trabalha durante todo o período do dia e corre para a escola à noite, onde, cansado da rotina diária, precisará esforçar-se para aprender tudo o que estiver ao seu alcance, prejudicando o seu lazer e a convivência com sua família. Como se vê, aprender exige um esforço muito grande. E não se diga que o brasileiro não é capaz disto.

Mas a realidade mostra muitos professores e alunos meramente *profissionais.* Uns apenas procurando ganhar a sua vida, sem maior preocupação com a qualidade da aula e com o seu próprio aperfeiçoamento (o que, como vimos, pode gerar a sua demissão). Outros tão somente preocupados com o diploma, que um dia receberão eventualmente na *repescagem* de um sistema falido de avaliação do mérito. Muitos destes chegarão algumas vezes a serem aprovados no exame de ordem, ainda que sem condições plenas para o exercício da advocacia, quando terão grandes dificuldades na superação de suas históricas deficiências pregressas. Este fato torna imprescindível a manutenção, o aperfeiçoamento e o aumento de exigências do exame de ordem. Afinal de contas o advogado lidará com valores fundamentais dos seus clientes, que não podem ser tratados com menos do que a excelência.

Na medida em que ser advogado pela aprovação no exame de ordem tornar-se uma exigência na qual se exija cada vez mais qualidade, todo o sistema de ensino jurídico precisará encontrar um novo caminho na busca da excelência, a começar da base, ou seja, do ingresso nas escolas de direito. Não chego a acreditar que se chegue a tanto, como se diz a respeito de algumas escolas, nas quais para ser aluno basta ao transeunte passar pela rua à frente delas e já está matriculado, desde que, evidentemente, pague a taxa de ingresso. Mas os chamados *processos seletivos* contínuos que ultimamente se tem adotado parecem um verdadeiro *coração de mãe*, pois sempre cabe mais um.

Quando se fala em excelência em cursos de Direito, envolvendo corpo docente e discente, deve-se ter em vista que cada escola deve montar o seu projeto pedagógico apropriado. Algumas podem dar ênfase à formação de pensadores do direito, outros aos operadores do dia-a-dia, nas diversas áreas de interesse jurídico, sem perder de vista o conjunto. Todos esses profissionais são necessários e é preciso que sejam verdadeiramente bons naquilo que vierem a fazer.

E não se pode jamais deixar de passar a mensagem de que à meta final da formação jurídica somente poderão chegar os que se esforcem, não se contentando com a ignorância instantânea da preguiça.

Um dia as universidades privadas — entre as quais, convenhamos, encontram-se muitas que somente pensam em ganhar dinheiro — perceberão que o lucro também poderá vir da excelência. É, por exemplo, o caso daquelas escolas do exterior que aplicam recursos substanciais em pesquisas relacionadas a diversas áreas do conhecimento, das quais nascem patente

, que (imaginem!) podem gerar grande lucro para o seu dono. Fica aqui a lembrança.

No campo do Direito a boa qualidade das escolas reverte imediatamente no acesso diferenciado dos seus alunos ao mercado de trabalho. Há provas dessa verdade. Constrói-se assim uma roda viva benéfica, com o aumento da procura daquela escola e com a progressiva melhoria do seu ensino. O aluno que não se contentar com a ignorância instantânea terá grandes oportunidades à sua frente. E todos ficam felizes. E o país certamente se tornará um lugar melhor para nele se viver.

O EXAME DE ORDEM, OS CURSOS DE DIREITO E O URSO BALÚ

"Necessário, somente o necessário, o extraordinário é demais." (Urso Balú desenho "Mogli", de Walt Disney).

- 28.10.2011 -

Duas iniciativas caminhavam paralelas, ambas guardando dentro de si o perigoso germe da mediocridade, capaz de destruir vidas e bens. A primeira dizia respeito a uma ação perante o STF com o objetivo alcançar dispensa do exame de qualificação que a Ordem dos Advogados do Brasil realiza como condição para o exercício da nobre e imprescindível profissão de advogado.

Reconhecida a constitucionalidade do artigo 5º da Constituição Federal, o STF rechaçou a pretensão do autor sob o fundamento de que não se nega com a exigência do exame o direito ao trabalho, mas se seleciona, isto sim, quem pretende trabalhar como advogado. O requisito

da qualificação profissional estabelecido em lei encontra-se precisamente atendido e isto só não vê quem não quer ou a quem não convém, ideológica ou economicamente. Esperemos que tenha se posto a definitiva pá de cal nessa insana pretensão, cabendo à OAB aperfeiçoar continuamente o seu processo de seleção objetivando um mercado cada vez mais complexo exigente.

Poder-se-ia até pensar, segundo modelos do direito comparado, em acesso escalonado à carreira, devendo o advogado aprovado no exame inicial ver sua atuação restringida a certo tipo de casos, para os quais não poderia, por exemplo, trabalhar sozinho, mas fazê-lo sob a tutela de um advogado mais experiente que já se encontrasse em um patamar superior na carreira. E a progressão se daria mediante comprovação de experiência adquirida. É uma ideia que se procurou introduzir no Brasil de certa maneira e sem sucesso na figura do antigo solicitador acadêmico.

A outra iniciativa refere-se ao famigerado projeto de lei voltado para flexibilizar a qualidade do corpo docente das universidades.

Seus defensores parecem desconhecer uma realidade notória, ou seja, que a grande maioria dos cursos de direito do País têm péssima qualidade e formam péssimos bacharéis. Como vimos acima, tais bacharéis para se erigirem à condição de advogados precisam por enquanto superar as dificuldades apresentadas pelo exame obrigatório.

No que diz respeito ao magistério superior, observe-se que nesses dias a USP comemora a inigualável marca de cem mil títulos de pós-graduação por ela conferidos durante muitos anos em seus inúmeros cursos. Esta é sua contribuição para a melhoria da qualidade do ensino universitário no Brasil, que divide com muitas outras entidades da espécie. Os mestres e doutores oriundos dessas universidades adquirem a capacidade da transmissão do conhecimento a outras gerações, dentro de um processo de contínuo aperfeiçoamento.

Muitos pós-graduados não seguem a carreira universitária, mas dão enorme contribuição qualitativa nos diversos setores de sua especialidade. Outros passam a habitar as salas de aula, que para os vocacionados se torna o lugar onde desenvolvem o prazer de aprender ensinando. É um verdadeiro sacerdócio diante de muitas circunstâncias negativas que cercam o magistério, como todos sabem.

Mas pagar um mestre ou um doutor custa caro (ou melhor, menos barato) e o que se deseja com essa pretensão é deixar em salas de aula os chamados especialistas, sem título de pós-graduação e que ganham bem menos do que os professores titulados. Muitos deles são até ótimos mestres, mas a grande maioria não recebeu as bases pedagógicas e científicas mínimas para o exercício da atividade do ensino. Trata-se de desmerecer quem se aplicou durante muito tempo para ser mestre ou doutor, em detrimento do interesse geral.

É notório que a proliferação indiscriminada de cursos de direito se dá como resultado de fatores sociais, educacionais, políticos e econômicos. Neste último caso as escolas particulares disputam acirradamente um mercado de centenas de milhões de reais anuais, que inclui as tetas do governo, concernentes aos recursos do Prouni. É um *big business*¸ ninguém nega. Não há qualquer problema em se ganhar dinheiro com a educação, mas é preciso que em contrapartida ao pagamento das anuidades o aluno receba um produto de boa qualidade. Para isto muitas vezes se torna necessário levar o aluno a refazer o seu curso médio, dando-lhe as bases mínimas necessárias para lidar com o mundo do direito.

O processo resulta de um círculo vicioso: alunos pobres que não podem frequentar boas escolas (que saudades dos bons tempos do ensino público da década de sessenta do século passado), estudando com dificuldades imensas, chegam aos trancos e barrancos no limiar da universidade e conseguem nela ingressar porque dentro de um universo muito amplo de escolas sofríveis o processo de seleção é uma verdadeira farsa. Só não entra quem não quer ou não pode pagar. E uma vez dentro, um dia saem formados. E são bacharéis que no caso dos cursos de direito poderiam chegar ao exercício da advocacia sem saber ler, compreender, pensar e escrever, caso o STF não tivesse barrado aquela esdrúxula ação judicial.

Em qualquer dos dois casos trata-se da síndrome do Urso Balú, que cantava o verso acima transcrito para o seu amiguinho Mogli. Para que fazer o extraordinário, se basta o necessário? Para que se esmerar no aprendizado se ele não será exigido para exercer a advocacia? E veja-se que até mesmo o necessário é dispensável quando alunos podem ser aprovados por aproximação, com notas inferiores à média mínima. É o caso da USP que aprova automaticamente o aluno que tem média 4,75, abaixo do mínimo que é 5. Um espanto, como diria alguém. O que ainda salva a USP é que ela conjuga três fatores extremamente favoráveis: bom corpo docente (a carreira começa pelo título de doutor, mediante concurso público), bom corpo discente (que venceu a enorme barreira do vestibular) e o mercado de trabalho onde não têm lugar os medíocres. Experimente alguém levar para uma entrevista de emprego em um bom escritório um currículo escolar recheado de aprovações por aproximação, ou mesmo com média baixa.

Ultimamente em nosso país quem se destaca em qualquer setor pelas suas qualidades pessoais logo é acusado de integrar a *zelite*, um tipo de crime em certas esferas da nossa sociedade. O bom é ser povão. Bem, a China começou praticamente do zero há poucos anos a por em prática um gigantesco processo educacional e já tem algumas universidades classificadas entre as melhores do mundo. Todo pai chinês quer que o filho entre para a zelite, deixe de ser povão. Enquanto isto, temos na USP a nossa melhor universidade, a qual no ranking internacional ocupa o modesto 175º lugar. E ainda assim é a melhor da América Latina, ou seja, em terra de cego, quem tem um olho é rei[50].

Por enquanto, então, em nossas plagas, somente o necessário, o extraordinário é por demais! Mas o nível está baixando! Cuidado!

A LITERATURA, O DIREITO E A SOCIEDADE MODERNA - ASPECTOS GERAIS

- 28 de abril de 2016 -

Se na atualidade as gerações passadas e presente não se comunicam adequadamente pela e enorme diferença de fundamentos entre elas então estamos diante de um seríssimo problema.

---

[50] **NOTA**: Em 2017 a USP ficou em 120º lugar no *QS World University Ranking*, divulgado no dia 5 de setembro, pela *Quacquarelli Symonds,* organização britânica de pesquisa em educação, especializada em instituições de ensino superior.

A literatura pode ser singelamente definida como uma das formas de transmissão do conhecimento humano, registrada em algum tipo de suporte. Estes evoluíram desde a pedra até os bytes, passando pela argila, pelo pergaminho, pelo couro, pelo papel, etc. Na modalidade mais primitiva encontra-se sob a forma dos registros pictóricos rupestres, ou seja, presentes nas paredes de cavernas (as mais conhecidas situadas em França, datadas de cerca de trinta mil anos a.C.

No sentido acima, não se deve tomar a tradição oral como literatura porque o que as separa é, precisamente, a ausência de um registro permanente e imutável da segunda, em regra. Claro que frequentemente a tradição oral se consolida na forma de literatura, presente o risco do acréscimo, decréscimo ou mudança de inflexão do seu conteúdo. Como se sabe, quem conta um conto, aumenta um ponto. Sem contar as apropriações indevidas e as falsificações.

Por outro lado, a transmutação da tradição oral em literatura serviu como instrumento para o salvamento de conteúdos de extrema importância para a humanidade. Alguns exemplos são marcantes, como o Livro dos Mortos egípcio; a lenda de Gilgamesh originada na antiga Suméria; o registro vétero testamentário hebraico; e até mesmo as peças de Shakespeare. No primeiro caso, o achado da mais antiga versão do profeta Isaias na caverna de Qumran em 1948 tem permitido aos historiadores e teólogos a identificação da fidelidade de outras cópias mais recentes de um original há muito perdido. A mesma coisa se pode dizer quanto aos "in folio" das obras daquele poeta e dramaturgo, registrando-se que mais um deles foi encontrado recentemente na ilha de Bute, Escócia, segundo notícia publicada no NY Times do dia 6 deste mês.

Os próprios ensinamentos de Sócrates colocam-se no plano da tradição filosófica oral, pois ele não teria deixado na forma escrita qualquer texto de sua autoria, tendo ficado a cargo do seu discípulo Platão fazer o devido registo, com relação ao qual remanescem dúvidas eternas a respeito da completude e da fidelidade daqueles.

O conteúdo da literatura mais primitiva foi de natureza sacra, conhecida desde os remotos tempos das civilizações da Antiguidade, destacando-se os textos emanados da já mencionada Suméria, do Egito, da Babilônia, da Pérsia e da Palestina, deixando aqui de ser considerada a história do Extremo Oriente. O registro literário mais conhecido e utilizado como fonte teológica desde tempos remotos até os presentes dias corresponde ao chamado Antigo ou Velho Testamento, que formou originariamente o cânon judaico e que depois veio a ser apropriado em parte pelo cristianismo.

Em uma época mais avançada no tempo a literatura sacra evoluiu gradativamente para a profana, com os mais variados conteúdos, até chegar à completa separação da sua origem. Na modernidade, são publicados anualmente milhões de textos sobre todo tipo de assunto, cada vez mais presentes sob a forma eletrônica, dos mais profundos aos mais prosaicos (para não mencionar os absolutamente inúteis), sabendo-se que a quantidade prejudica enormemente a qualidade. Para comprovar esta assertiva, basta verificar quais têm sido as obras mais vendidas, periodicamente identificadas em fontes apropriadas, verdadeiramente assustadoras para nós outros. Se aquilo que uma sociedade lê (ou deixa de ler) é o que ela é, por favor, alguém me leve o mais cedo possível para outro sistema planetário, bastante colorido na sua qualidade literária, entretanto sem tons de cinza.

Sob o aspecto acima, é interessante observar que serão publicados brevemente em mandarim obras de três autores brasileiros, a seguir indicados pela ordem da importância que lhes foi dada: Graciliano Ramos, Ligia Fagundes Telles e Clarice Lispector. Na relação de interesse

Machado de Assis foi o quinto colocado[1]. Pelo visto os chineses estão se interessando por autores brasileiros que não têm sido valorizados em sua justa medida na nossa terra pátria. É uma grande pena! Meu jovem leitor, você já ouviu falar de Graciliano Ramos? Pois não sabe o que está perdendo.

Observe-se uma infeliz inversão do sistema educacional brasileiro como um todo, que está voltado para a aprovação do aluno no vestibular para ingresso em universidades. Como para tanto as exigências no campo da literatura são sofríveis quando não inexistentes (o que acontece até na USP, considerada a melhor universidade brasileira), as escolas evidentemente deixam de dar ênfase a esse aspecto do aprendizado. Sob este ponto de vista uma pesquisa feita há alguns anos identificou a grande maioria dos professores do ensino primário no Brasil veio a ler o seu primeiro livro completo quando entrou para a faculdade.

Quanto à literatura jurídica, esta passou pelo mesmo processo de oralidade para a forma escrita, ainda que se conheçam registros extremamente antigos da última, como é o caso do conhecido Código do rei Hamurabi (certamente muito mais falado do que lido). Ainda nos dias atuais a lei não escrita sobrevive sob o ordenamento da common law ou dos princípios gerais de direito, reconhecidamente presentes na civil law.

Entre nós os clássicos do direito servem boa parte das vezes para enfeitar salas de reuniões de escritórios, comprados por metro e dispostos nas estantes segundo um sistema científico de cores e tamanhos. Professores e alunos eram até quatro décadas atrás, sectários dos autores franceses e italianos (principalmente) lidos, com sofreguidão, observada a grande dificuldade de aquisição de obras estrangeiras, especialmente pelo motivo de acesso e custo. Autores brasileiros, entre tantos outros, como Clóvis Bevilaqua, J. X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Silvio Rodrigues, Oscar Barreto Filho, Waldírio Bulgarelli, alcançaram seu grande conhecimento jurídico por terem se abeberado naquelas fontes. Pontes de Miranda apresentou uma nota diferenciada, uma vez que transitava também pelo direito alemão. É importante notar que eles não localizavam o seu aprendizado apenas em uma área específica do conhecimento do direito. Eles dominavam a sua teoria geral, faltante em quase todos os juristas modernos, especialistas no calo do dedo mindinho do pé esquerdo.

As obras jurídicas dos tempos atuais se apresentam sob duas características fundamentais: algumas de natureza geral (especialmente os cursos) são um resumo do resumo das matérias nele tratadas, usando-se o sistema da metralhadora giratória. Um mero capítulo para cada instituto que foi erigido durante séculos de cultura jurídica. Ir mais fundo não vende. Quem sabe, seus autores algum dia os farão publicar em curtas mensagens de WhatsApp mediante assinatura paga. Outras são extremamente específicas, sem maior profundidade dogmática e de natureza quase exclusivamente prática, no molde dos cinco passos para ganhar uma ação de despejo. A grande maioria consiste de textos voltados para tópicos do momento, cuja finalidade é primordialmente comercial, tanto da editora, quanto do autor. A moda atual, por exemplo, está voltada para o Novo Código de Processo Civil. Há obras de qualidade e profundidade, claro, mas como foi necessário aprontá-las assim que aquele código foi finalizado no âmbito de legislativo e entrou em vigor, a pressa cedeu lugar à perfeição, muito longe disto.

No meio acadêmico e nas melhores universidades (muito poucas no País) excelentes dissertações e teses são apresentadas às bancas, o que é raro (e o seu conhecimento é extremamente dificultado pela inacessibilidade à publicação). Mas, e geral, usando uma linha defensiva, os pesquisadores procuram fugir aos grandes temas, que trazem o perigo da apresentação de lacunas, pontos que serão martelados sistematicamente pelos examinadores

na ocasião oportuna. Por isto a sua expressiva maioria aborda áreas bastante específicas do direito que têm se repetido até a exaustão. Quando se trata de doutoramento, contribuições efetivamente novas para o direito são extremamente raras (pensar por si próprio é um ato incomum e muito dolorido). Na grande parte dos casos os candidatos conseguem subir apenas um degrau acima do estado da técnica, tornando-se difícil para os examinadores descobrirem se o texto tem mesmo alguma coisa nova ou se trata apenas de um arranjo inteligente do conhecimento já disponível.

Feita esta introdução comparativa, cabe perguntar que ligação pode ser feita entre os três tópicos do título deste texto, literatura, direito e sociedade moderna? O liame consiste precisamente no reconhecimento de que houve perda cultural sensível no âmbito da sociedade moderna, tanto na literatura quanto no direito – e, ainda, na utilização da literatura pelo direito – com o resultado de prejuízo e, no mínimo, de grave empobrecimento da comunicação do conhecimento.

Quando me referi acima ao Antigo Testamento, a Sócrates, a Platão, a Shakespeare, eu fiz imediatamente interromper ou empobrecer a minha comunicação com o aquele leitor que jamais teve acesso aos textos ou autores mencionados. E esse leitor é aquele que sucedeu à minha geração, dentro do meio social em que vivi, ou seja, aquele da classe média brasileira e que teve acesso a uma cultura humanística de boa qualidade. No ginásio liamos as obras mais importantes da literatura brasileira e portuguesa, e quem no segundo grau fazia o curso clássico nelas se aprofundava. Ainda no ginásio tínhamos acesso à língua francesa, dentro de um nível que nos permitia a compreensão das mais famosas obras da literatura daquele país, então na moda. O curso de latim era feito com base no "De Bello Gallico" ("A Guerra Gaulesa") de Júlio César. O inglês era sofrível, mas superávamos de alguma forma a deficiência da escola pública neste particular por meio de aprendizado nos cursos que começaram a proliferar por todo o Brasil a partir de 1960. A finalidade era justamente a de suprir uma deficiência até então notável, considerando que o eixo cultural do qual o Brasil fazia parte até então era aquele da Europa continental.

O resultado era que a parte da sociedade brasileira que tinha acesso à educação apresentava condições para fazer-se entender no plano da cultura, sem que houvesse hiatos sensíveis entre os mais velhos e os mais novos.

Se na atualidade as gerações passadas e presente não se comunicam adequadamente pela e enorme diferença de fundamentos entre elas então estamos diante de um seríssimo problema. Fazer-se entender passa a exigir que o nível do discurso seja rebaixado e quando se pensa na ciência jurídica a calamidade ainda se torna mais evidente. Exceto nos meios acadêmicos de melhor qualidade, e mesmo assim com exceções sensíveis, as obras jurídicas nas quais se abeberaram nossos pais estão completamente mortas e enterradas. E isto talvez represente um dano maior do que aquele que ocorre em relação à literatura porque o direito evolui continuamente, sendo o conhecimento passado a base do presente. Quando isto não acontece surgem rupturas que provocam significativa perda da coerência e do conteúdo jurídico, em virtude do abandono do espírito que deveria reger de forma estável determinados institutos no decorrer dos anos, longinquamente nascidos em tempos distantes.

Não se trata de saudosismo gratuito. Quando, por exemplo, o legislador adota um modismo, conforme atualmente se faz em relação à função social, ele em primeiro lugar mostra que não conhece o seu nascimento dentro do fascismo italiano de Mussolini. Em segundo lugar ele cria uma ruptura na estrutura do ordenamento jurídico, abrindo brechas para a instauração de um regime de acentuada incerteza e segurança no plano das relações jurídicas, que leva,

como resultado, ao aumento dos chamados custos de transação, pagos pela sociedade como um todo. Feito o balanço final, o resultado é amplamente negativo. O patrimônio líquido do bom direito se transforma em passivo a descoberto, a ser pago pelas gerações presentes e futuras, considerando-se que o efeito bumerangue de defesa adotado pelo mercado é quase instantâneo.

Será que podemos olvidar sem qualquer consequência funesta os ensinamentos do direito romano? Podemos abandonar o nascimento e desenvolvimento do Direito Comercial no seio das corporações de ofícios da Idade Média, verificado nas cidades da Europa mediterrânea? É válido deixar de lado o Código Comercial francês napoleônico e o seu congênere italiano de 1942? Parece que essa é a ideia presente em uma aventura atualmente em curso no Direito Comercial pátrio, onde corre um projeto de lei que pode ser caracterizado como um verdadeiro Frankenstein jurídico. Nele é patente um descasamento desastroso entre o direito comercial proposto e a sua linha de evolução contínua desde remoto passado. Neste caso, o legislador do Código Civil de 2002 deu um péssimo exemplo, simplesmente por ter jogado fora de uma só vez todo o nosso valioso Código Comercial de 1850. A pretexto de colocar-se no plano da modernidade ele não apresenta qualquer rumo razoável.

E o projeto acima referido caminha, por exemplo, para acabar com o tratamento a outros institutos do nosso vetusto, mas valioso Código Comercial de 1850, vindo a atingir também o direito marítimo. E quando ao direito dos transportes terrestres, com exceção de alguns pontos alcançados pela evolução da sociedade e da forma pela qual o comércio atualmente se exerce, mormente no que diz respeito às operações internacionais, bastaria trocar naquele velho Código a referência a alimárias por veículos automotores. Parafraseando Galileu, percebe-se que ambos se movem no mesmo meio. Neste sentido, a tecnologia moderna é mero adjetivo, que apenas enriquece (ou empobrece) o substantivo ao qual se aplica. A mesma critica se estabelece em relação teoria geral dos títulos de crédito, pois quanto a eles mudou apenas o suporte que passou a ser eletrônico[2].

Mas por enquanto fiquemos por aqui. Até o próximo capítulo.

_____

1 Cf. Notícia dada por Sonia Racy em sua coluna no jornal "O Estado de São Paulo" de 23.04.16.
2 É bem verdade que a circulação da riqueza mercantil encontrou outros caminhos além da utilização dos títulos de crédito, a partir da utilização de cartões de débito e de crédito e dos chamados "recebíveis" em geral, tema que foge ao objeto do texto presente.

A REFORMA DO ENSINO MÉDIO NO BRASIL

Um país no qual o rabo balança a cabeça do cachorro

- 21 de outubro de 2016 -

Nota – Velho governo, novo governo, novas receitas para esse assunto, que não interessa aqui aprofundar. Os problemas continuam os mesmos. Até quando?

Nova celeuma se estabeleceu recentemente entre nós desde que governo central editou uma medida provisória para o fim de estabelecer um padrão para o ensino médio em nossa pátria ("*Pátria Educadora*", diziam alguns recentemente. Só chorando mesmo!). Como sempre, há pessoas contra, a favor e outros muito pelo contrário. Só no Brasil cabe medida provisória para resolver um problema definitivo.

Um dos marcos da reforma está no favorecimento do aluno em relação às disciplinas para as quais ele teria mais aptidão, o que lhe permitiria dedicar pouca ou nenhuma atenção às demais, exceto por um conjunto esquelético de algumas consideradas temporariamente obrigatórias. Entre as dispensadas estão a educação artística e a educação física. Um chute na canela da cultura e outro na do corpo. E, sintomático, neste último caso que a educação física vai embora logo depois do País haver feito um papel medíocre nas últimas Olimpíadas e Paralimpíadas, realizadas há pouco justamente dentro do nosso quintal. "*Mens sana in corpore sano*" é ensinamento desconhecido dos nossos educadores.

A ideia de mexer no ensino médio sem ao mesmo tempo atentar para o fundamental (os dois necessariamente deveriam estar no mesmo saco) me faz lembrar o técnico de futebol que prepara um ataque eficiente, mas esquece-se completamente da defesa, ficando o time todo desequilibrado. E tome gol, até mais do que 7 x 1. Isto porque todos nós sabemos que o ensino fundamental público entre nós é um dos piores do mundo e nós estamos na rabeira do ranking mundial de qualidade educacional. Mesmo quando há escolas, diversos fatores aumentam ainda mais a sua antiga proverbial ineficiência. Trata-se de greves, ocupações de origem interna e externa e fechamentos determinados por traficantes. Tais situações se repetem tanto que nem mais prestamos atenção a elas quando na TV um repórter insiste em delas fazer notícia. Sofrendo dessa forma, os alunos ficam cada vez mais distantes de um patamar mínimo de conhecimento. As comunidades carentes são as que sofrem mais, evidentemente, tirando-se delas a única forma de vencerem os desníveis sociais tão flagrantes e tão díspares no Brasil. Este fator não é apanágio nosso. Mesmo em países adiantados como os "*States*", o aluno da escola pública dos bairros mais desfavorecidos apresenta um rendimento sofrível, o que o destina desde logo para um futuro de caixa de supermercado ou de jovem que se alista nas forças armadas por falta de qualquer outra opção. O jovem médio americano não é capaz de escrever uma carta de próprio punho pedindo emprego. Ele somente se salva pelo recurso aos formulários à disposição nos sites das empresas.

Há vários pontos a serem destravados para que possamos ter uma educação minimamente qualificada: planejamento de longo prazo que abranja a pré-escola, o ensino fundamental e o médio; a valorização da carreira de magistério; o oferecimento de creches de tempo integral a 100% das crianças cujos pais precisam trabalhar o dia inteiro e não têm recursos para opções privadas; o oferecimento de escolas públicas localizadas perto de 100% das crianças e adolescentes que não podem recorrer à rede privada; segurança escolar institucional; segurança alimentar e de saúde básica; e por aí vai.

Acho que o *Prêmio Pinóquio*, que deveria ser atribuído aos maiores mentirosos do Brasil, deveria ser dado a todos os candidatos a cargos eletivos, sem exceção, pelas potocas mastodônticas destiladas nas referências às áreas acima citadas. Todos eles mentem descaradamente a cada dois anos sobre os temas destacados, quando somos obrigados vê-los e a ouvi-los na TV e no rádio - exceto quando nós colocamos nossos aparelhos automaticamente no "*mudo*" em um tipo de reflexo defensivo Pavlov. E olhe que eles estão reclamando de barriga cheia quando falam da falta de dinheiro para as suas campanhas, agora que o financiamento empresarial secou. Basta que eles façam a venda da serragem que raspam todos os dias de suas caras-de-pau, quando abrem a boca para pedirem votos.

Planejamento no longo prazo não faz parte do cardápio brasileiro. Todo político que tenha sido eleito, assim que toma posse joga na lata do lixo todos os projetos do anterior, pois ele precisa fazer a sua "*marca pessoal*", nem que ela seja, como invariavelmente acontece, o fruto da cabeça de um aspone qualquer, ou o resultado de forte e inesperada diarreia mental, frequente entre eles, ao contrário da prática do "*brain storm*". É claro que o antecessor muitas vezes deixa tantos fatos consumados e irreversíveis que o novo empossado muitas vezes precisará engolir o sapo e a dourar a pílula, pelo uso de muito engov político. Muitas vezes o eleito simplesmente se apropria do projeto do perdedor e muda a sua roupa ("*alô, Bolsa Família*!"), passando a dizer que o inventou. Sobre planejamento escolar, a Coréia do Sul neste momento o está preparando para os próximos vinte anos, a exemplo do que já fez antes. Deve ter dado certo porque, de um país arrasado pela guerra que levou o seu nome, hoje ela é uma das principais economias do mundo, dona de tecnologias de ponta.

Falar-se em **valorização da carreira do magistério** é igualzinho ao prestígio que a diretoria de um clube dá ao técnico que tem em sua conta muitas derrotas seguidas. Quando o presidente do clube fala em favor do técnico e lhe dá um forte abraço diante das câmeras, o cujo já pode desde logo fazer as malas: está na rua. Mas ao contrário desses, que levam gordas gorjetas quando vão embora, os salários dos professores são mais magros do que o inseto bicho-pau e nem sempre os recebem. Por outro lado, como se diz por aí, o fato do desrespeito sistemático dos alunos aos professores é culpa dos pais que não dão educação aos filhos, pois querem transferir essa responsabilidade aos primeiros. Se é assim, os professores do seu lado deveriam fazer cursos de defesa pessoal para lidarem com esse problema. Assim eles se auto valorizariam. O governo até que poderia colaborar com uma parte do custo. Mas seria uma situação muito grave quando, ao se defender, um professor machucasse um aluno. Mesmo na escola pública, *o aluno é cliente*, pois afinal de contas os seus pais são eleitores.

No tocante à **existência suficiente de creches e de escolas públicas** (e até mesmo de CEUS – Centros de Educação Unificada, que têm inclusive pós-graduação, conforme propalado por infeliz prefeito, malfadado candidato a reeleição em certa cidade bem conhecida), pelas palavras dos governantes eles já construíram e inauguraram tantas que devem estar sobrando aos montes. Acho que podemos pensar em exportá-las ou abri-las de imediato para os imigrantes e refugiados que tem chegado ao Brasil. Todo mundo sabe delas. Só os pais das crianças sem escola é que não as encontram, mas isto deve ser problema do seu aparelho celular, cujo GPS não deve funcionando bem.

Quanto à **segurança alimentar**, bem está mais do que provado que as crianças desfrutam de uma dieta rica e adequada, na quantidade suficiente para as suas necessidades. Se houve um probleminha na área, ele foi único e perfeitamente resolvido, com a imediata punição dos culpados. Imagine se alguém neste Brasil seria capaz de mexer com a merenda das crianças, tão sacrossanta? Este fato foi um desvio isolado de alguém que não tem coração, só estômago.

Analisando agora a **segurança nas escolas públicas**, ela está perto da perfeição, como diria alguém. O que tem acontecido e aparecido nas manchetes são alguns casos isolados e se balas perdidas foram achadas no corpo de crianças isto se deve meramente a um azar estatístico (efeito colateral). E, como se sabe, nas escolas públicas a droga não rola. Se é cigarro de maconha, já vem enrolado.

Existem outros sérios problemas indiretamente ligados à educação, como saneamento básico e medicina preventiva, mas isto daria um tratado o que não a preocupação presente. Como se vê o Brasil está com nada...

Faltou falar da **especialização precoce no ensino médio**.

Vamos lá. Todas as pessoas são dotadas de certas características comuns e outras especiais. No plano das vocações este teria sido o mote para que a reforma permita ao aluno montar a sua grade curricular de acordo com a realidade de cada um (O Calvin americano e o Chico Bento brasileiro prefeririam estudar nada). O que se falou muito a propósito é que o aluno deve ter o direito de preferir as matérias do seu gosto e, observado um mínimo necessário, dar ênfase àquelas de sua preferência no seu currículo. Contudo, gostar e ter aptidão são coisas muito diferentes e muitos adolescentes darão muitas trombadas (algumas com perda total) dentro desse esquema. Muitas vezes o desgosto com a matéria na verdade é desgosto com um professor prepotente e/ou mal preparado, sem vocação para o ensino. Meus antigos professores de matemática que o digam. Eles eram mestres em tornar a disciplina um verdadeiro purgante amargo.

Não se trata de novidade. Afinal de contas nossos governantes não são tão criativos assim. No tempo em que terminei o ginásio (o que corresponderia ao ensino médio de hoje) não havia disciplinas optativas. O aluno era obrigado a estudar matemática; português (gramática e literatura luso-brasileira); história do Brasil e geral; geografia do Brasil e geral; ciências (envolvendo uma introdução à biologia, química e física); latim (que barbaridade!), língua morta que éramos obrigados a aprender traduzindo o famoso (já não mais) "De Bello Galico" do caro Júlio, como o grande César é atrevidamente referido pelo meu herói Asterix. Acrescentava-se desenho, canto orfeônico e trabalhos manuais (tive aprender a bordar tapetes em ponto cruz!). Ah, sim! Educação Física, que se resumia em peladas jogadas duas vezes por semana no poeirento campinho da escola, no qual não vicejava sequer um pezinho de grama.

Como se verifica, *bullying* educacional em estado puro e generalizado.

Daí o coitado do aluno terminava o ginásio e devia passar para o grau seguinte, com três únicas escolhas: o *curso clássico* (destinado às carreiras inerentes às ciências humanas, especialmente o direito) e o cientifico (para as "*exatas*", ou seja, engenharia, medicina e odontologia, fundamentalmente). Não se assuste o leitor com a pobreza das opções de então. Estávamos no começo da década de 60 do século passado, milênio idem.

Terceira opção, muitas meninas dirigiam-se para o Curso Normal, preparando-se para serem professoras do curso primário. Mundo machista, não? No entanto, vendo aquela sociedade com os olhos de hoje, posso ser levado a pensar que aquelas meninas não eram grandes sofredoras nem marginalizadas. Eram bem remuneradas como professoras, tanto no grupo escolar, como no ginásio, no clássico e no científico, trabalhando quatro horas por dia e sendo respeitadas pela sociedade[51]. O magistério era valorizado sim. Antes de serem mestres nas Arcadas, José Cretella Junior e Antonio Cesarino Junior foram professores de ginásios do Estado de São Paulo. Quem deu aulas no Caetano de Campos na capital paulista em São Paulo ou em escolas equivalentes espalhadas por todo o País sabe o valor e o respeito que lhes eram atribuídos. As moças podiam se aperfeiçoar no seu ramo de ensino e cuidar de sua família com tranquilidade e sempre lhes era possível viajar com a família nas férias, sem intromissão de parentes e de patrões.

---

[51] Que o digam os antigos alunos da professora Lucy Musa Julião, do Instituto de Educação Otoniel Mota de Ribeirão Preto, conhecida e admirada em todo o Estado de São Paulo (nota de atualização).

Quanto às moças dos dias de hoje (tenho quatro que não consigo ver tanto quanto quero), como ralam! Disputando o mesmo mercado de trabalho com os homens, sem horário para nada, batalhando sábados, domingos ou feriados, sem férias, atreladas ao celular corporativo e preocupadas com as fichas de tempo, somente se tornando mães para lá dos trinta e cinco, senão aos quarenta anos, e mães tardias de um único filho. É um peso duplo porque a medicina, como se sabe, ainda não resolveu o problema da falta de gravidez masculina, o que poderia equilibrar os pratos da balança: "*um filho eu, o outro seu*". Tempos modernos, já encenou nosso saudoso Carlitos.

Voltando ao nosso caso. Naquela época a especialização escolar limitada de que falei acima acontecia somente no segundo grau quando o aluno (em tese) já deveria ter sido capaz de identificar o seu perfil profissional e, portanto, escolher sem erro. Nada a ver, a começar por este escriba, que quase se acidentou vocacionalmente, salvo pelo *Anjo das Profissões Certas*. Mas muitas vezes esse dorme ou está distante.

Desculpem-me pelo exemplo biográfico, mas ele é clássico, sem trocadilho. Meu pai era advogado, mas não gostava do direito. Desejou ser médico, mas as finanças da família não permitiam essa escolha e optou pelo que lhe era possível fazer: direito no curso noturno da Faculdade de Direito do Recife. Em casa o direito era um tabu. Sempre tentou que todos os filhos fossem médicos. Os dois mais novos chegaram lá. O segundo virou engenheiro vocacionado. Eu, como não gostava de medicina, negociei fazer engenharia. Bobagem: vivia sendo reprovado em matemática, física e química. Esses seriam sintomas para se atentar, já que falamos em engenharia.

Com muito esforço terminei o curso científico ao mesmo tempo em que estava no terceiro ano e matriculado em um cursinho preparatório para engenharia. O cientifico ainda dei conta, mas nas aulas do cursinho que se aprofundaram nas matérias correspondentes, eu logo comecei a boiar mais do que rolha na água. Vendo que a nau ia ao fundo, procurei conselho com um colega do clássico e resolvemos estudar juntos para o vestibular da São Francisco, da qual jamais havia ouvido falar. Passei direto por dois motivos. Primeiro porque naturalmente eu gostava e lia sobre algumas matérias do vestibular de direito (meu pai tinha uma excelente biblioteca e eu devorava tudo o que tinha páginas, fazendo concorrência às traças). Depois porque varávamos madrugadas estudando tudo o que caia no vestibular da São Francisco (inclusive lógica e psicologia, que eu nunca aprendera de forma sistemática, ainda que tivesse lido *Os Quatro Gigantes da Alma de Myra y Lopes* e visto o filme *Freud Além da Alma*, entre outras fontes). E por sorte minha naquele ano não foi exigida prova de latim.

Acho que dei um pouco certo porque senão o caro leitor não estaria perdendo o seu tempo lendo esta mini prosopopeia.

Ora, se eu, como tantos outros colegas que estavam se perdendo pelo caminho, apesar de ter um pai muito culto, não tive base para uma escolha adequada do meu futuro durante o ginásio e quase todo o científico, no qual me matriculei completamente às cegas, o que não pode acontecer com milhares de estudantes do ensino médio que desde o início do seu curso já começarão a se tornarem especialistas? Me diga o leitor.

Finalmente, qual o lugar da cultura em todo esse projeto? Zero vezes zero!

Podemos resumir que cultura consiste na compreensão histórica, política, geográfica e literária do mundo (política com P maiúsculo). Sendo assim, o aluno do ensino médio que praticamente não botou a mão em um livro até aquele momento (livro, livro, porque sou

saudosista do presente) e que estudará somente o que gosta, jamais alcançará um parâmetro mínimo nesse campo. Somente se ele for fora da curva é que procurará saber quem foram os gigantes da humanidade e não como pegar *pókemons* de forma mais eficiente.

Pobre sociedade, para quem machado de Assis é um instrumento cortante que o dono usa para derrubar árvores.

A GRADE CURRICULAR DOS CURSOS DE DIREITO

(Com Rachel Sztajn)

- 14.09.2015 -

> *"Olhar o passado, viver o presente e projetar o futuro".*
>
> (Algum filósofo de plantão: talvez nós mesmos).

O tema deste artigo é tão recorrente nos meios jurídico/educacionais que talvez não apresente a possibilidade de se dizer alguma novidade. Mas vamos lá.

Pensemos, de um lado, na dimensão quase continental deste país, no seu caráter multicultural, na diversidade de sua economia e, do outro, nas necessidades jurídicas variegadas que deverão ser atendidas de forma eficiente por operadores do Direito entre as duas ciências. Do lado dos economistas a ignorância é a mesma quanto aos *operadores do Direito* (expressão que não nos agrada muito, mas da qual não dá para fugir dela quando precisamos generalizar os usuários da ciência jurídica), bem preparados e atentos à dinâmica das relações sociais.

Está presente nos setores mais avançados da economia a requisição a advogados de nível internacional, que dominem ao menos o inglês e que conheçam o direito internacional, público e privado. Eles até desenvolvem uma novilíngua, cheia de *enforcements, trade off, forward, business, regulation, compliance, agency, moral hazard,* e por aí, que muitos mortais não conseguem entender. Essa novilíngua segue na contramão do nosso tradicionalismo latino, no qual se abusava do "*rebus sic stantibus, nemo propriam turpitudinem alegare potest, venire contra factum proprium, in hoc signus vinces, ridendo castigat mores"* e tudo a que se tinha direito, cunhado pelos romanistas.

No outro extremo, um segmento da população precisa de advogado que seja uma espécie de clínico geral, para atender a uma clientela de recursos limitados, em temas menos sofisticados, como pequenas heranças, contratos de aluguel residencial, concessão de fiança, solução de um problema trabalhista. Esta questão pode se avolumar com a extensão dos direitos previstos na CLT às empregadas domésticas, para citar alguns.

Em qualquer caso o cliente deve ser tratado com respeito e dignidade. Se para os advogados pode se tratar de mais um cliente, do lado deste a sua pretensão pode ser o *caso da sua vida*.

Muita gente procura os cursos jurídicos em busca da preparação para alcançar um cargo público, tanto mais valorizado quanto mais a economia entra crise porque, afinal de contas, nestas horas um salário certo e a segurança do *"emprego"* pesam mais do que qualquer outro argumento.

Pensando na preparação de *fregueses* tão diferenciados, pergunta-se se deve haver uma grade única nos currículos de direito ou se cada faculdade poderia organizar o seu, na busca de uma determinada clientela e, até mesmo, dadas as peculiaridades sociais do local da sede, por exemplo. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, diria alguém.

Por mais determinado que um vestibulando de direito possa ser, já tendo em vista desde o ingresso na faculdade um objetivo delineado para a sua futura vida profissional, sabe-se que neste mundo a única certeza é a da morte, exceto para alguns políticos que pensam sobre si mesmos em termos de eterna eternidade. Esqueçam. Nós costumamos dizer que nascer é uma doença mortal incurável. Neste sentido, um bom planejamento inicial pode equivaler a um erro total no final da jornada.

De qualquer maneira, pensamos que os cursos de direito devem contemplar, na sua estrutura curricular, disciplinas que ofereçam base uniforme aos seus alunos, que seria a mesma em todo o país, associada à possibilidade de escolhas feitas na busca da formação direcionada para certos mercados. Deve-se reconhecer que há o perigo de que, no caso em que este direcionamento venha dar-se em detrimento de uma formação genérica básica, mas esteja focado em determinada área, consumar-se um risco muito sério. Isto porque teremos profissionais preparados para atuar em setor no qual não se acomodou e que não encontrará espaço para trabalhar por ver-se despreparado para enveredar por outros caminhos.

Mas qual poderia ser o fundamento jurídico geral para a formação de um advogado competente? Simples, aquela que lhe dê uma *Weltanshauung* (visão do mundo). Não somente do mundo jurídico, mas de toda a sociedade em que vive e atua. Tullio Ascarelli ensinou que, em qualquer atividade, deve-se conhecer o mundo em que vivemos especialmente aquele no qual pretendemos exercer a nossa atividade profissional, o nosso trabalho.

Falemos primeiro de pré-requisitos. O aluno de direito necessita chegar à faculdade portando conhecimentos que lhe proporcionem penetrar em um mundo novo, geralmente desconhecido mesmo em sua expressão mais singela. Nas grandes cidades os alunos das classes B e A saem direto da barra da saia da mãe ou da babá para a faculdade, passando a viver uma realidade que desconhecem inteiramente. Alguns deles jamais tomaram um ônibus ou usaram o metrô anteriormente. E muitos continuarão assim. Portanto, vivem numa bolha, sem ter tido vivência da sociedade da qual se encontram segregados. Seria essa uma situação do tipo *"nós"* e *"eles",* marcada por determinada corrente política bem conhecida no Brasil.

Primeiro, advogar é escrever. E escrever bem, de forma objetiva e clara. Isto, é óbvio, envolve o domínio do idioma, no caso a língua portuguesa, *última flor do Lácio, inculta e bela*, como já disse o poeta. Aqui reside um problema muito sério, porque o ensino do português é, na escola pública, uma nulidade, sendo somente bem feito nas melhores escolas privadas. E a proliferação de faculdades de direito que facilitam (por que não dizer, escancaram a porta?) o ingresso de alunos leva-os a começarem um curso sem condição de ler e entender o texto jurídico mais simples e, pior ainda, de escrever alguma coisa lógica, inteligível e sem erros de gramática. Em casos de litígio, há uma mensagem que deve ser transmitida ao juiz e se o transmissor não consegue fazer-se entender, perderá o caso, por mais razão que tenha seu cliente. Até mesmo porque a sua petição inicial poderá ser considerada inepta pelo juiz. E em face de redação de instrumentos contratuais, vínculos de execução continuada ou diferida, o clausulado não pode resultar em armadilhas futuras.

Desta forma, se não for o caso de se ensinar português nos cursos jurídicos de forma direta, que seja feito indiretamente numa disciplina que poderia ser chamada de L*inguagem e Escrita Jurídica.*

Professores durante décadas naquela que é considerada a melhor escola de direito do Brasil, nós tivemos também experiências sofridas em outras faculdades, nas quais ingressamos porque, juntamente com outros colegas, nos era prometido dar início a um curso de qualidade. Ledo engano. Fomos vítimas de um *"estelionato"* pedagógico. Afirmo isto para lembrar a oportunidade em que um de nós deu zero na prova de um aluno. Este fez um pedido de revisão em 15 linhas, nas quais foram encontrados 22 erros de português. Fazendo um curso aos trancos e barrancos, alunos como este podem completá-lo para depois serem reprovados no exame da OAB ou, depois de muito tempo fazendo *cursinhos de remendo*, virarem advogados sem a base necessária.

Ao tempo em que fizemos vestibular constavam do programa provas de psicologia e de lógica, o que se aprendia no antigo curso clássico, que, juntamente com o científico, formavam o conjunto de áreas do segundo grau. A primeira disciplina talvez não fosse tão importante naquele momento, mas a lógica é instrumento fundamental na vida jurídica. Isto porque a defesa de um argumento útil ao cliente se faz por meio de um raciocínio lógico, especialmente o silogismo: premissa maior, premissa menor e conclusão. Uma peça jurídica eficiente não pode ser a soma aritmética de argumentos que não conversam uns com os outros, técnica que os alunos relapsos usam muitas vezes em suas provas, conhecida como *embromation.* Um advogado não pode usar de *embromation* diante do juiz. Nem deve fazê-lo em prejuízo de seus clientes.

No tocante à lógica, o problema pode ser consertado logo no primeiro semestre do curso, mediante disciplina que seja pré-requisito para o progresso do aluno. Precisamente o primeiro ano do curso jurídico deveria ser a oportunidade para dar aos estudantes o conhecimento mínimo necessário à compreensão do direito. Esta premissa pode ser considerada uma blasfêmia numa sociedade que deseja superar barreiras com pressa e sofreguidão porque muito provavelmente levaria à necessidade de se aumentar o tempo do curso de direito para seis anos. Ou manter os cinco anos, mas se exigir que os três anos iniciais sejam feitos com dedicação exclusiva, tal como já acontece com algumas faculdades.

Não se pode supor que o funcionamento da cabeça do aluno seja igual à memória de computadores, que imediatamente guardam tudo o que neles é registrado. O ser humano precisa de tempo para aprender e isto significa também *digerir o que aprendeu*, ou seja, considerar a enorme carga de informações que recebe de modo crítico, de maneira a poder avaliá-las. Caso contrário deturpações perturbadoras se multiplicarão. Tem gente que até hoje acredita na existência da *Área 51* nos Estados Unidos, onde teria pousado uma nave alienígena, o que tem rendido uma profusão de documentários completamente idiotas voltados para demonstrar tal *tese.* Como se vê, falta informação, mas falto principalmente juízo crítico.

Esta visão, além dos pontos acima já nomeados, decorre também do fato de que o direito passou a se espraiar nestes últimos vinte anos por uma nova, extensa e complexa rede de conhecimentos, ligados ao progresso da economia, da engenharia, da medicina, da biologia, das preocupações com o meio ambiente, etc.

Hoje o direito tem uma vertente com a medicina nos efeitos jurídicos da morte cerebral. Está intimamente ligado à economia, de forma ~~a~~ que se fala em uma disciplina nova, *direito e economia* (que vem de *law and economics* do direito anglo-norte-americano). Os chamados *alimentos transgênicos* já foram objeto de estudo e legislação. O direito ambiental é uma realidade própria com os seus princípios particulares, originados da valorização dos sistemas de

preservação da vida, da saúde e da natureza. *Life science é uma área* que exige um conhecimento cada vez mais especializado. E assim por diante.

Estamos falando de novas especialidades que penetraram o direito de forma rápida e intensa nas últimas décadas e que somente podem ser compreendidas dentro do sistema jurídico na medida em que o estudioso for portador de retaguarda de conhecimentos fundamentais sobre os quais temos insistido neste texto. Esta retaguarda faz a diferença entre o engenheiro que projeta uma nova locomotiva e o antigo empregado da companhia de estradas de ferro que batia nas rodas do trem com uma marreta sem saber por que, fazendo isto meramente porque assim aprendeu do seu antecessor.

Deve-se também levar o aluno a aprender a história do direito, para perceber que não foi o legislador de hoje que o construiu, mas que resulta de uma longa evolução social, diferente conforme a origem de cada sistema. Nós conhecemos um pouco a nossa fonte que é o direito romano (geralmente muito mal ensinado), mas nada sabemos a respeito das fontes e da construção de outros ordenamentos, exceto, um pouco mais, do direito anglo-norte-americano~~s~~. Sob este ponto de vista pensamos que o direito romano deve deixar de ser uma disciplina isolada para tonar-se somente um capitulo – por mais importante que seja – do todada história do direito.

Vamos agora à sociologia. O direito presta-se a regular a vida em sociedade, o que é evidente. Desta forma o legislador deve compreendê-lo a partir de toda a experiência passada, o presente e sua projeção para o futuro. Muitas leis não pegam porque muitas sociedades ainda não estão preparadas para aceitá-las, mesmo que seus princípios sejam comuns em outras. A imposição abrupta de novas regras sociais faz crescer algum confronto latente, muitas vezes levando à quebra da ordem social. É preciso dar lugar a essa disciplina como fundamento do ensino jurídico.

A ciência econômica deve habitar os primórdios do aprendizado jurídico. Lembre-se da famosa frase diante de um quadro político nos EUA *"É a economia, estúpido*[52]*".* Em poucas faculdades se transmite um conhecimento básico de economia, naquilo que ela interessa ao direito, notando-se uma relação cada vez mais estreita. Nas verdadeiras universidades nas quais os cursos estão integrados nos mesmos *campi*, este problema é fácil de resolver, organizando-se matérias em dois cursos ou mais cursos que se completem. Neste caso não seria necessário o deslocamento dos professores ou dos alunos para faculdades distantes umas das outras, como é o caso da Faculdade de Direito da USP, que fica no centro de São Paulo, enquanto a de Economia está no *campus* do Butantã. Vale o mesmo para Medicina e Saúde Pública, ainda que mais próximas da Faculdade de Direito.

Ainda dentro do estabelecimento de condições preparatórias para o bom aprendizado do direito, devem ser colocadas, logo no início do curso, noções introdutórias de contabilidade, que permitam ao advogado saber ler um balanço de forma crítica e, ao meno, compreender o funcionamento das contas dos livros contábeis. Isto o tornaria capaz de entender, por exemplo, as normas da Lei de Sociedade Anônimas sobre as Demonstrações Financeiras e tirar eventuais dúvidas com contadores e auditores. Vivemos um tempo intenso de atividade empresarial e de empresários e somente com esta base será possível conversar com um cliente empresário e colocar o seu problema no mundo do direito.

---

[52] Como se sabe, na campanha presidencial de 1992 nos Estados Unidos, James Carville, então assessor da campanha de Bill Clinton, criou a frase "É a economia, estúpido!". Mais preocupados com a crise econômica do que com a (aparente) vitória de Bush pai na Guerra do Iraque, Bill Clintou foi o vitoriososo.

Resumindo as propostas até agora, na fase inicial do curso deveriam as faculdades de direito adotar as disciplinas linguagem e escrita jurídicas; sociologia, história do direito; lógica; economia; contabilidade e relações do direito com outras ciências, em uma visão abrangente.

O passo seguinte seria ministrar a teoria geral de todas as disciplinas jurídicas históricas: direito civil, direito comercial, direito penal, direito administrativo, direito tributário, direito internacional, etc., as quais seriam obrigatórias em todas as Faculdades. E com carga mínima adequado ao seu objeto, não uma enganação *"resumida"* que não leva a nada.

Seguindo adiante, teriam lugar disciplinas específicas, optativas, dentro de certos núcleos de interesse que as abrangessem de forma lógica. Não poderia haver completa liberdade de escolha por parte dos alunos, pois esta liberdade poderia levá-los, por preguiça, acomodação ou preferência de horários a montarem um curso completamente errático. Por exemplo, colocar crimes contra o sistema financeiro ao lado de biologia molecular e seus efeitos jurídicos.

A impossibilidade de se exigir tempo integral para os alunos dos cursos noturnos (que necessitam trabalhar durante o dia), faria necessariamente com que eles se estendessem para seis anos, com aulas também aos sábados. Paciência. Ou as coisas são feitas de forma adequada ou é bom nem começar para não se permitir a formação de "*meio advogados"* ou de "meio bacharéis em direito"*,* os quais fariam uma grande confusão pelo uso de conhecimentos incompletos.

A manutenção do exame da OAB é essencial com o mesmo conteúdo para todo o Brasil, porém sem privilegiar direito público e processual sobre o direito material. Isto porque a mobilidade dos brasileiros já é uma realidade há muitos anos. Nós, por exemplo, já tivemos alunos no curso de pós-graduação, além de São Paulo, de outros oriundos de vários estados do Brasil, como Ceará, Rio Grande do Norte, Piauí, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul. Somente uma mesma base de primeiro e segundo graus, que se reflita nos cursos de direito é capaz de dar igual oportunidade de fazerem mestrado ou doutorado a pessoas vindas de tantas partes deste imenso Brasil.

Outra crítica, por mais desagradável que possa parecer. O sistema de cotas precisa ser abolido. Na universidade o único critério que pode prevalecer é o da meritocracia. A manutenção e a ampliação do critério de cotas por cor, etnia e/ou condição econômica perpetuará as universidades brasileiras como pertencentes quando muito ao segundo mundo, com nenhuma delas classificada entre as cem melhores. Veja-se o exemplo de países que há quatro décadas estavam na parte de baixo dos emergentes (eufemismo para se referir ao *terceiro mundo*), como a Coréia do Sul e a China. Hoje a Coréia do Sul faz parte do primeiro mundo, enquanto a China tem ilhas de primeiro mundo. Afinal de contas, quanto a esta última, com o tamanho de sua população, não dá para superar barreiras históricas em pouco tempo. Nada obstante a China tem duas universidades classificadas entre as dez melhores do planeta. De qualquer maneira, o mérito e o potencial dos alunos foram os únicos critérios que os levaram a alcançar esse grau de excelência. Sem contar, também primordialmente, que naqueles países os professores também são valorizados e somente progridem pelo sistema meritório.

Como professores de pós-graduação, se nos for imposto escolher um aluno por sua origem étnica ou classe social, preferiremos não escolher ninguém. Isto porque, isto, em primeiro lugar, seria uma violência contra a nossa liberdade na qualidade de orientadores. Em segundo lugar, o ingresso daquele candidato no curso, na condição de portador de um nível de conhecimento abaixo dos demais colegas, somente servirá para fazê-lo sentir-se ainda mais diminuído porque não conseguirá compreender os programas a serem desenvolvidos e, muito menos, fazer parte de seminários em igualdade de condições ou de apresentar trabalhos

razoáveis. Ou pior, levará à baixa de qualidade da formação da turma. E, nesse cenário, sua reprovação é mais do que provável, a não ser que se dê em condições de favorecimento pessoal indevido.

No mestrado da USP em Direito Comercial, por exemplo, é exigido o conhecimento de uma língua estrangeira, que não seja o espanhol. Digamos que o cotista foi aprovado em inglês. Mas se ele não tiver acesso ao italiano, ao francês e ao alemão, (e, claro, ao espanhol), sua capacidade de utilizar bibliografia de qualidade e diversificada ficará extremamente limitada.

Alguém já disse que nas escolas os professores fingem que ensinam e os alunos fingem que aprendem. Sempre fizemos força, dentro das nossas limitações pessoais, no sentido de que este comportamento não tenha sido a nossa marca como professores. Mas, da forma como as coisas têm andado nas universidades, com raras exceções, este está sendo o padrão geral, especialmente quando são abertas universidades a toque-de-caixa, por todo o território nacional, algumas delas com alunos, mas sem professores. Nem o *fordismo*, método que permitiu fabricar carros em massa, poderia encher as salas de aula com professores saídos de linhas expressas de fabricação. E a este respeito não sejam confundidas as coisas: um excelente juiz ou um excelente promotor nem por isto serão excelentes professores, para serem captados pelos donos de faculdades plantadas pelos rincões do Brasil.

São estas algumas ideais ilusórias para a reformulação dos cursos de direito. Mas quem não tem sonhos, verdadeiramente não vive.

O STF DA TERRA DE MALASARTES E SUAS *"FILIAIS"*

("Audentes fortuna juvat" – "A fortuna favorece os que ousam" – "Eneida", de Virgílio)

- 24 de julho de 2018 -

Na *Terra de Malasartes* o sistema Judiciário tem em sua cúpula o *STF – Subalterno Tribunal Federal* e, sob ele, operam outros tribunais menores, alguns que podem ser chamados de *filiais*, uma vez que seguem as orientações que vêm de cima. Não, não estamos falando de uma orientação técnica, baseada em precedentes, mas de natureza política, na qual o direito entra como servo e não como senhor. Segundo doutrinadores, tal orientação nem sequer viria do alto dos membros daquele STF como fator mandamental, mas ela permearia a atuação de certos segmentos do Judiciário daquele país segundo uma cultura disseminada por um sistema de contaminação do tipo bacteriano, que traz o perigo de uma infecção generalizada.

O termo *subalterno* daquele STF tem a ver, portanto, com a obediência a inclinações políticas de alguns dos seus membros, que não seriam jurídico-políticas, nem político-jurídicas, uma vez que o termo *jurídico* de que se fala tem uma aplicação completamente desligada do seu significado técnico, próprio da Ciência do Direito. O uso de um *pseudo* direito está mais próximo da arenga que tiveram o Leão e o Cordeiro na conhecida fábula de La Fontaine.

Naquela fábula o leão avistou um cordeiro bebendo água no riacho no qual havia chegado, destacando-se que o cordeiro se encontrava em uma posição abaixo daquela do rei dos animais, ou seja, a água que o leão bebia chegava ao cordeiro depois de que aquele tivesse se dessedentado. Ou seja, o leão estava a *montante* e o cordeiro a *jusante*. Em resumo, o leão acusou o cordeiro de sujar a água que bebia e, diante da negativa fundada na evidência, alegou que se não fosse ele, cordeiro, teria sido seu irmão. Mas o cordeiro era filho único, argumento que não foi levado em conta e o cordeiro terminou dentro da pança do leão.

Na fábula não se fala de defensores do cordeiro, causídicos preparados para um enfrentamento com o leão. Muito menos há qualquer referência a um órgão controlador da fome desmesurada do leão, um CSML – Conselho Superior da Magistratura Leonina. Mesmo que houvesse, temos certeza de que o leão não seria punido. Nunca ouvimos falar de *impixe* desse tipo de leão. E, convenhamos, depois que a vítima foi digerida, o que se poderia fazer, a não ser exéquias com honra?

No tocante ao STF da *Terra de Malasartes*, nas decisões de alguns ministros, certos tipos de *cordeiros jurídicos* serão devorados de qualquer maneira, não importando obediência a todo e qualquer princípio, seja ele de direito material ou processual. Isto porque existe *algum tipo de fome* a ser saciada, cuja origem encontra-se fora do contexto da relação jurídica que se estabelece entre o cordeiro, seu acusador e o direito. Que tipo de fome será essa? Não sabemos, mas é provável que a causa esteja na genealogia do leão, ou seja, como ele virou leão naquele espaço? Ele assumiu uma dívida para comprar o espaço onde bebe a sua água, de maneira a ter ali uma cadeira cativa? Essa dívida será um dia resgatável, de maneira a que a fome do leão passe a ter uma origem interna e não externa? Nesse contexto alguns intérpretes chamados de ingênuos dizem que não, que o agir do leão vem de suas próprias convicções digestivas e não foram neles plantadas por terceiros. Não há resposta, mas como debaixo do sol não há segredo que um dia não chegue à luz, quem sabe poderemos satisfazer nossa curiosidade no futuro?

Foi pensando nessa situação que eu me lembrei de Turno, personagem criado por Virgílio em sua Eneida, chamado de *audaz* pelo poeta, porque tomou a iniciativa de encetar uma batalha contra o herói Eneias. *Sim*, disse Turno, a *Fortuna favorece os que ousam*. E ele seguiu em frente, não tendo se dado nada bem no final[1]. Na verdade, a Fortuna foi propícia ao intrépido Eneias, vindo da distante Tróia para fazer o seu nome na *Bota Latina*.

No latim de Virgílio temos o uso do termo *audentes*, a respeito do qual eu peço licença para entender traduzível de duas formas, *audaciosos* e *audazes*, cada uma com significado diferente da outra. *Audaciosos* seriam aqueles que tomam uma iniciativa cheia de perigos intransponíveis, em relação aos quais a derrota seria certa. Sua ação não apresentaria algum fundamento factível. O evento danoso a ser enfrentado ficaria no campo da certeza e não do risco. Nessa interpretação estariam presentes elementos de negligência, imprudência e imperícia de nível tão elevado que passariam para o campo da materialidade incontornável.
Já *audazes* seriam os que tomam uma iniciativa corajosa, de alcance do tipo "*missão impossível*", mas conhecem os perigos à sua frente e acreditam que eles são superáveis. Analisam as circunstâncias, as pesam e seguem adiante conscientes de que há um resultado valioso a ser alcançado. Mais ainda, o audaz perseguiria uma causa meritória, enquanto o audacioso agiria em favor do seu próprio egoísmo ou do de algum "*protégé*".

Nessa nossa tentativa de uma nova construção semântica eu diria que Napoleão Bonaparte foi *audacioso* quando invadiu a Rússia no inverno, enquanto os astronautas da NASA foram *audazes* quando seguiram para a lua nas suas naves.

No nosso entendimento, alguns ministros do STF da *Terra de Malasartes* agem de forma audaciosa em seus julgamentos e um dia a conta a pagar chegará inexorável, qualquer que seja a sua forma. O mesmo acontecerá com os julgadores integrantes das *filiais* desse STF e, se arrependimento matasse – a não ser que muito estejamos enganados -, teríamos já um óbito, ocorrido a contar de um episódio ainda bem fresco na memória dos cidadãos da *Terra de Malasartes*, que pode ficar conhecido como o "*Puxa-Puxa de Puerto Contento*", cidade esta do sul daquele país. Essa história será registrada nos anais da *Terra de Malasartes* na categoria de tragicomédia, mais para *comédia* do que *tragi*, porque os seus anti heróis *deram com los burros em la agua*, falando aqui em bom portunhol. E tudo aconteceu porque três aloprados, da Guarda Vermelha do Cardeal Richeliula resolveram tentar um golpe baixo para tirá-lo da prisão onde se encontra cumprindo pena relativa a uma condenação por crime de gula imobiliária litorânea descontrolada.

Uma pergunta não deixa de cutucar a nossa cabeça? Onde estariam os demais membros do STF da *Terra de Malasartes*? Todos eles são contados entre os audaciosos? Não há qualquer deles do lado dos audazes? Pretendem eles um dia fazer um *upgrade* do nome daquele tribunal para *supremo*? É estranho que na conta daquele tribunal o *número três* vale mais do que o *número oito*. Ou, mesmo, do que o *número cinco*. E o *número onze* nunca foi visto inteiro. Tem algum erro nessa aritmética. Pior ainda, o *número um* tem reinado muitas vezes sozinho, sem qualquer contraste, altaneiro como um abutre singrando os ares, acima das montanhas geladas da *Terra de Malasartes*. Esse número um devora as suas vítimas, nada deixando para as outras aves da mesma espécie. É um abutre insaciável, classificado como *avis monokrática*, espécie que era rara, mas anda se multiplicando muito ultimamente.

E enquanto alguns magistrados daquele mínimo tribunal bombardeiam o direito (tal como os venezianos que destruíram o *Partenon* em Atenas com um canhonaço), os cidadãos da *Terra de Malasartes* se enxergam desanimados, sem esperança, pagando a conta incalculável que lhes deixou uma dupla de ogros malvados, que, ovíparos, chocaram os seus ovos por todo o país, alimentando os filhotes não com boa refeição, mas com uma ração barata.

Desesperançados, muitos *malasarteanos* têm ido embora da sua pátria de nascimento, deixando para trás quem não pode ou não tem coragem de os seguirem. Muitos seguem para o acolhedor Portugal onde procuram um espaço para ganhar a vida. Mas existe certa elite desta *Terra de Malasartes* que também gosta de ir à terrinha lusitana para passear, curtir imerecidamente os restaurantes, tomar um "*Pera Manca*" e adoçar a boca com pastéis de Belém. Sabemos quem são.

Por aqui, "*Ordem e Progresso*", não mais. Em seu lugar "*Desordem e Retrocesso*".

Ave!

_____

1 Admirador da Ilíada e da Odisseia de Homero, Virgílio escreveu esse poema épico como continuação histórica dos dois poem32as gregos, no qual defende a tese de que fundação de Roma tem origem em refugiados da Guerra de Troia, destacando-se entre eles o herói Eneias. Turno era um rei latino, que se tornou inimigo daquele. O texto citado no original é: *"Audentes fortuna juvat".*

UMA MODESTA ODE AO ALCAIDE DE SÃO PAULO: O GRANDE HERÓI DAS CICLOVIAS

- 11 de dezembro de 2014 –

Nota - Em um ato de muita *maldadd* o eleitor defenestrou esse ocupante da Prefeitura de São Paulo, classificado entre os piores que já estiveram à sua testa (em disputa muito acirrada, como se sabe). Ele foi embora e deixou o problema para nós outros. Não sei se já ocorreu em outras ruas dessa cidade, mas um vizinho do meu prédio foi atropelado por uma bicicleta que descia a rua em direção ao Parque da Água Branca. Culpa do pedestre, claro, porque ele somente olhou para os carros que subiam a rua e não se preocupou (tal como um rato de experiência de laboratório, sempre acostumado a um roteiro fixo) em olhar para o seu lado direito, de onde veio o ataque. E, também como pode estar acontecendo em outras ciclovias da cidade, por aqui passam por dia dez bicicletas, se tanto. E o problema se tornou maior por outra razão. Ao lado delas estão trafegando também ao lado dos pobres pedestres a novidade dos patinetes elétricos. O atual prefeito está aumentando a rede de ciclovias e ciclofaixas a um custo bastante caro, cabendo perguntar qual a relação custo/benefício. No caso já referido da rua em que mora este autor, passados cinco anos da publicação deste artigo, contam-se com boa vontade 50 bicicletas por dia passando por aqui. Como meio de locomoção não se trata de grande coisa, pois aqui a rede liga o nada a lugar nenhum. É estritramente local. O autor procurou informações no site da Prefeitura sobre o atual custo das ciclovias (jan/20), mas não as obteve. De acordo com matéria da Veja São Paulo de 01.06.17 seu custo era em média de R$650 mil por quilômetro.

O prefeito de São Paulo merece todos os encômios porque ele está dando à cidade o maior presente que ela já ganhou desde que José de Anchieta botou seus pés por aqui. As ciclovias que alegremente estão se espalhando pelas ruas e avenidas da nossa capital são tudo o que precisávamos. No meu caso foi uma completa surpresa. Viajei por dois dias em um fim de semana e quando voltei, lá estava uma bela ciclovia na porta do meu prédio. Que maravilha!

Vejam que se fala de surpresa quanto às ciclovias e seu traçado somente para nós os simples mortais. O senhor prefeito e sua equipe certamente já vinham estudando esse projeto desde criancinhas e se tiveram já que fazer algumas adaptações no seu traçado, foi simplesmente por causa da reclamação infundada de alguns comerciantes argentários, que somente pensam em ganhar dinheiro, na contramão do interesse público.

Há um grupo de gente rica inconformada (bando inútil de coxinhas que só serve para pagar impostos), que não deseja abrir mão do luxo dos seus automóveis, lutando contra a modernidade e se mostrando a favor do caos no trânsito e da poluição que aumentam cada vez mais. Mas os inimigos das ciclovias estão errados, basta ver alguns dos benefícios dessa iniciativa sem par (e sem ímpar).

Dizem os inconformados que não foram avisados da chegada das ciclovias para que pudessem defender os seus interesses egoístas. Eu também não sabia de nada, mas presente é assim mesmo. Tem que ser de surpresa. Se este não pode ser devolvido, paciência.

Vejam o meu caso. Beirando os setenta eu serei obrigado a largar uma vida sedentária e passar a usar a bicicleta para o trabalho (ainda não deixei este vício) e lazer. Desta forma minha

saúde certamente ficará muito melhor. Não importa se enfrentarei calor, chuva ou frio. É só uma questão de adaptação e de boa vontade.

Vejam lá. Bem cedinho, quando for dar aula nas Arcadas eu pegarei minha *bike,* descerei a minha rua até a Francisco Matarazzo e virarei à direita rumo ao centro. Dobrarei à direita no Largo do Arouche, pegarei a São Luiz, passarei pelo Teatro Municipal e pronto, cheguei à Faculdade.

Deixarei a magrela no antigo estacionamento dos carros e, como estarei um pouco suado, eu tomarei um banho no chuveiro que o Diretor providenciará, pegarei o meu terno que terei deixado guardado no meu armário e irei feliz para a minha aula. Só preciso sair uma horinha mais cedo, já que de carro eu faço o mesmo trajeto em 15 minutos pelo Minhocão.

Depois da aula eu seguirei para o escritório na Paulista. Tiro o terno, boto outra vez a minha indumentária de ciclista, desço a Riachuelo até o Anhangabaú e pego a Nove de Julho. Terei apenas um probleminha, que é a subida para a Paulista, um pouco íngreme. Sem problemas, o senhor prefeito certamente colocará uma cremalheira na base da Nove de Julho, onde engatarei a minha bicicleta, o que me permitirá chegar ao MASP. Pronto, mais dois palitos e estou no escritório. Deixo a bike no estacionamento, tomo outro banho, troco de roupa (precisarei ter um guarda-roupa variado para os clientes não pensarei que sou desmazelado) e estou pronto para o trabalho. Na volta para casa é só alegria, pois será uma pequena viagem até Perdizes, pegando a Paulista, a Dr. Arnaldo, a Cardoso de Almeida em uma amigável descida e estarei de volta ao lar.

Seu eu fizer o contrário, ou seja, primeiro o escritório e depois a Faculdade, precisarei somente de uma cremalheira para subir aquela ladeirinha que começa no Pacaembu até chegar à Dr. Arnaldo.

Somente vai ficar um pouco complicado o dia em que eu tiver de visitar um cliente no Centro Empresarial que fica prá lá de Santo Amaro. Mas bastará sair umas três horas mais cedo do que o horário da reunião, tomar bastante água no caminho e esperar que o cliente também tenha um chuveiro para que eu possa tomar um banho, caso contrário o odor do recinto poderá não se tornar muito agradável. E também não tem problema com a roupa. Eu sempre poderei levar um terno na minha mochila para me trocar, não me esquecendo de um bom desodorante e de uma colônia refrescante. Nesse dia eu chegarei um pouco tarde em casa, na volta, mas nada que não compense o bem público que deve ser buscado por todos os paulistanos.

Tenho outra solução. Posso ir de *bike* até a estação Barra Funda do Metrô, entro com ela no vagão, juntamente com centenas de outros adeptos desse insigne meio de transporte e sigo até a Praça da Sé, dando um jeito de subir com o meu veículo as escadas rolantes. Fácil, Fácil. Da Faculdade para o escritório eu posso pegar de novo o metrô na Sé, descer no Paraiso e seguir pela Paulista. Nenhum problema.

Tem outro benefício que os inimigos do senhor prefeito não estão enxergando. Eu não terei condições de receber mais visitas na minha casa, a não ser que elas venham de bicicleta, metrô ou ônibus. Acabaram as vagas de automóveis na rua e os estacionamentos (nada baratos) estão cheios de dia e de noite fecham lá pelas onze horas. Assim sendo, não precisarei tolerar parentes e amigos chatos que vêm filar minha comida e minha bebida, especialmente aquela cunhada chata. Mesmo porque está difícil fazer compras por perto, já que não se pode mais parar de carro na frente das lojas. Ficarei então tranquilo em casa com minha cara-metade assistindo televisão.

Se um teimoso desejar aparecer de carro na minha casa, terá de procurar uma vaga bem longe da minha porta e, se for de noite, quando voltar para pegar o carro, se ele ainda estiver por ali, será certamente assaltado. Bem feito, quem mandou não vir de bicicleta, que poderá amarrar com uma corrente no poste em frente ao meu prédio? Até os meus sogros que estão beirando os noventa podem muito bem fazer isto, vindo lá do Tucuruvi.

Ah, dirão os críticos, as pessoas mais idosas poderão usar os táxis. Claro, é só pagar por eles, pois certamente se multiplicarão pela cidade dado o aumento da procura. Menos carros particulares, mais taxis. Uma simples conta de trocar seis por meia dúzia.

Também poderei ir facilmente de bicicleta para visitar minha filha que mora do outro lado das Perdizes. Vai ser um pouquinho difícil. Todo mundo sabe que o bairro é defeituoso, cheio de ladeiras, metade para cima, outra metade para baixo, não sem bem por que. Poderia ter ladeira somente para baixo. Mas nada é impossível. Eu descerei a João Ramalho até a Apiacás, pegando uma subidinha à esquerda até a Bartira e virando à direita um pedaço. Ali até os carros sofrem para subir em primeira, mas eu já estarei suficientemente forte para que as minhas pernas e o meu coração possam dar conta do recado. Na volta a subida da João Ramalho até a Ministro Godoi poderá me criar certo aumento das batidas do coração, tudo muito bem controlável.

Eu só não entendo muito bem uma coisa. Lá em Brasília o governo central tem incentivado a indústria automobilística, isentando de impostos a compra de carros, multiplicando o crédito e fazendo com que estejam sendo construídas no Brasil algumas das maiores fábricas do mundo. Afinal de contas elas geram muitos empregos. E por aqui o senhor prefeito parece que os tornou os inimigos públicos número um da cidade. Deve ser uma ligeira falta de sintonia. Mas e daí? Eu posso ajudar o governo federal comprando um carro e deixando que ele fique guardado na própria fábrica. Num feriado prolongado ou nas minhas férias, por exemplo, eu posso ir buscá-lo de bicicleta para fazer uma viagem.

Alguém falou que algumas mães que têm filhos pequenos na escola terão dificuldades para levá-los e buscá-los de *bike.* Muito simples. Existem aquelas bicicletas compridas que podem carregar mais de um passageiro. E também será muito fácil adaptar nelas um side car, aquele acessório lateral que se costumava adaptar nas motos, como se via nos antigos filmes de guerra. Pronto, está resolvido o problema. Ali as crianças pequenas poderão ser facilmente acomodadas e o peso extra será somente um estímulo para que as mamães cuidem melhor de sua saúde.

Ah, mais uma coisa. Lá em cima eu falei do Minhocão, essa monstruosidade que nos foi legada por um prefeito desavisado. Os nossos bravos vereadores decretaram a sua morte no prazo de quatro anos. Felizmente poderemos nos livrar dele. Afinal de contas somente serviu para deteriorar a vizinhança, ainda que hoje seja usado por uma média de seis mil veículos por hora.

Derrubado o Minhocão, quem desejar fazer a ligação leste-oeste, terá as bicicletas, o metrô e os ônibus como substitutos aptos para toda essa gente. E o prefeito com toda a sua engenhosidade terá quatro anos de prazo para arrumar uma solução para o problema, junto com o dinheiro necessário.

Mas o custo de botar o Minhocão abaixo será muito alto. Milhões e milhões de reais, tendo ainda que se achar um lugar para depositar os milhões de metros cúbicos de entulho que surgirão de sua derrubada. Sem falar que o caos no trânsito local fará da confusão das línguas na antiga Babilônia uma brincadeira de criança. Que tal, então, transformá-lo em uma via exclusiva para bikes, toda colorida e ajardinada? De Aricanduva à Lapa serão só umas

pedaladas e os moradores não terão mais barulho nem poluição nas suas janelas. Até acho que eu deveria aproveitar agora e comprar por ali uns imóveis na baixa, esperando a grande valorização que certamente se seguirá.

Viva as ciclovias! Com elas São Paulo está se ombreando às cidades mais progressistas da Europa, como Amsterdã e certamente irá superar Nova York como cidade amiga das bicicletas. Se por lá não existe ladeira, estamos dando mais um exemplo de superação das circunstâncias que fazem dos paulistanos verdadeiros vencedores.

O imediato sucesso da adoção das bicicletas como meio de transporte de massa será tal grande que brevemente será necessário criar para elas a lei do rodízio.

O nosso prefeito e seus secretários estão dando o exemplo. Agora somente andam de *bike* para lá e para cá, por toda a cidade. Quando muito eles a trocam pelo metrô e pelos ônibus. Tchau. Minha magrela está me esperando com o meu cardiologista do lado.

Ave prefeito! Os que vão morrer ensopados nas chuvas vindouras, do coração, de gripe, de frio ou de insolação a bordo de suas *bikes* vos saúdam.

NOTA – Desafiando o tempo e os políticos, o Minhocão continua no seu lugar, impávido.

0S BUROCRATAS DO DIREITO VERSUS A BOA E A MÁ CRIATIVIDADE JURÍDICA

(31.07.19)

Os termos *burocracia* e *burocrata*, de acordo com o nosso *Aurélio*, significam o exercício da Administração Pública por funcionário, devendo este seguir *mecanicamente* as normas impostas pelo regulamento da Administração. Observe-se que atuação mecânica do burocrata foi posta como uma necessidade para que as relações da Administração Pública com o administrado sejam feitas segundo a lei, o que deve gerar segurança e certeza nesse ambiente.

No entanto, aqueles termos passaram a ter ao longo dos anos uma conotação pejorativa, porque se percebeu que a atividade administrativa pública se transformou em um suplício para os administrados, tendo seguido um modelo *kafkaniano*, que leva o administrado a percorrer labirintos intermináveis de exigências sem sentido, acarretando ineficiência absoluta e custos astronômicos. É relativamente a essa circunstância que se fala muito negativamente do chamado *Custo Brasil.*

A nossa intenção aqui não é a de destrinchar os meandros da Administração Pública, mas o de constatar que os seus defeitos burocráticos deletérios também se encontram no mundo jurídico. Boa parte dos *operadores do direito* trabalham de forma mecânica, repetindo

velhos chavões que se encontram em má doutrina ou em julgados preguiçosos[53], esquecendo-se do caso concreto e da evolução da sociedade, na qual se encontra mudança progressiva das instituições.

Não, não estamos defendendo que a tradição jurídica seja deixada de lado porque, especialmente no Direito Comercial, é nela que são verificados os seus fundamentos na construção dos mais diversos institutos, cuja essência deve ser preservada. Nem estamos defendendo a liberdade interpretativa irrestrita que se pode fazer em relação a normas abertas, muitas delas, por sua vez, destruidoras de fundamentos insubstituíveis. É o caso, por exemplo, da *função social do contrato*, tornada de forma desavisada como condição para o exercício da liberdade de contratar. E isto em detrimento da autonomia constitucional no plano da vontade, tendo se impingido ao contrato uma veste pública ou semi pública, encarregado ele sem o querer de consertar as mazelas da sociedade.

Dessa forma o operador do direito deve agir com criatividade, este o nosso segundo ponto neste artigo, mas tendo em conta que essa criatividade pode ser boa ou má. Vejamos o assunto, ficando restritos ao campo do Direito Comercial.

A ***criatividade boa*** é aquela que toma os institutos construídos no âmbito daquele ramo do direito para adaptá-los a novas realidades negociais, mas sem criar rupturas (desde que não tenham surgido mudanças ontológicas na base, o que na atividade mercantil é uma raridade), ou mudanças legislativas radicais, devendo tomar-se em conta a evolução das operações fundada dentro dos limites constitucionais a serem obedecidos pelo legislador. E este, sabemos aqui no Brasil, em muitas circunstâncias é o Executivo travestido de criador de normas por meio de medidas provisórias e de decretos impensados ou mal pensados.

Essa boa criatividade se expressa fundamentalmente na elaboração de novos contratos, frutos da autonomia privada, na qualidade de *contratos mistos*, ou seja, contratos que evoluem a partir de outros já conhecidos anteriormente, de forma a que novas necessidades da atividade mercantil possam encontrar o necessário respaldo por meio de tratamentos normativos atualizados. É o que ocorre diuturnamente e um exemplo não muito recente é inerente ao contrato de franquia, resultante da soma integrada de diversos outros contratos, dotado de *novas pinceladas* que o caracterizaram segundo uma diferente essencial.

A boa criatividade se expressa, ainda, no âmbito dos julgadores (Judiciário e árbitros) dentro de eventuais pendências entre as partes pelo reconhecimento de que as relações negociais são celebradas no âmbito dos *contratos incompletos*. Essa expressão alude ao fato de que não existe no mundo da realidade (exceto, em tese, nos contratos de execução bilateral à vista) algum contrato que tenha previsto em seu clausulado toda e qualquer circunstância capaz de resolver todas as questões que possam surgir na sua execução. E quanto mais longa for a execução do contrato no tempo, maiores serão as chances (podendo se dizer *certeza*) do surgimento de alguma circunstância não prevista e para a qual não foi, naturalmente, aparelhada qualquer solução.

Tendo que se resolver uma situação particular de contrato incompleto o julgador algumas vezes terá que ser criativo na busca da solução pertinente, devendo esta ser estabelecida em consonância com a história do instituto pertinente, observando-se a sua evolução ao longo do tempo e o *espírito* que revestiu as partes quando celebraram a operação.

---

[53] Julgados preguiçosos são, por exemplo, os feitos mediante a utilização automática de sentenças anteriores, em relação às quais o julgador não se aprofunda no estudo do caso concreto. Também dessa natureza são as decisões fundamentadas em enunciados, fruto do trabalho de *lobbies* durante *convescotes judiciários* periodicamente organizados e contra os quais este autor tem sistematicamente se insurgido porque eles passaram a ser aplicados no patamar superior como súmulas.

Tenha-se em conta que na atividade mercantil a experiência mostra que novos negócios são construídos mediante os fundamentos já existentes, adaptados às mudanças neles observadas, acrescendo-se algum elemento novo não discordante do todo, mas enriquecedor. Podemos parafrasear dizendo que também *no direito novo nada se perde, nada se cria, tudo se aproveita*. Ou seja, a coerência interna dos institutos é um fundamento essencial.

Do outro lado temos a **má criatividade**, cuja característica fundamental está na distorção dos institutos sobre os quais ela se aplica. E essa distorção se for muito intensa pode levar o doente à morte.

Em muitos casos a má criatividade decorre da atuação do legislador ignorante do campo da lei promulgada ou tomado de um viés jurídico/ideológico, de qual resulta a contaminação do instituto sobre o qual se volta a sua iniciativa, causada pela introdução de corpos estranhos que o levam à ineficácia relativa ou plena. Nesse plano nós conhecemos leis que não pegaram em vista do completo desacerto do seu objeto com a realidade negocial, no caso do Direito Mercantil. Por exemplo, a idealização dos grupos societários de direito foi feita de forma incompleta, por melhor que tenha sido a intenção do legislador e sua utilização é nula.

Outro defeito inerente à má criatividade está na concepção voluntariosa do legislador, o qual pensa que basta baixar uma lei para que o problema a ela correspondente estará automaticamente resolvido. Segundo essa concepção todos os destinatários obedecerão a lei de forma absolutamente passiva, sem qualquer resistência. Quando o ambiente é o de uma democracia o voluntarismo jurídico nada resolve. Basta lembrar o que tem acontecido com as normas editadas para reduzir as taxas de juros nas operações de crédito e o preço de mercadorias. Todas elas tiveram o cemitério normativo como o seu destino final, mas os efeitos foram tremendamente perniciosos

Negócios esdrúxulos também têm se erigido sobre a base da má criatividade. No mais das vezes eles são estruturados para o prejuízo da parte que não participou de sua elaboração ou nela teve um papel secundário. É claro que essas operações quase sempre se transformarão em uma pendência judicial ou arbitral, surgindo para o prejudicado um custo desnecessário e muitas vezes insuportável. E um problema grave se verifica quando o julgador *compra sem avaliar devidamente* a má ideia que deu origem àquele negócio.

Muito grave se coloca a má criatividade na esfera do Judiciário e, tendo em conta a eventual formação de uma jurisprudência que acate os seus resultados, o prejuízo para o Direito Comercial nos institutos correspondentes para os seus usuários é certo e definitivo. Um exemplo com o qual temos trabalhado é o do endividamento do produtor rural, que tem obtido o benefício da recuperação judicial sem o atendimento de norma fundamental que tem caracterizado historicamente esse ramo do direito, qual seja o do caráter constitutivo dos atos de registro do comércio.

Aliás, a recuperação judicial tem sido uma arena na qual recentemente a má criatividade tem se destacado de forma ímpar, tendo se verificado casos de distorção gravíssima de institutos do Direito Comercial, sob o pretexto do atendimento do princípio da preservação da empresa e de sua função social. Do jeito como as coisas vão, essa função social tem sido aplicada de forma tão ampla que, antecipadamente, podemos dizer que ela beneficiará marcianos quando a primeira nave terrestre chegar no seu planeta para ali se estabelecer uma colônia.

Um dos efeitos da má criatividade no campo acima é que garantias não são mais garantias, tendo se tornado um mero enfeite na Árvore de Natal das empresas recuperandas, sob as quais somente são encontrados presentes para os devedores. Com muita razão, claro,

porque os credores não foram meninos bonzinhos e, por isto, Papai Noel não os contemplou. Voltaremos a este assunto qualquer dia.

A LEI GERAL DA COPA E O CONTRABANDO DE *BONDADES*

- 12.06.14 -

O torneio mundial de futebol que se realiza a cada quatro anos e que terá lugar no Brasil no dia 12 deste mês tem sido criticado acerbamente por diversos motivos, um deles relacionado com os elevadíssimos custos que a sociedade brasileira terá de suportar direta e indiretamente, seja de imediato, seja no longo prazo.

Pouca gente terá percebido que no bojo da chamada *Lei Geral da Copa* foi contrabandeada a concessão de um benefício para os jogadores dos certames de 1958, 1962 e 1970. Não se sabe porque os jogadores das outras seleções campeãs também não foram contemplados. Dentro da desigualdade que a lei estabelece, surge uma subdesigualdade, o que seria injusto, descontando o fato de que tal *bondade* é mais um descalabro que cai sobre as costas do contribuinte brasileiro.

Nada contra a premiação aos jogadores que ganharam o tão cobiçado troféu. Todos sabem que um ex-prefeito de São Paulo deu a cada um à conta da Prefeitura (portanto às nossas custas) um automóvel Volkswagen, ato que foi objeto de ação judicial para o fim de anular aquela benesse. Mas tudo tem um limite e o dinheiro público que é arrancado da pele do contribuinte (que para pagá-lo trabalha cinco dos doze meses do ano, por enquanto) não deve ser usado dessa forma.

Vejamos.

O art. 37 da Lei Geral da Copa (em suas **disposições permanentes)** dispõe que é concedido aos jogadores, titulares ou reservas das seleções dos anos acima referidos um prêmio em dinheiro, além de um auxílio especial para jogadores sem recursos ou com recursos limitados. Isto significa dizer que são, na verdade, duas bondades. A segunda até que poderia encontrar uma justificativa de natureza social, mas a primeira é uma piada de mau gosto.

O prêmio em dinheiro é no montante de R$100.000,00, cujo total será o resultado da multiplicação pelo número de jogadores titulares e reservas daquelas seleções. Se forem 22 jogadores por seleção, teremos um resultado final de 66 jogadores vezes R$100.000,00, portanto, R$6,6 milhões de reais pagos pelo Tesouro Nacional. Uma bagatela, perto dos bilhões que a Copa está nos custando. Essa importância é devida aos sucessores daqueles que já tiverem morrido.

Ah, outra coisa, tal prêmio está livre do pagamento do imposto de renda e contribuiçao previdenciária. É limpinho, limpinho.

Suponhamos que alguns dos campeões daquelas Copas não tenham conseguido construir um padrão de vida digna durante a sua atividade e mesmo depois de se haverem se aposentado da sua profissão. Mais uma vez se poderia pensar em uma justificativa de natureza social para o prêmio em questão. Mas porque, então, não premiar também aqueles jogadores

ou seus sucessores que nos treinos oficiais da seleçao tenham sofrido lesões que determinaram a sua dispensa? Afinal de contas, estavam a serviço da nossa *Patria em Chuteiras*.

De qualquer maneira, sabe-se que alguns jogadores daquelas seleções ficaram milionários, não tanto por sua própria atividade (considerando-se que a valorização astronomica dos passes dos mestres da bola é uma realidade mais moderna), mas porque souberam utilizar a sua imagem em anúncios publicitários e porque desenvolveram outras atividades lucrativas, entre as quais as de técnico de futebol e comentaristas nos meios especializados. Desta forma, cem mil reais a mais ou a menos poderia para eles ser considerado *troco de padaria*.

O auxílio mensal especial também é uma afronta ao contribuinte brasileiro, ainda que justificado como retribuição das conquistas alcançadas por aqueles jogadores, extensivos a seus sucessores, na medida determinada pela lei ora comentada. Mas para uma população aposentada que vê a sua pensão minguar ano a ano por força da defasagem entre a inflação real e a oficial, isto representa uma enorme injustiça. E todo mundo sabe que a conta da previdência social não fecha.

Além de todas as distorções causadas pela péssima ideia de levar o Brasil a abrigar uma Copa do Mundo, juntam-se a elas essas duas benesses que nada têm a ver com o evento em si, décadas passadas depois daqueles três campeonatos.

Caro leitor, o seu bolso ficou ainda mais vazio.

NOTA: Eu não sei que fim levou essa história. Mas a tal copa trouxe para a seleção brasileira um presente da Alemanha, sete vezes valioso.

(XIII) INTERNET E NOVAS TECNOLOGIAS

INTERNET, DESCONHECIMENTO, CONHECIMENTO E CONHECIMENTO IRRELEVANTE

- 27.11.18 -

Desconhecer é nada saber. Uma pedra não sabe nada. Uma planta sabe se alimentar, crescer e multiplicar-se. Um animal sabe mais algumas coisas, mas tem lá os seus limites. Ao ser humano cabe conhecer, que é saber e, principalmente, saber o que importa. Mas ele também aprende como saber o que não tem qualquer relevância, ou seja, cultura inútil como dizíamos nós, os antigos. Mas o pior de tudo é o conhecimento falso. Isto já era velho, mas então veio a internet.

Internet, ora a internet, presente para sempre em nossas vidas por meio de um casamento mais indissolúvel do que a divisão de um elétron ao meio. Ela é uma verdadeira maravilha para a aquisição de conhecimento. Mas também insuperável na transmissão de conhecimentos *verdadeiramente* falsos e outros irrelevantes. Quanto a estes, ficar sem eles não representa qualquer decréscimo cognitivo.

Podíamos cogitar que a internet representaria apenas uma modernização da maneira pela qual as informações hoje circulam. Isto é verdadeiro, mas também podemos verificar que se trata de uma mudança não somente de grau, mas também de natureza. Antes a informação era encontrada principalmente nos textos escritos. Nos dias atuais ela está nos arquivos eletrônicos do disco rígido dos computadores, nas pen-drives, nos discos CDS e DVDs e na *nuvem*, que é um eufemismo para dizer "*lugar incerto e não sabido*" e somente revelada imaterialmente na tela do seu aparelho eletrônico, quando alguém a invoca com um *click*.

Uma grande mudança gerada pela internet está no fato de que alguém pode buscar uma informação (ou desinformação, como queiram) e dispará-la para milhares de pessoas imediatamente que, por sua vez, a fazem ricochetear pelo mundo eletrônico afora, sem saber o seu criador que fim ela levou. E a circunstância de que uma notícia circula eletronicamente e entra nos aparelhos de infinitos destinatários representa em si mesmo certo aspecto de que se trata de uma verdade e, como tal, ela percorre um caminho infindável. Experimente o leitor transmitir uma notícia sobre pesquisadores de uma universidade chinesa (é só um exemplo, não pensem mal) conseguiu criar dentes em uma galinha e que, desta forma, elas poderão comer milho direto das espigas, não sendo mais necessário debulhá-lo. Isto passa a ser uma *verdade verdadeira*, aceita por imensa quantidade de leitores.

Significa intuir que a internet extinguiu de maneira exponencial qualquer senso crítico de uma significativa quantidade de usuários, presas fáceis desse tipo de notícias que são veículos de sua circulação mundial, mais eficazes do que a viagem internacional de qualquer novo vírus.

Como elemento aglutinante desse fenômeno *internetal* nota-se que o ser humano passou por uma transformação biológica, tendo acrescentado ao seu corpo um membro novo, mais comumente chamado como *celular*. Já experimentou ficar longe dele, mesmo que seja para ir ao banheiro? Você o acessa de madrugada quando vai ao banheiro? Quando está longe dele você se sente incompleto? Não lhe está faltando alguma coisa no seu corpo, como um braço ou uma perna? E quem tem mais de um celular? Esse, coitado, fica mais doido do que barata que cheirou inseticida, girando de um lado para o outro sem saber que aparelho deve pegar primeiro.

Em relação aos celulares praticamente todos os usurários desenvolvem pavorosa crise de abstinência, não sendo capazes os donos (ele é que passou a ser nosso dono, reconheçamos) de deixá-lo dar o sinal da chegada de uma mensagem quando o ouvimos. E, neste caso, o *WhatsApp* se torna a maneira pela qual aquela informação seguirá imediatamente novos e insondáveis caminhos.

Nesse cenário eu vejo os livros desaparecerem progressivamente até que o último se desmanche de velho em suas folhas. Eu digo livro, livro, aquele de papel. Eu até aprendi a ler textos eletrônicos, inclusive livros. Mas, convenhamos não é a mesma coisa que ter nas mãos um conjunto de folhas de papel presas por uma capa. E com os livros desaparecerá a maneira mais segura que já existiu na transmissão do conhecimento. Isto porque a falsa literatura e a literatura irrelevante expressas em papel morrem logo. Os livros nos quais foi difundida deixarão de ser reeditados e aos poucos vão sendo esquecidos e até mesmo transformados em matéria reciclável para fins sem nobreza, mas necessários. Enquanto isto os registros eletrônicos são eternos, sem direito ao esquecimento.

Quer o leitor fazer um teste? Pesquise nas fontes de informação quais eram os livros mais vendidos de autoajuda há trinta anos, aqueles que eram os *tops* das prateleiras das livrarias. Veja também que fim levaram romances baratos de autores não menos insignificantes.

Ninguém mais os lê e nem mesmo bibliotecas os aceitam como doações. Enquanto isto os clássicos permanecem eternamente, revivendo a cada dia em novas traduções e versões. Imutáveis na letra, e insuperáveis como fonte do saber.

E o que é um clássico? Eu respondo dizendo que é um livro que um dia você revisitará com prazer, mais de uma vez. Pode ser uma peça de Shakespeare, mas também pode ser "Reinações de Narizinho", de Lobato. E quando você está sentado em sua biblioteca diante deles, olhando para aquelas capas tão conhecidas, sente um prazer inexcedível, antes mesmo de se dirigir para uma prateleira para acariciar um deles, pegá-lo e virar mansamente as suas páginas.

Nesse contexto, eu desejo conhecer e desconhecer o conhecimento irrelevante. Não é o caso quanto a este de ter medo de que o meu disco rígido fique cheio pela sua profusão indiscriminada. É que ele fica fazendo cócegas no cérebro e, de repente, pode contaminar o que nele tem valor. Amigos do *WhatsApp*, por favor me poupem. Caso contrário, terei de pedir demissão.

(XIV) Política comum e (Despolítica Econômica

SEU JOÃO MINEIRO E UMA NOVA BANDEIRA BRASILEIRA: UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL

- 09.10.2014 -

Seu João Mineiro é uma pessoa real, não inventada. Quem desejar a prova venha falar comigo para tirar a dúvida. Hoje ele mora em um sítio próximo a uma importante cidade de Minas, mais para os lados da Bahia, para aonde voltou depois de passar muitos anos em São Paulo, quando aqui deixou a primeira companheira e os dezoito filhos que dela teve, sobreviventes de uma ninhada maior.

Há sete anos, quando tinha os seus 65, Seu João Mineiro retornou às suas paragens e se casou de novo com uma moça de 22. Hoje ele tem 72, ela 29 e os dois somam mais cinco filhos. A segunda esposa é somente um ano mais velha do que o primogênito do seu João Mineiro. A nova família é sustentada por cinco bolsas-família e mais outras tantas bolsas-fralda. Haja filho! Os meio irmãos de São Paulo não sabem direito os nomes dos filhos da segunda leva, chamando-os conforme o tamanho de João 1, João 2, João 3 e assim vai. Para completar o gasto, seu João Mineiro tem um pequeno negócio onde vende pinga e cria umas vaquinhas de leite no sítio. O leite anda em falta porque a cerca quebrou e as vacas fogem para outras bandas onde algum malandro alivia os seus úberes cheios e deixa que elas voltem com eles vazios. Seu João Mineiro não conserta a cerca porque diz que os filhos de São Paulo não lhe mandam o dinheiro necessário.

E assim ele segue a vida até as próximas bolsas-família e bolsas-fralda. Se lhe perguntarem, ele dirá que esse dinheirinho das bolsas vem do Governo, não lhe passando pela cabeça onde o governo vai buscá-lo.

Do lado oposto um dos filhos do seu João que eu conheço dá um duro danado aqui em São Paulo para sobreviver, manter a família e progredir de alguma forma. Ele trabalha como motorista de taxi, às vezes virando 20 horas num dia. Ele mora em uma favela. De vez em quando dá uma fugida até em casa para ver a mulher e as duas filhas pequenas, cochilar um pouco e acompanhar seu pequeno negócio no qual a esposa vende pipas nas épocas próprias. Como a venda de pipas é sazonal, ele montou uma lojinha de roupas e nela agregou uma máquina de sorvete italiano. O negócio vai bem e precisou botar duas funcionárias para ajudar a esposa, especialmente quando ficou grávida (sem bolsa, a não se a própria). A loja é em baixo e a pequena casa onde vive é em cima. Já conseguiu comprar outra casinha ali perto para pagar em cinco anos (sem financiamento e sem qualquer bolsa), que vai alugar até ter o dinheiro para fazer uma reforma e se mudar de vez.

Bem, e o que isto bem a ver com uma nova bandeira brasileira? Pode deixar que eu conto.

Como se sabe, as bandeiras de todos os países procuram transmitir uma mensagem para quem as vê fundada nos valores que, ao tempo de sua elaboração, inspiravam os ideais ou pilares sociais da nação correspondente.

No caso do Brasil**,** nossa bandeira, nascida com a proclamação da república, nos dá pelas suas cores e símbolos uma representação de algumas das nossas características então julgadas principais, bem como a visão política dos seus idealizadores. Nesses termos, um pouco diferente do significado oficial, desde muito cedo aprendemos que o verde correspondia às nossas florestas; o amarelo às riquezas minerais, como o ouro; o branco ao ideal da paz, o azul ao nosso céu estrelado; e as estrelas aos Estados da federação, sob o signo do Cruzeiro do Sul, que marca o nosso hemisfério. Por sua vez, foi adotado como lema, a frase positivista *"ordem e progresso",* bases sobre as quais seria erigida a nação brasileira. A frase completa, atribuída a Augusto Comte dizia*: **O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim**.* Pelo visto o amor ficou de fora, principalmente nesta campanha eleitoral, onde pintou o ódio.

Da proclamação da República para cá, as coisas mudaram bastante. As florestas estão desaparecendo progressivamente, sem que haja maior cuidado em se manter núcleos separados do avanço das cidades e das culturas, por meio de uma convivência inteligente. Quando um governante afirma que o desmatamento foi reduzido em "xis" por cento, isto apenas significa uma agonia mais lenta de um destino inexorável.

A riqueza em geral anda caindo pelas tabelas, representada *pelos "pibinhos"* insignificantes dos últimos anos. A paz desapareceu faz muito tempo das cidades e do campo. O céu está cada vez mais poluído. Os estados não se integraram em uma unidade econômica e social coesa, mantendo-se grandes disparidades. E os cidadãos suportam tremenda desordem e falta de segurança todos os dias, não havendo efetivo progresso, mas apenas crescimento desordenado em diversas áreas.

Olhando para os fatos da atualidade, verifica-se que os valores buscados hoje no Brasil são muito diversos dos presentes em nossa bandeira, expressos na filosofia de vida do Seu João Mineiro. Uma das forças que movimentam com mais expressão os anseios de uma grande parte dos brasileiros é a da busca pelo Estado Paternalista em sua expressão mais intensa e ampla. Do Estado tudo se espera, nada se lhe dando em troca, restando muito pouco para o fazer individual. E esse sentimento de deixar ao Estado a responsabilidade e os custos pelo bem estar social tem sido fortalecido pela imposição e difusão cada vez mais abrangente de políticas sociais irresponsáveis pelos políticos em geral, como é o caso do "*bolsa família"* e de todos os programas congêneres. Irresponsáveis porque não apresentam porta de saída que seja apta a

dar dignidade aos brasileiros, cuja assistência deveria ter sido de meio e não como finalidade da criação de um curral de votos de cabresto.

Vejam-se as promessas presentes na atual campanha eleitoral. Não somente todos os candidatos prometem manter as atuais benesses, mas insistem em sua ampliação nos mais diversos setores, nunca mostrando de onde virá o dinheiro necessário. Afinal de contas, parece que ele dá em árvores, como se diz que assim acreditaram imigrantes estrangeiros convidados a virem para o Brasil no século retrasado. E a acusação que um candidato mais teme hoje não é a de ser ladrão, mas a de alguém que, se eleito, acabará com o *"bolsa família"*.

E, nessa toada aos eleitores tudo se promete de graça e estes de tudo cobram aos candidatos também de graça, sem a mínima preocupação com o preço: casa, comida, educação, saúde, transporte, aposentadoria; viagens interurbanas; e por ai vai. O limite é o da capacidade imaginativa de cada promitente doador.
Ora, como as pessoas minimamente pensantes sabem que não há almoço de graça, caindo a conta sempre no bolso de alguém, o custo dos programas sociais continuará a ser pago pelo sangue dos contribuintes, cada vez mais extenuados pela derrama cada vez mais intensa por parte do governo.

Só um exemplo. Como todo mundo sabe, no ano passado espalhou-se pelo País um forte movimento contra o aumento das passagens dos ônibus urbanos, vencido pelos manifestantes. O preço das passagens não foi mudado diretamente, mas sim o dos subsídios pagos pelas prefeituras aos proprietários das companhias de transporte, que aumentou. Ou isto ou o caos, porque havendo os custos se elevado, nenhum empresário continuaria no ramo somente por diletantismo. E os tais subsídios têm que ser cobertos de alguma forma e, claro, a única renda das prefeituras é originada dos impostos e das taxas pagos pelos contribuintes já quase que totalmente esfolados e exangues.

Desta forma, eu sugiro uma mexida na Constituição Federal para permitir mudanças na bandeira brasileira, de maneira a que ela passe a representar nossa nova realidade social. No lugar do verde deve entrar o vermelho do sangue dos *doadores* da farra fiscal. No fundo vermelho seriam desenhadas tantas bocas quantas são os estados brasileiros, delas saindo a frase *"me dá", "me dá", "me dá"*, cantada por João 1, João 2, João 3, representando os famigerados programas sociais sem porta de saída.

O mesmo vermelho indicaria as vitimas tombadas na violência diária, significando as famílias que a cada dia recebem a notícia de que morreu algum parente de bala perdida ou não, a qual achou um alvo indefeso.

O amarelo das riquezas deveria ser substituído pelo negro. Este representaria o petróleo do prometido *"pré-sal"* o novo ouro mágico que resolverá todos os problemas financeiros da pátria, depois que, não se sabe se e quando, a sua exploração tiver se tornado viável e comercialmente efetiva. Até lá, se não tiverem ocorrido mudanças significativas em sua gestão, a Petrobrás terá se tornado em uma triste lembrança do passado.

O branco da bandeira deveria mudar para o verde, correspondendo a uma pequena esperança remanescente, a aguardar dias melhores, mas na forma de uma interrogação bem pequenininha, presente em um dos cantos inferiores da nossa flâmula.

O azul do céu seria trocado por um roxo intenso, representando o tamanho das preocupações dos brasileiros com o seu futuro, considerando que o presente não se mostra nada promissor.

E quanto aos novos dizeres da nossa bandeira?

Bem, eu sugiro o conhecido aforisma, *"quo usque tandem",* que os advogados muito bem conheciam quando o latim ainda dominava como referência nas petições (*Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?)*. Trata-se da história de discursos feitos pelo senador Cícero contra Catilina (*Catilinárias)*. Este foi o protótipo do político moderno, na busca de riqueza e poder Desta forma, *"quo usque tandem"* na nova bandeira teria uma dupla aplicação: políticos, até quando vocês perturbarão a nossa paciência. E, "quo usque tandem", vocês eleitores brasileiros continuarão tão burros, sempre procurando um salvador da pátria para a ele venderem a sua alma?

MERECIDO PANEGÍRICO AO CORONÉ ZEFERINO CAVALCANTI, DIGNO ALCAIDE DO MUNICÍPIO DE *"VACA GORDA, VACA MAGRA"* – 1

- 21.09.2015 -

É isso como o coroné não existe. E não sei por que a oposição está sempre de intriga, mesmo que seja tempo de vaca magra e não esteja passando boiada pela cidade.

É preciso se fazer uma merecida louvação ao *coroné* Zeferino Cavalcanti, pois melhor prefeito jamais existiu neste vasto sertão onde se localiza nossa querida cidade, a quase progressista *Vaca Gorda, Vaca Magra*. Nosso município tinha outro nome, mas a gente até se esqueceu. Quando chove por aqui fica tudo verdinho, verdinho. O gado se multiplica e fica gordo que dá gosto. Todo mundo tem leite em casa, queijo de coalho, queijo manteiga, mandioca, que aqui saúdo. Dá para comer chã de dentro com muito arroz, feijão, charque e farinha. Mas de repente vem a estiagem e tudo seca, some o pasto, a comida é farinha com farinha misturada com um resto de melado de cana e o gado fica só pele e osso. E a estiagem por aqui costuma demorar para ir embora. Daí que pegou na cidade o nome de *Vaca Gorda, Vaca Magra*.

Mas para tudo tem jeito e o *Coroné* Zeferino é nosso pai. Para ele não tem tempo ruim, enricando cada vez mais e sempre ajudando os pobres da cidade, que, na seca, vendem para ele tudo o que têm em troca de comida. Se não fosse ele, todo mundo morria de fome. E para isto é preciso se preparar no tempo da vaca gorda, para quando chegar o tempo da vaca magra. O c*oroné* diz que aprendeu isso na *Bibla*, com um tal de José, vice-rei do Egito, que era do tempo em que galinha tinha dente.

O *coroné* não é nada bobo. Tiveram uns gringos que vieram para cá para procurar petróleo, diziam eles. E diziam que tinha petróleo nas terras do *coroné*. E olhe que é terra de perder de vista. A gente olha para todo o lado do alto do campanário da matriz e é tudo terra do *coroné*. Aí os gringos disseram que se ele deixasse que furassem a terra e achassem petróleo, metade dos ganhos seriam do *coroné*. Ele disse que tudo bem, mas queria uma entrada sem volta. Se achassem o tal do petróleo, faziam a partilha. Se não achassem, ele ficava com o dinheiro da entrada.

Depois de muitos furos, petróleo não deu, mas os gringos acharam muita água doce enterrada e foram embora chateados. O *coroné* botou uma torneira no poço que estava canalizado e nunca mais faltou água nas suas terras. E quando é na seca ele dá uma lata de

água por dia para cada família de *Vaca Gorda, Vaca Magra*, sem cobrar um tostão. Gente igual ao *coroné* Zeferino não existe.

Nestes dias de agora os *cabras* das redondezas acostumados a prever o tempo, estão dizendo que vem por aí a maior das securas. Eles andam com umas varinhas na mão, apontando para a terra e olhando para o céu, lambendo o dedão e sentindo o vento. Disseram que a seca vai durar mais do que aquela do tempo da Fome de Sessenta, segundo contava o meu bisavô, que Deus o tenha. E aí, disse o coroné, "Vamos precisar de mais dinheiro prá já". *"Mas como coroné?",* disse o vereador Biu, *"se a gente já espremeu o povo de todas as maneiras. Não tem mais o que inventar"*.

O *coroné* coçou e coçou a cabeça e o cavanhaque, como sempre fazia quando estava pensando e foi justo nessa hora que passou uma boiada pela rua principal e única da cidade (o resto é viela), conduzida pelos boiadeiros com sua gritaria de sempre. A boiada corria assustada, desconfiada da cidade, às vezes subindo para a calçada e botando medo nas pessoas e de vez e quando passando por cima de alguém. E o c*oroné* só olhando. Aí teve *mais uma daquelas ideias que o tornaram famoso em todo o agreste.*

"Isso não pode continuar desse jeito", disse ele. *"O povo atropelado pelos bois tudo se misturando numa correria que não tem tamanho. Vamos consertar este estrago".*

"Mais acomo a gente pode fazer?", perguntou Biu.

"Fácil, fácil", disse o coroné. "Chame aí o Secretário de Obras. Veio o Linhares. Ele tinha tanto parente no governo que o povo chamava ele de *Milhares*. O prefeito olhando para os dois lados da rua disse para o Linhares: *"Pegue seus camaradas e amanhã mesmo você vai abaixar cada calçada em um metro na largura, deixando o meio fio*". Pinte o espaço novo com tinta vermelha e mande fazer cartazes dizendo 'gentevia'*. O povo somente poderá andar na gentevia. Se andar na rua que tome multa. Um real cada infração. Contrate uns cabras como fiscais. Prá cada multa cada fiscal ganha vinte centavos. Assim o povo não vai ser atropelado quando a boiada passar".*

"Muito boa ideia, coroné", disse o vereador Lula, que tinha uma venda. Na porta da venda dele estava escrito *"Secos e Molhados",* mas pelo que eu soubesse, só tinha mesmo *molhados. "Dá para ver como o senhor ama esse povo, sempre cuidando dele".*

"Mas como as pessoas vão atravessar de um lado para o outro da rua?", perguntou o vereador Linhares. *"A gente pinta umas listras brancas na rua a cada 500 metros. Diz que chama zebra. Atravessar a rua somente por ali. Senão, leva multa",* disse o *coroné*.

"Mas aí o povo vai ter às vezes que andar muito", falou Linhares. *"Deixe de ser do contra, vereador, o povo precisa andar para não engordar",* respondeu o *Coroné*.

"E tem mais", disse o *coroné*. *"Vamos botar velocidade máxima para a boiada quando passar pela cidade. Não quero ver boi por aí matando as pessoas. Os bois vão ter que andar por aqui bem devagarinho e sossegados. Passou da velocidade máxima, multa para o boi e multa para o boiadeiro"*.

"E qual será a velocidade dos bois?", perguntou o vereador Biu.

"Fácil", disse o *coroné*. *"Quem é o nosso ajudante mais leso?"*

"Prá-que-Veio", disseram todos ao mesmo tempo.

"Ele será nosso radar eletrônico".

Prá-que-Veio era funcionário da Prefeitura de *Vaca Gorda, Vaca Magra* fazia muitos anos e ele mesmo não fazia quase nada. Quando ele chegava para o trabalho ia logo dizendo *"Não sei por que vim trabalhar hoje".* E todo mundo respondia: *"Então, prá que veio?".* Daí o nome dele.

Então o *coroné* explicou. *"Vai ser assim. A gente compra um chapéu para Prá-que-Veio com umas luzinhas de Natal, à pilha, que apagam e acendem. Aí a gente dá um crachá para ele pendurar no pescoço escrito: Radar Eletrônico. Quando uma boiada estiver chegando na entrada da cidade, o guarda de trânsito vai fechar uma porteira que o Linhares vai construir. Ai ele chama o Pra-que-Veio e bota ele ao lado da boiada, na "gentevia". Então o guarda dá um apito e levanta a porteira e Prá-que-Veio tem que sair junto na mesma direção dos bois. Se um boi passar Prá-que-Veio, multa. Dez centavos por boi e dez centavos pelo peão* descuidado. Se o boi subir na gentevia ou na calçada, a mesma coisa".

"Mas todo mundo passa Prá-que-Veio", disse o Lula.

"E antão?", respondeu o coroné Zeferino. *"Quem mandou o boi ser mais esperto?".*

"E se o dono do gado não quiser passar pela cidade?", indagou o vereador Biu. *"Ai eles vão ter que passar pelas minhas terras e vou cobrar pedágio",* disse o coroné. *"Mais caro do que a multa da cidade".*

"E não tem que fazer licitação para a compra do material e para os foncionarios?", falou o vereador Biu. *"Deixe disso, compadre, não vê que estamos em situação de calamidade pública e que os contratados todos serão de notória especialidade?",* atalhou o *coroné* Zeferino.

"Assim vai entrar muito dinheiro para a prefeitura", disse o Linhares.

"Calma, vereador, também não é assim" exclamou o *coroné*. *"Tem a nossa parte. Afinal de contas se trabalhamos para o bem do povo, temos direito a um pedacinho da multa, quem sabe uns vinte por cento? Diz que na Capital tem até um nome para isso, mas eu não sei qual é".*

"E aquele tal de Tribunal de Contas, não pode sair atrás da gente?", perguntou o Linhares. *"Linhares",* disse o coroné Zeferino, *"quem são os membros do Tribunal?"*

"São o Beleléu, o Chico da Jaqueira e o Laurentino Sim-Senhora".

O Beleléu era um bacharel tão esquelético que todo mundo quando o via achava que ele estava morto. O *coroné* deixava ele comer na prefeitura todo o dia, mas ela não engordava mesmo. O Chico da Jaqueira morava ao lado da cuja, que era do *coroné*. E quem mandava no Laurentino era a mulher dele, prima segunda da mãe do *coroné*.

"Antão", disse o *coroné*. *"O Beleléu é afilhado da minha mulher. O Chico é cunhado do meu irmão e o Laurentino tá me devendo uma promissória".* Aquela promissória guardada no cofre do *coroné* era tão velha que o papel quase se desfazia, mas nela só está escrita a assinatura do Laurentino. O resto está em branco.

O *coroné* finalizou: *"Desjeito o Tribunal de Contas faz as contas: vinte por cento para nós e oitenta por cento para a Prefeitura. Muito justo. Podia ser o contrário, mas nós não pensamos em dinheiro. Isto são uns trocados para ajudar nas despesas de casa. Nosso lema é trabalhar para o povo".*

É por ser tão bom para o povo que o coroné Zeferino Cavalcanti nunca perdeu uma eleição. Talvez porque sempre concorre sozinho. O último que se candidatou junto com ele foi achado morto, mordido no pescoço por uma jararaca. Eu não sabia que jararaca podia dar um bote tão alto. É por tudo isto que o povo tão agradecido diz que se o *coroné* botar um calango como candidato a vereador, ninguém ganha do bichinho[2].

Passados meses, o *coroné* seus ajudantes estavam sentados no Bar Sem Nome, tomando uma cerveja. *"Biu, chame o chefe do CAT"* (*Centro Agarra Trouxa* do município). Veio então o Tiziu (assim chamado porque era pequenininho, sempre vestido de preto e dando pulinhos quando andava). *"Tiziu", quantas multas este mês?". "Nenhuma", respondeu ele. "Nem por atropelamento, nem por velocidade",* perguntou o *coroné*? *"Nada",* disse o Tiziu. Aí o *coroné*, todo vangloriado disse: *"Tão vendo como a minha lei deu certo? Eu livrei o povo de muitos males".* Todo mundo bateu palma e cada um bebeu mais uma talagada de cerveja.

É isso como o coroné não existe. E não sei por que a oposição está sempre de intriga, mesmo que seja tempo de vaca magra e não esteja passando boiada pela cidade.

_____

1 Dado que o Brasil é o país das oportunidades, essa cidade poderia se localizar em qualquer ponto do nosso vasto território, sem preconceito. Mesmo porque o autor também é cabeça-chata.
2 Este é um jornal jurídico. Portanto precisamos contextualizar a matéria desta fábula. **Palavras-chave**: corrupção ativa – corrupção passiva – improbidade administrativa – nepotismo – cunhadismo – peculato – oportunismo (na linha de *law and economics*) – colaboração premiada (alguém vai abrir o bico e delação é uma palavra muito feia) – lavagem de boi - poste (está por aí em algum lugar) – temor reverencial - chantagem. **Key words**: active corruption – passive corruption – to be dishonest in administration – protecting the nephew – protecting the brother in law – peculation - taking the opportunity (thinking about *direito e economia*) – rewarding the collaboration (somebody will sing and the word accuse is very ugly) – washing the cow – post (it's somewhere) – my daddy scares me – black mail.

_____

BABOSEIRAS DESTEMPERADAS E “IMPICHE"

Hoje, que visão tem o mundo do Brasil, a partir das baboseiras destemperadas dos nossos dois últimos presidentes?

- 2 de dezembro de 2015 –

Nota - Novo governo, novas baboseiras. A jurisprudência se mantém.

Nestes últimos dias aqui no Brasil uma enorme série de acontecimentos em diversos campos, especialmente no político, tem deixado os jornais impressos obsoletos em muitas das suas matérias tão logo chegam às bancas ou às casas dos assinantes. Mas o assunto desta crônica continua em dia porque o seu alvo principal é mais perigoso do que a famosa caixa de “Pândora”, como ele mesmo disse em viagem recente ao exterior. Vamos lá.

A história nos mostra que uma significativa amostra dos nossos governantes, desde as priscas eras da descoberta destas terras não pode ser considerada como formada por bons exemplos para seus súditos ou concidadãos. Desconfia-se que D. João VI jamais terá tomado um banco de corpo inteiro. Usava as mesmas roupas até ficarem completamente rotas, depois que seus alfaiates não conseguiam mais remendá-las no próprio corpo daquele monarca. Ainda por cima, ele enchia os bolsos do seu casaco com sua iguaria mais apreciada, franguinhos assados, no qual limpava os seus dedos gordurentos. D. Pedro I teria sido um frequente protagonista de escândalos do modelo “Clinton” se houvesse imprensa independente no seu tempo, podendo se dizer, no entanto, que ninguém se preocupava muito com o que ele fazia fora do leito conjugal. Nem mesmo a famosa frase “Independência ou Morte!” jamais teria sido proferida por ele ou por qualquer outra pessoa, pois no momento em que o Imperador recebeu as más notícias encontrar-se-ia agachado no matinho com as calças na mão porque teria sido acometido de uma disfunção intestinal.

Nesse campo de frases a mais expressiva parte dos nossos governantes das últimas décadas não nos deixou ditos de grande sabedoria que serviriam de inspiração para as gerações futuras, pelo contrário, elas podem ser usadas como modelo negativo para o ensino dos nossos filhos e netos. Fazem-nos muita falta alguns Churchils e De Gaulles[1].

Uma característica que pode corresponder ao medíocre frasismo governamental brasileiro diz respeito ao fato de que nossos representantes têm sido das duas uma, semi-glotas ou monoglotas, além de não muito dados aos livros. Aliás, ler dá azia, já disse nosso ex-presidente. Veja-se adiante o caso atribuído a Eurico Gaspar Dutra.

Pode não passar de uma lenda urbana, mas corria nos corredores do Itamaraty a história de um fato que teria ocorrido durante a visita do presidente Harry Truman ao Brasil em 1947. Sendo o nosso presidente monoglota, o cerimonial do Itamaraty recomendou a Dutra que, quando fosse cumprimentado pelo colega americano, respondesse da mesma forma. E assim teria acontecido, começando por Harry Truman ao dizer: “How do you do, Dutra?”. E a resposta de Dutra teria sido: “How tru you tru, Truman?”.

Segundo consta, na reciprocidade à visita do presidente americano ao Brasil, Dutra viajou para os Estados Unidos quando, no quarto do hotel no qual se encontrava hospedado, ao ouvir alguém bater na porta dizia "Between!".

Anos depois, perguntado por que bebia, Jânio Quadros disse que *"bebia porque era líquido. Se fosse sólido comê-lo-ia".* E quando indagado das razões da sua renúncia teria dito *"Fi-lo porque qui-lo".* Mais malcriado em outra ocasião, tendo-se desentendido com uma jornalista Jânio disse-lhe que *"Intimidade gera aborrecimentos e filhos. Com a senhora não quero ter aborrecimentos e muito menos filhos. Portanto, exijo que me respeite".*

O general Costa e Silva teve a honra de receber no Brasil a inefável rainha da Inglaterra (e bota inefável nisto, como sabe muito bem sempre esperançoso Príncipe Charles). Primeiro ele desejou *"buenas tardes"* à Elizabeth II (ao mesmo tempo em que nossa primeira-dama, D. Iolanda declarava que o Príncipe Phillip era um pão). Mais tarde, no momento do brinde Costa e Silva levantou a taça e somente conseguiu dizer *"God... God... the Queen".*

João Figueiredo teria dito em certo momento que *"preferia o cheiro de cavalos ao cheiro do povo."* Em primeiro lugar, sabe-se que o povo brasileiro é um dos mais asseados do mundo, o que é muito bem conhecido da indústria de sabonetes, desodorantes e perfumes, áreas nas quais nos encontramos no topo mais alto do consumo mundial. Daí a impropriedade daquele nosso ex-presidente. Dizem que ele seria meio burro, mas o fato é que, cavalariano, se tornou um dos poucos "tríplices coroados" do exército brasileiro, tendo sido aprovado em primeiro lugar em três cursos militares (Escola Militar, Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais e Escola do Estado Maior do Exército). Acho que não eram escolas do tipo "PP" (pagou, passou).

José Sarney, mostrando porque sobrevive há tantos anos no poder, afirmou certa vez que "Governo é como violinha: você toma com a esquerda e toca com a direita." Pobre Maranhão, lugar onde, segundo o mesmo autor, "depois dos 50, não se pergunta a alguém como está de saúde. Pergunta-se onde é que dói". O governo dele nos dói até hoje. E Collor, ora Collor. Acossado pelo movimento que o levaria para fora do governo, disse não temer ninguém, afirmando que "tinha aquilo roxo". Essa cor roxa para mim não seria indicativo de pujança na área indicada, mas de doença. Em todo o caso, para a purgação dos nossos pecados, ele quase que se foi de uma vez, o que não aconteceu porque voltou ao cenário pelos braços do povo alagoano.

Outro monoglota, Itamar Franco, sob este aspecto foi acertadamente nomeado embaixador brasileiro em Portugal depois da sua presidência. Diz-se que não seria muito inteligente, tanto que ficou conhecido por um programa de TV da época como Devagar Franco e que ao invés de um cachorro, tinha uma tartaruga de estimação chamada The Flash, que levava para passear pela coleira. Ele nos tornou negativamente internacionais, visto por multidões de estrangeiros quando foi flagrado em cenas extremamente constrangedoras de um carnaval, na companhia de uma moça que estava despida do seu underwear. Depois da presidência veio também a ser nomeado embaixador do Brasil na OEA, tendo passado a residir em Washington. Corre a história de que quando os amigos pediam que informasse o seu endereço ele dizia que era muito fácil: morava na esquina da Rua Walk com a D'ont Walk.

Fernando Henrique Cardoso, homem muito culto e poliglota não escapou de gafes, ainda que fora do campo da linguagem. Durante cerimônia de abertura do 10º Fórum Nacional, em 1988, ele afirmou que as pessoas aposentadas com menos de 50 anos eram vagabundos porque se locupletariam de um país de pobres e miseráveis. Eu ainda estava na ativa e como me aposentei depois de completar meio século de existência, a frase não me atingiu

retroativamente. Aliás, eu trabalho até hoje e tenho Tomie Otake e Oscar Niemeyer como meus bons exemplos. Afinal de contas não só cabeça vazia, mas cabeça parada também é oficina do diabo e daquele alemão o Alzheimer.

Mas depois de Fernando Henrique veio o dilúvio verbal em três fases, duas do presidente Lula e uma e pouco (por enquanto) da presidente Dilma[2].

O nosso ex-presidente produziu mais abobrinhas do que qualquer produtor rural. Vejamos: **(i)** no plano geográfico ele disse uma vez que o Brasil somente não tinha fronteira com o Chile, o Equador e a Bolívia. **(ii)** No setor de suas pesquisas históricas elas mostraram que Napoleão havia estado na China: "Quando Napoleão foi à China, ele cunhou uma frase que ficou famosa. Ele disse: A China é um gigante adormecido que o dia que ele acordar, o mundo vai tremer. **(iii)** Duas de natureza política; uma quando disse que havia viajado ao Gabão para aprender como um presidente conseguiu ficar durante 37 anos no poder e ainda se candidatar à reeleição. Outra quando declarou que na Venezuela havia excesso de democracia, qualidade que, como se sabe, é o apanágio daquele país, nos últimos dias mais conhecido pelo parentesco *cocalero* de dois sobrinhos do inefável Maduro (aliás, acho que ele já está há muito tempo em outra fase das frutas passadas). **(iv**) Uma no ramo do comércio exterior, quando do episódio da denúncia do pagamento de propina por frigoríficos brasileiros aos russos: Disse ele: *"Certamente o embaixador russo soube. Certamente contou ao Putin, E certamente o Putim ficou meio 'putim' com o Brasil".* **(v)** Outra sobre a sua natureza humilde, quando afirmou em 2004, no dia internacional da mulher, que era *"filho de uma mulher que nasceu analfabeta".* Em claro contraste com as mães da zelite, que já nasceram letradas; *(vi)* E esta de cunho cripto-racista, sobre a crise financeira de 2008, quando se encontrou com o primeiro ministro Britânico, Gordon Brown, ocasião em que disse: *"É uma crise causada por comportamentos irracionais de gente branca, de olhos azuis, que antes parecia saber de tudo e que, agora, demonstra não saber de nada. Não conheço nenhum banqueiro negro ou índio".*

Do seu lado, tendo sido confessadamente o poste eleito por Lula, nossa atual presidente tem batido o recorde de gafes em todas as áreas possíveis da comunicação humana, o que a torna campeã absoluta na área, digna de um premio Nobel de abobrinhas. Tais gafes memoráveis nem precisam ser aqui enumeradas em seus pormenores porque fazem parte do anedotário recente da memória política brasileira. E estão à disposição nas redes sociais. Todos se lembram da saudação da mandioca e do milho; que em relação a certo assunto iria trabalhar *"diurna e noturnamente";* da questão da meta aberta que seria aberta e uma vez atingida seria dobrada; da dificuldade de se colocar a pasta de dente de volta no tubo depois que dele foi espremida; da tentativa de golpe à moda paraguaia que está enfrentando no momento, tendo feito referência ao afastamento do ex-presidente Lugo; à existência da mulher sapiens, ao lado do homo sapiens, até então desconhecida pela paleontologia; da contribuição da ciência para o progresso da humanidade desde a arca de Noé até hoje. E por aí seguem as frases desconexas da presidente, em quantidade tão grande que será preciso uma pen-drive com infinita capacidade de memória para guardar todas elas.

A mais grave das afirmações peremptórias da presidente e motivo de vergonha para todos os brasileiros foi o seu discurso na abertura dos trabalhos da ONU neste ano, em que defendeu a busca de uma tecnologia para a "estocagem do vento", tendo em conta a crise energética mundial. Assim sendo, ciência terá de se desdobrar para encontrar um substituto eficiente do aparelho digestivo dos animais, onde gases naturalmente são estocados. Eu gostaria de estar presente no plenário da ONU naquele fatídico dia. Desejaria ter visto no rosto dos presentes a sua reação a tamanhos despautérios. Tantos foram que alguns intérpretes devem

ter sido despedidos por falta alegada de competência no seu trabalho, já que ninguém poderia acreditar no que ouviam em seus fones de ouvido.

Ora, cabe ao presidente da nossa República representar o País com dignidade e decoro. Aliás, isto é o que tem faltado nestes três últimos governos e mais um pedaço do atual, ou seja, a dignidade do cargo e o respeito à população brasileira, que se sente envergonhada diante de situações constrangedoras que temos vivido com as gafes que se multiplicam ao infinito. No primeiro momento nós rimos. Quem não riu até chegar às lágrimas com os vídeos do culto à mandioca e ao milho e o do macaquinho nervoso, que seria o responsável pelo teleprompter das falas da presidente? Sim, rir, rir desbragadamente. Mas depois chorar grossas lágrimas, envergonhados pela imagem caricata que é feita de nós brasileiros no exterior. Nos anos 90 éramos do país da lambada. Hoje passamos para o da propina.

Mais antigamente a nossa fama internacional era a de um país no qual a impunidade tinha nível constitucional. Em que o Rio de Janeiro estava cheio de belas mulheres a serem desfrutadas, no sonho de *gangsters* de filmes americanos que para cá fugiam. Cidade também de um carnaval alienado, no qual tudo era possível. Mesmo que serpentes cruzassem as ruas e os índios pudessem tirar o nosso escalpo em Copacabana, o atrativo era muito forte. Hoje, que visão tem o mundo do Brasil, a partir das baboseiras destemperadas dos nossos dois últimos presidentes? Eles, a par disto, desmontaram completamente uma economia que se encontrava em reorganização, em troca do jogo da perpetuidade no poder, podendo para isto fazer o diabo, diabo que veio na forma de um propinoduto sem fim, mais espalhado em nossas fronteiras e até fora delas pelo mal de uma desonestidade generalizada, mais catastrófico do que foi a peste negra na Europa medieval. É por isto que eu defendo o impiche da presidente do atual governo e do impedimento do seu criador para que não possa participar eternamente de futuras eleições. Ninguém merece!

_____

Impiche, neologismo por mim criado que nos permite superar o termo equivalente no inglês, tão difícil de pronunciar pelo nosso povo, sem sua culpa. O termo impedimento também não é apropriado porque lembra diretamente o futebol. E isto porque, afinal de contas, todas as nossas mães nasceram analfabetas (e nossos pais também). E a nova palavra é bem apropriada porque ela lembra piche, que vem do petróleo e que recorda o ato de derramar sobre malfeitores o conteúdo de um barril do dito produto e enfeitá-los com penas, fazendo-os desfilar pelas ruas principais da cidade. Uma boa prática a ser imediatamente retomada. Afinal de contas, a decisão da justiça deve ir logo para as ruas.

_____

1 "O Brasil não é um país sério", lembram-se?
2 "Presidente" e não "Presidenta", na melhor expressão da norma culta. Aliás, se você deseja identificar um seguidor de nossa atual governante, é só verificar como interlocutor a ela se refere, no masculino ou no feminino fabricado. No último caso você invariavelmente está diante de um petista ou de um simpatizante. De qualquer maneira, na atual situação que ela atravessa, pode-se dizer que ela não esta nada "contenta".

AS "BONDADES PERVERSAS"

ou

"Como Programas Sociais sem Porta de Saída Podem Arruinar a Economia e Envergonhar o Direito Empresarial"

- 24.05.2014 -

Não "Ave César" porque os que vão pagar a conta te maldizem.

(ouvido de algum anônimo)

Nota - Desde a *primeira edição dessas bondades*, verifica-se que os governos ficaram definitivamente reféns delas, tendo se tornado impossível o resgate. É um peso imenso que a sociedade brasileira carregará pelo resto de sua vida, ao que parece.

Recentemente o governo concedeu, entre outras menos visíveis, mais uma bondade inteira e meia bondade no mesmo dia (meia bondade é, isto sim, uma maldade inteira). Ou seja, aumentou o valor do "*bolsa família"* em 10% e a tabela do imposto de renda em 4,5%. A primeira acima da inflação oficial e a segunda bem abaixo. Como toda dona de casa sabe muito bem diante da banca de verduras, legumes e carnes do supermercado, o teto da meta da inflação já foi furado há muito tempo, dando para ver o meteoro econômico gigantesco que está caindo rapidamente sobre nossas cabeças.

De cunho evidentemente eleitoral, a estratégia adotada pelo governo não é nem sequer original, como sabem os que conhecem a história de Roma, quando a plebe ignara era manipulada com *pão e circo*.

Nossa economia está mais entupida de programas sociais do que fígado de ganso destinado a morrer em benefício do *foie gras.* A semelhança é que a economia e o ganso certamente morrerão. A diferença está em que a morte de um sistema econômico doente como o nosso é mais longa e dolorosa.

Programas sociais em si mesmos são mecanismos válidos para a solução de determinadas crises. O problema está na dose e no seu tempo de duração. Se o favor for elevado demais para certos setores da sociedade, o custo para o resto da nação torna-se insustentável. Quando dura muito tempo e, o que é mais grave, na medida em que não existam incentivos diretos e indiretos para o resgate social e econômico dos destinatários, dá-se nascimento a gerações seguidas de esmoleres profissionais, satisfeitos com o pouco que têm, porque isto não lhes custa qualquer trabalho. Como se sabe, em física quando se deseja tirar um corpo do estado de inércia para o de movimento é preciso que sobre ele se aplique uma determinada força em algum sentido, determinado pelo vetor correspondente. Ora, o trabalho é o resultado da anulação da inércia.

A este respeito conta-se a história de dois contumazes preguiçosos deitados placidamente em redes armadas sob a sombra de uma árvore frondosa à beira de uma estrada. Em dado momento passa um carro em desabalada carreira e quando a poeira assenta os dois compadres enxergam uma nota de cem reais caída do outro lado da estrada.

- *Compadre, você viu aquilo?*

- *Vi*, disse o outro.

- E ocê num vai buscá?

- *Eu não, to cum priguiça. Pruquê ocê mêmo num vai?*

- *Também tô muito cansado. Não se aperreie, quarqué hora o vento traiz ela prá cá.*

Foi Monteiro Lobato quem apresentou para nós esses *"Jeca Tatus",* "que nada produzem, tudo consomem (ainda que seja muito pouco em termos relativos), e tal espírito é o que tem se disseminado pelo Brasil afora por meio dos tais programas sociais eternos. O famoso Zé Carioca é outra figura congênere, que vive de expedientes e à custa dos amigos. A constatação não é gratuita porque o autor destas *mal traçadas* tem feito uma pesquisa empírica a respeito de tal realidade.

Ninguém precisa ser um Nobel em economia para saber que essa estratégia dilapida no longo prazo a riqueza de um país (Alô, alô, Argentina e Venezuela) e é um recado altamente negativo para quem se propõe a trabalhar para viver e aumentar sua renda e seu patrimônio objetivando uma tranquilidade futura.

Ainda se acrescenta um enorme desarranjo na economia porque o governo *Papai Noel* atira presentes para todos os lados com a sua metralhadora giratória de *"bondades",* causando um estrago generalizado, que se torna impossível de consertar. E de onde vêm os presentes do *Papai Noel*? Não dele, mas sim do bolso dos genitores das crianças, que descobrem um dia não existirem duendes os fabricando no Polo Norte.

Tome-se o exemplo caso do famoso cubo mágico, que apresenta em cada lado dezesseis pequenas peças divididas em quatro cores, que se intercambiam em uma enorme série de possibilidades. Sabe bem o jogador que pretende recolocar em ordem as peças desorganizadas como é difícil alcançar o seu objetivo. E quando se trata da economia em um país no qual as decisões a serem tomadas são pautadas pelo atendimento à corte instalada na Ilha da Fantasia (nosso moderno Coliseu), e aos chefes dos gladiadores (os políticos e seus partidos), a tarefa de consertar o estrago se coloca no plano da impossibilidade.

Pior ainda, a oposição somente terá chance de ganhar a eleição (desastres do governo à parte) se prometer distribuir mais bondades do que o *Papai Noel* atual e conseguir convencer o eleitor de que ela cumprirá mesmo a promessa. É isto mesmo o que fez nestes últimos dias um dos candidatos à presidência, prometendo continuar com o tão mal falado programa "*Mais Médicos" (*in *"O Estado de São Paulo* de 07.05.2014, pg. A7). Mais uma vez devemos atentar para as leis da física: é menos oneroso deixar um corpo seguir o seu movimento do que modificá-lo mediante aplicação de uma força contrária.

Note-se que havia um elemento perturbador no sistema heliocêntrico do governo, os *coroné*, donos dos currais eleitorais que precisariam ser ocupados pelos programas sociais. Mas isto foi resolvido pela física, sempre a física, mediante a criação de um vácuo perfeito. As prestações de tais programas são efetuadas por meio de cartões eletrônicos de débito da Caixa

Econômica Federal e, desta forma, foram eliminados os *coroné*, um intermediário que era necessário paparicar e que hoje pode ser considerada figura em extinção no zoológico eleitoral.

Portadora a economia, portanto, de uma diarreia crônica, deflagrada pelas bactérias da vasta gama de programas sociais, o que isto tem a ver com a vergonha pela qual passa o Direito Empresarial? É fácil responder, bastando dois exemplos que podem ser facilmente comprovados. É só sair a campo.

Há favorecidos dos programas sociais que não se contentam somente com os benefícios por eles oferecidos que, afinal de contas, são limitados. Desta forma, muitos procuram empregos combinando com os patrões que não os registrem. A perversidade deste processo está no estabelecimento de uma cumplicidade fraudulenta entre os patrões e os empregados, que não se vê em situações normais. Nestas o patrão sempre estará sujeito a uma reclamação do empregado que buscará os benefícios da relação formal de emprego, sempre com pleno sucesso. Mas na primeira situação o empregado não terá o mínimo interesse em tal iniciativa, pois perderá o direito aos benefícios sociais, a par de ficar desempregado.

Digamos que um *bolsafamilista* na condição acima seja despedido e que procure a Justiça Trabalhista na busca dos seus *direitos*. Mesmo que em tal campo proverbialmente o empregado quase sempre tem a sua razão reconhecida, o juiz estará diante de uma fraude de natureza trabalhista e criminal. Terá de condenar o empregado e oficiar ao Ministério Público para que cumpra o seu papel punitivo dele e do patrão. Agir diferentemente seria um escárnio, pois a justiça não pode aceitar o conluio criminoso.

Outro fator está na desmoralização do direito tributário, pois os contribuintes potenciais (patrão e empregado) ficam fora do seu alcance, formando uma dupla invencível, tal qual o célebre detetive Poirot e seu amigo o Capitão Hastings. O problema estará somente em se esconder a receita tributável sonegada em tal situação, o que não será difícil porque a renda do empregado não será suficiente para acender o sinal amarelo na Receita. E quem não sabe que isto acontece todos os dias?

Mais grave ainda, forma-se um círculo vicioso, pois a renda gerada sob a sombra da cumplicidade das duas partes não serve de base para qualquer tributação. Assim fica a economia formal cada vez mais onerada quando as benesses aumentam, necessitando o governo fazer peso sempre maior nos tributos, ainda que de forma indireta, como tem acontecido precisamente com a insidiosa *descorreção* da tabela do imposto de renda.

Bem, contava-se no passado a história da mulher que todos os dias ia à fonte buscar água trazida em um vaso sustentado na sua cabeça. Um dia qualquer, estatisticamente, o vaso caia e quebrava. É o que fatalmente acontecerá conosco, uma hora qualquer.

Não tem jeito, não adianta procurar um substituto para os remendos que se procura usar para juntar os cacos de uma economia desarranjada. Mesmo que Ícaro tivesse trocado a cera que unia as penas de suas asas por manteiga super congelada, sob o sol inclemente ela também derreteria.

Quem viver, verá.

UM EXERCÍCIO CONSTITUCIONAL

(Lição de Casa da Semana)

- 03.10.2018 -

A temporada política no Brasil, especialmente em Brasília está correndo tão depressa que notícias e comentários sobre o que ali ocorre ficam velhos bem antes de serem publicados. Por isto é preciso, como agora, tratar do assunto, antes que ele fique sepultado debaixo da lava vulcânica das denúncias, que consome tudo na sua passagem. Por exemplo, quando terminei este texto na noite do dia 4, ele ficou velho na manhã do dia 5 quando uma das decisões mais inusitadas do direito constitucional pátrio afastou do mandato de deputado o Sr. Eduardo Cunha, acompanhada da consequente perda da condição de presidente da Câmara dos Deputados. Desta forma, se o mundo tiver acabado quando o leitor tiver em mãos este texto, a culpa não é minha. E pelo teor da sentença do Ministro Teori - certamente representando um novo pensamento do STF – não somente chuvas e trovoadas virão por aí, mas um verdadeiro dilúvio.

Realizaremos aqui um *"exercício constitucional"* para os *"cirurgiões do direito"* e também para destinatários leigos, voltado para demonstrar que as versões do governo sobre suas agruras são uma tentativa canhestra de inverter a verdade, tornando-a mentira.

Vamos ao nosso **exercício constitucional**. E nele cuidamos de tomar apenas alguns exemplos da destruição sistemática dos princípios vigentes em nossa Magna Carta, que vinha ficando "mínima". Muitos outros princípios ficaram de fora por falta de espaço.

Sem que seja necessário cuidar de muitas considerações jurídicas de peso, façamos a comparação de alguns dos dispositivos mais importantes da Constituição Federal com o exercício da Presidência da República e dos seus *"anexos"* nos três governos do PT (que em breve verão o seu fim, que levou um tempo demasiadamente longo para chegar).Como dissemos acima, vamos verificar os exemplos mais frisantes. Depois o leitor tire as suas conclusões. É importante observar que o PT não inventou essa *"roda",* mas *nunca dantes neste País* ela foi usada com tanta eficiência e apetite.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL	**O QUE OS GOVERNOS PT FIZERAM OU NÃO FIZERAM**
Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:	
I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.	A solidariedade somente tem sido feita entre os *seus "iguais"*.
IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor,	Os brancos de olhos azuis foram considerados inimigos do resto do povo. É extremamente deletéria a desconstrução sistemática de uma nação forjada pela integração dos povos mais diversos, que

idade e quaisquer outras formas de discriminação.	pode se dizer, apesar de imperfeita, a melhor construída em toda a história recente. Gilberto Freyre que o diga.
Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - **independência nacional**;	Foi permitida a invasão da Embaixada brasileira em Honduras para acolher um político corrupto de chapelão, que dentro dela fez política em causa própria.
Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à** vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:	Tem sido permitida (e incentivada) a **destruição da propriedade privada**, a exemplo da invasão de fazendas experimentais. Bens particulares têm sido impunemente invadidos em praticamente todas as unidades da Federação, atitudes aceitas quando interessam ao governo. Invadir é a moda do momento.
IV - é **livre a manifestação do pensamento**, sendo vedado o anonimato;	Só é reconhecida como livre a própria manifestação de vontade. Não a dos outros.
XV - **é livre a locomoção no território nacional** em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;	Um dos *modus operandi* desse (des)governo tem sido o de organizar e financiar direta indiretamente (e com recursos públicos) a interrupção de ruas, avenidas, estradas e meios de transporte por todo o País, prejudicando a população em geral e não apenas os membros *da "zelite". I*
XXII – é **garantido o direito de propriedade**.	Já vimos que esse direito anda em grande crise quando se trata dos interesses do PT e dos seus acólitos.
XXIII – **a propriedade atenderá o seu fim social**.	Para o PT o termo *"social"* significa constituir indiscriminadamente o direito de propriedade em favor de certos segmentos da população com um sentido meramente político e não sócio econômico.
LII – Não será concedida a extradição de estrangeiro por **crime político** ou de opinião.	Para o PT o conceito de crime político varia de acordo com a ideologia do condenado. E dane-se a soberania do Estado que condenou internamente "inocentado".

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios:	
I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvenciona-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.	O descumprimento dessa norma é tão notório, que nem precisamos dar exemplos. O pior de tudo é que nisto o PT não está sozinho. Virou uma prática *"republicana",* que se estende às duas Casas do Congresso em qualquer governo.
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**.	Claro que para o PT houve erro de redação nesse dispositivo. O correto é obedecer aos princípios da ilegalidade, pessoalidade, imoralidade, segredo e ineficiência.
Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:	
V - a **probidade na administração**.	Improbidade é quando o outro rouba, não eu. Variante: *"Mas somente eu?".*
Art. 131. A **Advocacia-Geral da União** é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.	Como Ministro da Justiça o Dr. Cardoso já defendia a presidente dos ilícitos dos quais é acusada, de forma ilegal. Isto fica mais claramente demonstrado quando ele o faz na qualidade de Advogado-Geral da União. Afinal de contas a presidente não encarna a União, pelo contrário, é acusada de agir contra esta.
Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica pelo Estado** só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.	Temos vivido a égide do Estado Onipresente, explorador de tudo o que possa dar dinheiro. Claro, para ser depois politicamente expropriado. O desvio de finalidade da atividade econômica do Estado tem estado no DNA econômico do Brasil há muitas décadas. Mas se eu estiver errado, lembro que ainda não foi criado o Ministério da Mandioca e do Milho.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de	

economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:	
I - sua **função social** e formas de fiscalização pelo Estado e pela	Essa função social diria respeito ao interesse geral de tais empresas e sociedades, em benefício do País e não de segmentos políticos.
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;	Elas não são propriedade do governo (muito menos daquele que ocupa o poder em cada momento, que está impedido de utilizá-las do ponto de vista político). Isto implica em que os cargos de direção somente devem ser preenchidos por pessoas competentes nas áreas da respectiva atividade. Não podem servir para acomodação de interesses político-partidários. Muito menos para criação ilícita *de "oportunidades de negócios",* nos quais a propina se transformou em metodologia de trabalho. As sociedades de economia mista têm acionistas minoritários privados, cujos direitos (inclusive ao lucro na forma de dividendos . Além dos contratos superfaturados nos governos do PT, o aumento do capital *com o pagamento dos direitos sobre o pré-sal* foi uma das maiores fraudes perpetradas no mercado de capitais brasileiro e internacional (Vide nossa profecia *"A Padaria do Seu Manoel e a Petrobrás ou como Algumas Espertezas Geraram Risco Sistêmico"*, Migalhas, 16.09.2010).

É isto, leitor. A cabeça para julgar é sua. O dinheiro público indevidamente utilizado ou surripiado é seu também. E fique de presente, ainda, com um iminente e belo período de inflação, recessão, desemprego, insegurança e falta de saúde, educação, saneamento e transporte públicos. Claro que não se poderá dizer que isto foi *herança maldita*.

Alguém já disse que se o Brasil não acabasse com a saúva, a saúva acabava com o Brasil. Basta trocar *saúva* por *PT* e a verdade será ainda *mais verdadeira.*

Agora, se um dia eu vier ter apartamento em Paris, puder tomar vinhos franceses de primeira a toda hora, consumir *escargot* e tiver champanhe com caviar no café da manhã, por favor, esqueçam tudo o que está escrito acima. E olhem que até tenho casa em Atibaia, minha mesmo. Então não estará aqui quem falou.

ZÉ NINGÚEM E ZÉ ALGUÉM E O DIREITO CRIMINAL

A Justiça é igual para todos, mas há alguns mais iguais do que os outros.
A justiça é cega somente de um olho.

(Ouvido por aí).

- 26.0218 -

Zé Ninguém e Zé Alguém foram condenados por unanimidade no mesmo dia e pelo mesmo Tribunal pela prática de crimes em relação aos quais foram acusados, tendo sido confirmadas as penas que lhes haviam sido impostas em primeira instância.

Zé Ninguém recebeu a notícia com tristeza, pois sabia que o seu destino era certo: ir para atrás das grades. Claro, ele tentaria algum recurso por meio do seu advogado. Contudo, quase sem mais dinheiro para gastar, teria de se virar com os parcos caraminguás com que podia contar. A família se cotizou mais uma vez, *cortando na carne*, para arrumar alguma grana, de modo a cuidar do futuro do seu processo.

Zé Alguém esperneou, falou mundos e fundos, deslustrou todos os seus julgadores, além da vetusta senhora justiça e disse que não respeitaria a sentença que sofrera, pois ela era o fruto de uma ingente e interminável perseguição política de que era vítima, dado que havia granjeado invejosos gratuitos ao longo de sua longa carreira de sucesso, iniciada há mais de cinquenta anos. Além disto, Zé Alguém reforçou o seu time de grandes advogados, que imediatamente começaram a trabalhar, ajuizando um recurso atrás do outro, antes mesmo de que a decisão judicial tivesse sido publicada.

- *Embargos de declaração para quê?, disse o advogado de Zé Ninguém. A sentença é clara e completa, não dá para pescar naquele rio, porque as águas não são turvas*.

Do seu lado, os advogados de Zé Alguém ''*acharam*'' muitos defeitos na sentença e seus embargos de declaração, se tomados a sério segundo eles, deveriam levar seus julgadores a terem de refazer a faculdade de direito e até mesmo boa parte de sua formação anterior. *Afinal de contas, que votos mais mal feitos, incompletos, obtusos e parciais como jamais se viu*!

Mas, não atropelemos os fatos. Antes mesmo de vencido o prazo dos tais embargos Zé Alguém havia interposto um recurso de *habeas corpus* (um tipo de *mandinga jurídica* que livra o corpo do favorecido de ir para a cadeia). De cara o recurso não foi aceito, mas a discussão irá para o plenário daquele Tribunal, onde Zé Alguém espera ser favorecido com a proibição de sua prisão porque, dada a sua subida importância, terá de ser reconhecido que o lugar dele não é o de ver o sol *nascer quadrado*. Pelo contrário, merece ele esperá-lo surgir mansamente no horizonte, em meio às árvores de sua propriedade rural e ao som do mavioso cântico dos passarinhos e, se estes faltarem, poderão ser tocadas baixinho as *''Quatro Estações''* de Vivaldi, que não é um jogador do Palmeiras, como poderiam pensar alguns desavisados. Acompanhado de um Romané Conti, evidentemente. E Tokay para a sobremesa. Afinal de contas, ele merece!

Enquanto isso acontece, o advogado de Zé Ninguém disse para que ele fique quieto em casa. Sem dar mais o que falar. Ele foi condenado porque andou em más companhias (em muito menor quantidade do que as más companhias de Zé Alguém). Ele tentará com o recurso ao STJ uma pena mais branda, que até permita a seu cliente trabalhar de dia e dormir na cadeia de noite. Zé Ninguém poderá voltar ao seu mistger de pintor de paredes e ele era mesmo bom nisso.

Zé Alguém não está nada quieto. Apregoa sua inocência mais do que o Diário Oficial dá os seus recados, inclusive a injusta demissão de uma ex-ministra que reclamou com toda a razão de estar fazendo trabalho escravo, o que não é nada lindo.

Zé Ninguém está contando com o dinheirinho da Zefa, sua esposa, que trabalha de diarista e a patroa, claro, não sabe disso, porque, mesmo depois de mais de dez anos de serviço, a zefa acha que seria demitida imediatamente por ter um marido bandido. Ele tem também a pensão da sua mãe, ainda viva, que, ainda mais, borda panos de prato para que seu neto faça a sua venda nos faróis pelas ruas da cidade. Assim a família pode continuar morando e comendo sofrivelmente e pagar o advogado, que cobrou um preço bem camarada, dividido em suaves prestações. Esse advogado é de ouro!

Zé Alguém tem um batalhão de causídicos e não se sabe como eles são pagos, porque ele teve *zilhões* de reais bloqueados por aquele juiz insensível, além dos seus bens. Claro, esse dinheiro está em nome dele e no meio de tudo, existe uma módica importância que é a sua aposentadoria, maior do que a de dez mil aposentados pelo salário mínimo. O resto todo mundo sabe que não é dele, dinheiro e bens. É dos amigos. Ele somente emprestou a conta corrente para uns *laranjas* e tomou emprestadas as propriedades. Tem gente que está até trabalhando de graça para Zé Alguém. Nada demais, vivemos em uma democracia, ''*mazzomenno*''.

Zé Ninguém viu falar no jornal da TV do tal *habeas corpus* no Supremo e perguntou para o seu advogado se não poderia tentar um para ele. *Tentar até posso, disse seu causídico, mas terei de pagar as custas e despachar pessoalmente lá em Brasília um pedido de liminar e depois defender o mérito do pedido. Mas e o dinheiro, cadê? Além do mais, Zé Ninguém, como o seu existirão milhões de pedidos da espécie, perdidos no meio de todos os outros. Como fazer com que seu caso seja apreciado antes de sua prisão? Talvez daqui a uns dez anos*. Mas deve ser preconceito meu, talvez um pouco influenciado porque um dia desses a coisa demorou tanto que um processo foi julgado prescrito por um Tribunal, porque fazia muitos anos que estava esquecido em uma prateleira.

Do lado de Zé Alguém seu recurso está na fila, para julgamento em plenário. Não, não está na pauta, disse o ministro responsável. Não há qualquer previsão a respeito. Seu cliente terá de esperar o transcurso normal do Tribunal. Podemos até acreditar, como acreditamos em bruxas e duendes. *Mas e a pressão popular? Está mais forte do que a dos pneus de caminhões. Não dá para esperar e temos que responder ao clamor das multidões, disse um ministro*.

Bem, ultimamente em matéria de clamor das multidões eu somente ouvi o barulho do carnaval e dos milhares de blocos de São Paulo que, como se sabe, é o *túmulo do samba*. Do meu lado, eu não dou um real em garantia em uma aposta no sentido de que o recurso de Zé Alguém ficará esperando na fila o seu momento longínquo de ser atendido. Para que perder dinheiro de graça? Mas os dois Zés têm outras chances. Uma no STJ, depois de dos embargos de declaração e outro no STF, os chamados recursos especial e extraordinário. O primeiro é

feito para reformar as sentenças que tenham ofendido uma lei federal. No caso, quaisquer leis que os julgadores tenham usado como base de sua pena e a tenham descumprido. Quanto a Zé Ninguém, evidentemente nada aconteceu a esse respeito. Do lado de Zé Alguém, certamente nunca se viu dantes neste país tamanho desplante e desrespeito para com as leis pátrias. Há no processo desse inocente um rol imenso de desatendimento a múltiplas leis federais.

Já quanto ao recurso extraordinário, que Zé Ninguém não espere qualquer sucesso. Ele não tem, por exemplo, a liberdade constitucional de *desapropriar bens alheios*, tal como fez com o dinheiro do patrão. Já olhando para Zé Alguém, os princípios constitucionais de isonomia e de liberdade foram amplamente derrogados em relação à sua augusta pessoa. Se, disse ele, *o homem do pelo social lá do Maranhão, merecia um tratamento diferenciado quando esteve enrolado com a justiça, quanto mais ele, Zé Alguém, tendo em vista a história de sua superação social e todos os seus feitos à frente dos seus dois governos*. Neste sentido, por exemplo, é só olhar em volta e constatar que, por obra dele, não existe mais miséria no Brasil. Isso merece uma deferência, ou não?

''*Saponhamos*'', como diria o grande filósofo Adoniran Barbosa, que qualquer dos recursos de Zé Alguém seja provido e ele não vá para a cadeia. *Paciência, não haverá prejuízo para ninguém, pois uma andorinha sozinha não faz verão. Além de poder se candidatar outra vez à presidência, nada de ruim poderá acontecer ao Brasil, dirão seus comparsas*.

Mas dizem os economistas malditos, de uma sentença como esta surgirão resultados indesejáveis em cascata: *externalidades negativas e/ou efeitos de segunda ordem*. Junto com Zé Alguém, como medida de respeito à isonomia, também não irão para a cadeia todos os condenados do país que ainda tiverem direito a algum recurso depois de sua condenação em segunda instância. E terão de ser soltos todos os outros presos na mesma situação. Aqui é que está a maior catástrofe!

Que maravilha, não? Traficantes, ladrões de banco, assassinos, estupradores profissionais, políticos e empresários condenados pela *Lava a Jato* e mesmo pela *Lava Lento* (Alô, STF!), todos eles terão o direito de buscar ares mais frescos do que os das prisões onde se encontram. E, quem sabe o merecido acesso a vultosas indenizações por danos morais, tendo em vista as suas prisões injustas?

Dá o que pensar, não? Até mesmo para quem fala antes de fazê-lo ou fala sempre porque nunca pensa. Não é mesmo, caros inefáveis ministros? A propósito, aviso que foi revogado em algum dia, em algum lugar, o princípio que aprendi nos tenros anos do meu curso de graduação no sentido de que o *juiz somente fala nos autos*. Hoje ele fala no rádio, na televisão, nos jornais, nas redes sociais e insociais, para a torcida do timão e para a molecadinha da escola. Deve ser um progresso democrático, como se vê: *transparência, informação e responsabilidade*, dever hodierno do homem público.

Mas esse preço é o que se paga em uma democracia. O que importa é que não se pode deixar que uma injustiça (aquela a ser imposta eventualmente a Zé Alguém), deixe de ser corrigida somente porque estaríamos pensando nessas pequenas consequências.

Mas, por via das dúvidas, vá lá que prevaleça ainda algum injusto bom senso, e Zé Alguém venha a ser colega de Zé Ninguém na mesma cela, eu vou dar a ele um conselho de graça. Mas antes disso, lembre-se o leitor que Zé Alguém não cursou qualquer faculdade, não

tem portanto, curso superior. Ele até chegou a dizer que *ler dava azia*. Daí que ele ficará no regime dos presos comuns, está mais uma desfaçatez para tão grande figura.

Zé Alguém, como cautela e canja de franguinho de leite, eu (tal como fez aquele Assange) o aconselharia a arrumar as malas com os seus bens mais preciosos e buscaria asilo político em uma embaixada em Brasília. Pessoa tão importante e tão injustamente condenada seria prontamente acolhida em sua pretensão, especialmente se o seu destino for o da embaixada daquele país *onde existe excesso de democracia*. Uma vez ali instalado, Vossa Excelência teria todas as condições para continuar levando ao mundo a sua mensagem de que o despejo de sua antecessora dos palácios de Brasília e a perseguição que sofre representam um atentado à democracia, pedindo a condenação do Brasil pela ONU e o envio dos *Boinas Azuis* para soltá-lo.

Abraços, bem de longe, claro.

P.S. E quanto a Zé Ninguém? Ora, nos esqueçamos dele, como todo mudo faz.

MORO PRESO E LULA SOLTO - O PESADELO DE UMA FRIA MADRUGADA DE PRIMAVERA

- 16 de dezembro de 2016 –

Nota - Bolsonaro na Presidência, Lula eleito para um segundo mandato prisional (agora solto) e Moro no Ministério da Justiça. Nem Nostradamus seria capaz de profetizar o que aconteceu no Brasil desde que essa crônica foi originalmente publicada. De qualquer maneira, os comentários permanecem inteiramente válidos no fundo.

Os acontecimentos político/judiciais verificados no Brasil desde algum tempo têm desmoralizado a célebre teoria de Einstein, pois eles estão viajando em velocidade superior à da luz. Os últimos dias foram tão prenhes de novidades que os repórteres para não darem notícias velhas estão precisando ficar sem dormir, plantados nos locais das fontes correspondentes.

No meio dessa parafernália de informações ficou esquecida a notícia publicada no *"Jornal o Estado de São Paulo"* em sua edição do dia 18 de novembro, o qual informou que o ex-presidente Lula requereu a condenação do Juiz Sérgio Moro pela alegada prática de abuso de autoridade. Trata-se de queixa-crime subsidiária na qual também são autores a esposa Marisa Letícia e seus filhos, com fundamento em dispositivos da lei 4.898/65.

Os ilícitos apontados seriam correspondentes à condução coercitiva do ex-presidente, para prestar depoimento na Polícia Federal, em março, quando teria sido privado do seu direito de liberdade por aproximadamente seis horas; e a busca e apreensão de bens e documentos dele e de seus familiares, em seus respectivos domicílios e, ainda, nos escritórios do ex-presidente e de dois dos seus filhos, diligências que teriam sido ampla e estrepitosamente divulgadas pela mídia. Foi acrescentada a interceptação das comunicações de terminais telefônicos utilizados pelos autores, colaboradores e até mesmo de alguns de seus advogados.

Observe-se que na quarta-feira, dia 16 o Presidente do Senado, Renan Calheiros, havia tomado medidas para acelerar a tramitação do PL que modifica a legislação sobre abuso de autoridade (que não terá efeito retroativo, claro), no qual se busca *flexibilizar* os critérios de punição de policiais e procuradores envolvidos em investigações. Nem a velhinha de Taubaté acreditaria tratar-se de mera coincidência.

Teria o Juiz Moro praticado atos de abuso de autoridade? Isento desta prática nenhum servidor púbico está, nem os juízes, como se deu no caso daquela famosa *carteirada* que certo ministro impaciente deu em um estagiário que se encontrava na sua frente na fila de um caixa eletrônico. Mas o que é precisamente o *abuso de autoridade*?

Os artigos 3º e 4º da lei acima citada (que se pretende inovar para agravar) não trazem um conceito, mas incluem como atos de abuso de autoridade, entre outros, qualquer atentado à liberdade de locomoção; à inviolabilidade do domicílio; ao sigilo da correspondência; à ordem ou execução de medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoal natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; etc. Mas isto acontece centenas de vezes todos os dias e as reclamações registradas são absolutamente marginais. Trata-se, na verdade, do dia-a-dia da justiça, existindo mecanismos legais para coibir essa prática. Se eles são insuficientes, que sejam atualizados, mas não por meio de cartas mais *marcadas* do que baralho de jogador profissional de faroestes americanos.

A celeuma estabelecida em volta do estabelecimento da responsabilização de agentes públicos por abuso de autoridade mostrou muito claramente que o objetivo do legislador de plantão (prá lá de oportunista) e particularmente os autores da ação judicial aqui comentada é a completa deturpação do conceito legal do instituto em relação aos tipos escolhidos para o ajuizamento daquela medida. O que se busca, no fundo, é em conseguir intimidar na construção do seu livre convencimento não somente o Juiz Moro, mas todas as autoridades constituídas que tenham qualquer competência relacionada aos crimes praticados no âmbito da operação *Lava-Jato* e de outras que estão em andamento, as quais redundaram em prisões bastante recentes. E isto é inadmissível. Alguma coisa na linha do *Terror* que marcou a Revolução Francesa.

E o papel do Legislativo nessa ordem de acontecimentos, sob o pretexto do aprimoramento da lei, nada mais seria do que legislar em causa própria em uma das mais claras situações de conflito de interesse que este país *nunca dantes* viu em toda a sua história. Grande parte dos deputados e senadores atuais e passados está de alguma forma envolvida em alguma denúncia, tendo sido instauradas diversas ações judiciais que redundaram em prisões e condenações, algumas com o auxílio do instituto da delação premiada que também vem sendo bombardeada pelos mesmos interessados. Bem a propósito, a delação premiada que está sendo feita no âmbito da Odebrecht é uma espada de Dâmocles, cujo fio está por um fio, quase a cair na cabeça de uma grande quantidade de parlamentares, segundo têm afirmado diversos órgãos da imprensa.

Quando o policial na sua tarefa de investigar; o promotor em investigar e acusar; o juiz em acatar a denúncia, julgar e condenar o acusado puderem ser manipulados na sua liberdade de consciência por ameaças ao exercício de suas atividades legais, então o melhor será fechar as instituições por meio das quais atuam. Assim pelo menos o Estado economizará recursos que não seriam desperdiçados.

Depois de haver sido cristalizada durante os processos relativos ao mensalão a chamada *teoria do domínio do fato*, custa crer a qualquer observador desinteressado que as acusações apresentadas contra o ex-presidente e os demais autores da ação por eles intentada não apresentem algum fundamento mínimo. Caracterizado este, os fatos são suscetíveis de levar à representação criminal, à denúncia e ao julgamento dos réus, dentro de um processo legal que respeite os direitos daqueles, como tem acontecido.

Mas este é precisamente outro campo de batalha que o ex-presidente abriu, não somente no plano interno, mas na esfera internacional, tendo feito queixas junto a um órgão da ONU, por meio da qual pretende demonstrar que contra ele tem sido caracterizada uma situação de perseguição política. Com essa atitude ele fere as instituições nacionais, especialmente o Legislativo (pela acusação de ilegalidade do afastamento da ex-presidente Dilma Rousseff) e o Judiciário, que teria acobertado o aludido processo ilegal, o qual teria passado a se desdobrar contra ele, seus familiares e pessoas ligadas. Ao mesmo tempo também, é claro, circulam rumores de que o ex-presidente estaria preparando um oportuno pedido de asilo político junto a alguma embaixada *amiga*. Neste sentido, a amiga Venezuela, por exemplo, *já era*.

Todo esse cenário tem sido favorecido por uma *entourage* de conselheiros que defendem o ex-presidente a qualquer custo, cegos por ignorância (o que é difícil acreditar); se feito propositalmente de cegos e surdos, porque há algum interesse em jogo; ou porque pensam mesmo, de forma inacreditável, que o ex-presidente fez os dois melhores governos que o Brasil já teve em sua história; que apenas cometeu o seu maior erro ao ter escolhido Dilma Rousseff para sucedê-lo; e que seus inimigos desejam desmontar o seu legado e jogar o seu nome no lixo da história. É interessante observar como na política lados opostos se identificam. Tanto a extrema direita tem os seus áulicos *(Bom dia, Presidente Trump),* como a extrema esquerda (Bom dia, Presidente Maduro, líder de um país que apresenta *excesso de democracia*). No Brasil não seria diferente.

Ora, sem contar toda a roubalheira que foi apurada nos três governos e pouco do PT, o Brasil mais dia menos dia, com Dilma ou sem Dilma iria para falência. Simplesmente porque a matriz econômica adotada por ela e por seu Ministro da Fazenda assaz inventivo sempre foi furada – Dilma somente cavou o buraco mais fundo – porque dinheiro não dá em árvore e mesmo uma floresta amazônica um dia acaba se suas árvores forem sistematicamente cortadas sem reposição. É apenas uma questão de tempo.

As décadas vão se passando e cada uma delas tem sido inexoravelmente perdida para os brasileiros, sem possibilidade de recuperação. Países como a Coréia do Sul e o Vietnã, que terminaram exauridos ao fim de guerras extremamente sangrentas, levantam-se altaneiros e hoje são importantes economias no mundo, tendo ao seu lado outros Tigres Asiáticos que passaram por experiências semelhantes. Enquanto isto nós brasileiros, nos afundamos cada vez mais em promessas de cumprimento impossível e numa miséria crescente. Desapareceram num instante os voos que levaram a nova classe C a viajar em férias financiadas. Hoje se deixa o carro em casa e se toma condução para buscar emprego. Ou se vai a pé porque nem para isto o desempregado tem dinheiro.

Não, não é tudo culpa do ex-presidente Lula. Mas ele pode ser considerado um acionista controlador absolutamente majoritário dentro da sociedade tétrica que ele comandou.

Moro preso e Lula solto. Só faltava essa.

Gargantua e Pantagruel se mudaram para Brasília

- 11.08.15 -

Auri sacra fames.

(*Que insaciável fome de ouro!)*

Virgílio, "A Eneida", trad. Livre.

Tudo indica que os famosos personagens de François Rabelais se instalaram há muito tempo em Brasília, e ali têm estado procurando matar a sua fome inesgotável, desta vez não de alimentos digamos *"comuns",* mas de ouro, dinheiro, *cash*, vil metal, propina, bufunfa, pixuleco, etc. Gargantua e Pantaguel eram ogros vorazes, capazes de darem conta sozinhos de banquetes inteiros, sempre insatisfeitos pedindo cada vez mais.

As referências na imprensa sobre essa comilança monetária são relativas a milhões para lá, milhões para cá; bilhões para lá e bilhões para cá. Nós simples mortais não temos a noção de quanto isto representa porque os nossos parâmetros estão tão distantes desses valores, quanto a terra 1 está longe da terra 2, recentemente descoberta pelos astrônomos. Mas são somas imensamente consideráveis. Vamos a um exemplo. Um dos *gargantuas* da nossa novela brasiliana, forçado pela Justiça, está devolvendo aos cofres públicos a importância de R$ 65 milhões, se não me engano. Isto corresponde a 82.487 meses de pagamentos em salários mínimos, ou seja, 6.873 anos para que um trabalhador pudesse amealhar tal importância, desde que guardasse tudo o que ganhasse mês a mês sem gastar nada. Seria necessário viver mais do que dez Matusaléns.

Muito se tem falado sobre as causas dessa infecção generalizada que apanhou o Brasil em diversos campos da sua economia. Uma delas, talvez a principal, seja a existência de um cordão umbilical feito do aço mais resistente entre os governantes/políticos, as empresas e as obras públicas, em relação às quais se ajunta o fator eleições/compra de eleitores, tudo sob a maquiagem de publicidade na TV tão mentirosa que faria vergonha ao Barão de Munchausen ou ao nosso Pedro Malasartes.

A prática do eleitor de cabresto continua cada vez mais forte, embora tenha se modernizado e se tornado tecnológica. Antigamente o *coroné*, chefe eleitoral inconteste do seu reduto, tinha os eleitores na mão porque lhes prestava favores, evidentemente não com o seu dinheiro particular, mas com o que recebia do governo. E assim se fazia uma troca direta de interesses: um necessitado de comida e outro *"necessitado"* de votos. Eu me lembro de uma ocasião em que o Brasil recebeu toneladas de leite em pó de um programa da USAID. E quem os distribuía aos pobres necessitados? Evidentemente, cada *coroné* amigo do governo. O mais trágico disto tudo é que o tal leite precisava ser misturado com um pouco de manteiga e batido em um liquidificador, precisamente o que cada nordestino *tinha à mão* em sua tapera de pau-a-pique na aldeia na qual morava, onde não havia chegado ainda a eletricidade.

No dia da eleição o *coroné* botava os empregados de sua fazenda em cima de caminhões e os levava ao posto eleitoral. Ali cada um recebia um envelope fechado, assinava um livro de

presença em **X** e colocava o envelope na urna. Se um curioso perguntasse ao *coroné* em quem tinha votado, este lhe respondia: *"Não sei, meu filho, o voto é secreto*".

Sabe-se que muitas cidades tinham mais eleitores com endereço no cemitério local do que nas ruas, sendo que os registros de nascimentos e de morte eram feitos no cartório do *coroné*, ora pois, que também tinha os seus tentáculos na junta eleitoral.

Hoje o *coroné* se chama *cartão do bolsa família* e de tantas outras *benesses* que o Estado paternalista andou inventando. Todas as promessas juntas se somadas superariam o PIB do sistema solar. Desta forma o intermediário coroné foi em parte superado pela tecnologia. Agora a ligação é direta entre o Governo Federal e o eleito comprado por uma miséria.

Mas o monstro *governo não* conseguiu eliminar de todo os intermediários entre ele e o eleitor e aí é que proliferam deputados e senadores descendentes de Gargantua e Pantagruel, alguns deles vivendo dentro daquele próprio monstro, os quais conviviam em simbiose que costumava ser bem acomodada e as coisas vinham rolando de forma mansa e suave. Afinal de contas, a comida para os esfaimados parecia ser infindável, pois era proveniente de tudo o que o País produzia ou que iria produzir algum dia (o dinheiro do *pré-sal*, que ninguém sabe, ninguém viu), sem um fim em vista.

Mas outra figura existia nesse cenário, no qual as torrentes de dinheiro jorravam sem parar: os empresários de obras públicas. Ora, o governo é o maior contratante de obras no País e se licitações foram previstas em lei para que a escolha dos vencedores se desse de forma limpa, muito facilmente foram encontradas as brechas ("fatta la legge, trovare l'inganno", já se disse há muito tempo).

As obras eram tantas que dava para dividir o butim, tal qual os corsários faziam quando se deparavam com um grande prêmio a ser conquistado, formado por uma esquadra carregada de ricas mercadorias vindas da Ásia ou da América. Atacavam juntos e repartiam o prêmio. Assim, muitos grandes empresários brasileiros atacaram juntos as licitações abertas e, por meio da celebração de cartéis, acertavam equitativamente quem ganhava o quê. É claro que o Governo, menos inocente do que criança apanhada roubando o pote de doces, dava uma mãozinha a um empresário mais *querido* dos que os outros, *dirigindo para o seu endereço* as condições do edital que excluíam os menos amigos.

Não se sabe bem nessa história toda se o ovo veio antes ou depois da galinha. Isto é, de quem comprou quem e quem foi vendido para quem. O resultado da licitação tinha vinculado a ela o pagamento de um *pixuleco* na base do PF (por fora). Os empresários dizem que o governo deles exigia tal contribuição caso contrário, adeus negócio. O governo dizia que seus representantes eram *constrangidos* a aceitarem favores das empresas interessadas nos seus contratos. Por outro lado, na medida em que o componente *"grana para as campanhas eleitorais"* se tornou uma necessidade inafastável, dado o distorcido modelo eleitoral pátrio, juntou-se a fome com a vontade de comer e nossos gargantuas e pantagrueis puderam se fartar durante longo tempo em lautos banquetes. E como sempre surgiam novos contratos, eles davam origem a novos pixulecos, funcionando as coisas como um moto contínuo.

Foi então que se se sucederam dois desastres do tipo tempestade perfeita: havia *pantagrueis* e *gargantuas* mais do que se podia sustentar e a comida acabou. Foi preciso a contra gosto fechar a porta da dispensa, mas ninguém se entendia a respeito e as brigas surgiram, com fregueses mudando de lado e traindo quem antes os alimentava a *barrigas cheias*. Daí as traições que fazem parte do jogo, pois os políticos mudam de lado tanto quanto

as mulheres de sotaque *("La donna è mobile, qual piuma al vento, muta d'accento e di pensiero*", Giuseppe Verdi, *Rigoletto*).

Pensando bem, acho que quem primeiro falou sobre esta característica feminina foi, mais uma vez, o grande poeta Virgílio, na Eneida (*"Varium et mobile semper femina").* Do meu lado, acho a afirmação discriminatória quanto ao belo sexo, porque os políticos são muito mais volúveis do que elas, as mulheres. Se elas podem ser influenciadas por uma carinha bonita ou por dinheiro, eles são governados por muito mais dinheiro e mais muito poder. Um compra o outro e vice-versa.

Ora, o Governo está tentando salvar o pouco que resta da sua pele mais uma vez procurando trocar favores, o que não tem nem vai mais conseguir. Os ventos estão contrários e cada vez que o valente Juiz Moro pega da caneta (fortemente embasado pelos eficientes Ministério Público Federal e Polícia Federal), caem mais alguns dos bastiões que antigamente sustentavam o equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo. Isto porque eu jamais falaria que poderia haver algum tipo de acordo com o Judiciário, lógico.

Quando eu era pequeno ouvia dizer que a minha geração estava pagando um preço caro para que as próximas pudessem viver em um Brasil melhor. Já se vão 70 anos e o país ainda anda na companhia dos mais miseráveis e injustos do mundo. Pelo andar da carruagem, meus bisnetos, se os tiver, ainda estarão esperando a mesma coisa.

Meu caro leitor, cada vez que você votou em um salvador da pátria ou em alguém que prometia o que não podia dar, você pariu um gargantua ou um pantagruel. Pode até ser que tenha parido gêmeos glutões. Somos todos cúmplices. Esse é o estado da meta.

Diz o ditado que a *ocasião faz o ladrão*. Este Migalhas trouxe outro dia uma posição contrária de Machado de Assis, para quem a *ocasião apenas dá chance ao ladrão*, que já nasce feito. Se é verdade, há uma solução que ao menos tiraria a colher da boca de muito guloso: bastaria privatizar todas as estatais, especialmente as federais. Há muito tempo que elas deixaram de preencher a sua função constitucional, inerente à exploração de áreas estratégicas para o país, que não seriam particularmente atrativas para o capital privado.

Olhe-se para a Petrobrás, depenada, *despelada* e descarnada até os ossos: como ela agora completamente sem dinheiro vai fazer o seu papel? Para que bancos públicos, já que contratos (sem pixueleco) com bancos privados poderiam perfeitamente exercer a função que eles têm executado que fosse do interesse do Governo? Não se poderia privatizar o Correio? Se assim tivesse sido, duvido que o seu fundo de previdência, o Postalis estivesse agora quebrado.

Dizem os analistas que o pior das revelações da existência de outros gargantuas e pantagrueis ainda está por vir. Bastará levantar a ponta de alguns tapetes, como a do BNDES, por exemplo...

AS ELEIÇÕES DE 2018 E O DIREITO COMERCIAL

(*"Me dá, me dá, me dá"* – mote do eleitor *"Te dou, te dou, te dou"* – mote do candidato.)

- 18.09.2018

O que tem uma coisa a ver com a outra, perguntaria o eleitor?

Respondo que em condições naturais de temperatura e pressão política, nada ou muito pouco. Mas essas condições são apenas teóricas, presentes em um mundo irreal. Na realidade, o universo político é exercido em temperaturas que vão do zero absoluto até aquela que se poderia medir na parte mais quente da nossa estrela da quinta grandeza, o que já seria suficiente para derreter todas as instituições, sublimando-as para a situação de um gás inefável. Vejamos o que aconteceria com o Direito Comercial, conforme as linhas que poderiam ser adotadas pelos diversos (muitos, mesmo) candidatos à presidência que estão disputando os nossos votos.

1. Candidato xiita de esquerda – o Direito Comercial desapareceria, pois as empresas privadas - condição para a sua existência - seriam engolidas (sem indenização de qualquer espécie) pelo Estado Paternalista Total – EPT. Ao Estado caberia prover os cidadãos de tudo o que precisam, por meio dos produtos e serviços fornecidos pelas empresas colocadas totalmente sob o seu controle. Para esse efeito os pobres nada pagariam, cabendo aos ricos sustentaram a si mesmos e aos primeiros, mediante o pagamento dos impostos correspondentes. Como alguém poderia ficar rico em tal situação a doutrina do EPT não explica. Talvez os ricos tenham árvores que produzem dinheiro, segredo não transmitido aos pobres, sob a pena de se acabar a luta de classes.

2. **Candidato moderado de esquerda** (existe?) – Neste caso o Direito Comercial continuaria existindo tão somente para o fim de residualmente resolver os problemas dos empresários que atuassem em caráter complementar dentro de uma pequena parcela da economia, já que a sua maior parte seria de responsabilidade de centenas de empresas estatais. Os bancos privados seriam extintos (sem indenização, evidentemente), ficando no mercado apenas os bancos públicos, que fariam operações de crédito à taxa de juros única de 0,6% ao ano, podendo em casos excepcionais chegar a 1%. Não seria necessário um Banco Central, cabendo a condução da política econômico/financeira a um tesoureiro do partido do Presidente eleito, sem salário, porque a propina seria institucionalizada. A conta negativa dessa política seria paga pela emissão de dinheiro, até mesmo na forma de criptomoedas.

3. Candidato xiita Anarquista de Esquerda – Deixei este por último dentro da esquerda para que o leitor não ficasse muito assustado se tivesse deparado com ele de cara. Assim os sustos têm sido progressivos. Se esse candidato for eleito, não só desaparecerá o Direito Comercial, como o direito em geral e todas as instituições sociais que, para ele, estão podres. Temos que começar do zero, até mesmo com relação ao direito à vida. Por exemplo, se um assaltante roubar o celular de alguém e lhe dar um tiro, matando-o, poderá o seu ato não configurar um crime. Isto porque terá que se afastar a presunção de que foi culpa da sociedade o fato de que o assaltante foi levado a esse tipo de vida. A vítima, azar dela, estava na hora errada, no lugar errado, de posse de um bem que se tornou essencial para todas as pessoas, negado ao assaltante que precisava dele, mesmo que fosse para entrar repassá-lo para algum colega hospedado em alguma prisão de pretensa segurança máxima. Os detratores desses candidatos afirmam indevidamente que eles defendem somente os *direitus umanus dus bandidu* e não os da população ordeira.

4. Candidato xiita da Direita – Toda a economia seria regida pelo Ministério do Planejamento e Propaganda. Neste caso o Direito Comercial continuaria a existir para tutelar todas as questões das guerras selvagens entre os empresários e o consumidor, desde que sua atuação não interferisse nos ditames imperiais daquele ministério. O consumidor que se vire e deixe de ser trouxa. O alvo do Direito Comercial será incentivar os grandes monopólios, que fariam livremente os seus preços para o mercado. Seriam formadas grandes corporações empresarias sob a condução do Estado. As forças armadas teriam um papel fundamental para esse candidato, devendo fazer intermináveis desfiles todos os meses, sob o aplauso das multidões.

5. Candidato moderado de direita (existe?) – Ele é a favor do mercado, mas com um pouquinho de controle e isto se refletiria na sua concepção de Direito Comercial, que seria um pouco flexível em favor dos consumidores, mas sem ferir os direitos indeléveis dos empresários. O Direito Comercial teria um papel de moderador, trabalhando para evitar os abusos mais afrontosos causados aos direitos dos consumidores e aos dos empresários de menor porte. *"Viva o Estado, pero non mucho!".* Esse é o seu lema. O juro deve ser o das taxas médias de mercado, seja lá o que isso signifique.

6. Candidato moderado de centro – Sua realidade é a de um equilibrista andando em cima de uma corda atravessada entre dois prédios na Avenida Paulista ou entre o Pão de Açúcar e o Morro da Urca. Ele é a favor do Direito Comercial ou muito pelo contrário. Para os empresários ele é a favor do controle dos juros. Para os banqueiros o juro deve ser formado pelas forças do mercado. Para o consumidor o juro precisa ser razoável. Um novo Código Comercial será muito bem vindo, desde que não interfira em nada do que está por aí. Afinal de contas, *"em time que está ganhando não se mexe*".

7. Candidato totalitarista de direita – Também o deixei por fim na análise da direita. Esse tem uma suástica tatuada no seu coração, internamente é claro, porque não ficaria bem mostrá-la por aí, pois ele poderia ser mal compreendido. Para esse candidato o Estado está acima de todas as coisas, devendo o povo entender que é um rebanho a ser conduzido pelas sábias mãos do Grande Mestre. Somente ele é detentor da Verdade e não pode por isto ser contrariado nunca, nunca, nunca. Ora, neste caso o Direito Comercial será o Direito do Estado e as empresas estatais serão o grande instrumento de conquista de vitórias econômicas diante do mundo. O povo terá o direito de comprar somente o que o Estado vender, não importa se há ou não (e sempre será não) qualidade e bom preço.

Considerações comparativas e conclusivas

Deve se ter em vista que muito do que os candidatos prometem ficará inteiramente no vazio se antes *"eles não combinarem com os gringos".* Claro! Quase tudo o que eles prometem depende de leis a serem votadas pelo Congresso. E se sobre este o presidente eleito não tiver controle, era uma vez o monte de promessas que ele possa ter feito. E o Congresso continuará sendo um balcão de negócios, quase sempre escusos.

É interessante verificar que os extremos da esquerda e da direita são muito parecidos nas suas concepções, bastando que um deles atravesse a fronteira e coloque uma roupa nova para virar de esquerda em direita e vice-versa.

O sucesso dos candidatos vencedores sempre será o resultado da venda do seu voto pelo eleitor. Não existe eleitor pessoalmente desinteressado e, muito menos inocente. Ele pensa somente em si mesmo em primeiro lugar e, somente depois de atendido ele pode pensar nos outros e na sociedade em geral.

Todos os candidatos têm o DNA do Pinóquio: são mentirosos. A diferença é que o nariz deles não cresce.

Algumas expressões nunca são usadas por qualquer candidato ou se o forem, seu objeto será devidamente camuflado. Mas no seu íntimo os candidatos gostariam muito de transformá-las em realidades. Entre elas temos: **(i)** *é preciso reformar a previdência*; **(ii)** *devemos aumentar alguns impostos para cobrir o rombo*; **(iii)** *os salários públicos precisam ser congelados por algum tempo*; (iv) *não existe direito adquirido contra o interesse da Nação*; **(v)** *precisamos cobrar alguma coisa pela saúde, não dá para ser tudo de graça* (ou melhor, uma desgraça!); (vi) *é preciso privatizar a Petrobrás, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal* (essa frase caberia somente para os candidatos da direita. Afinal, para a esquerda, o petróleo e o pré-sal são nossos!).

Já chega por hoje, leitor! É depressão para além de qualquer Lexotan.

P.S. Devo confessar que o Direito Comercial entrou nessa crônica como Pilatos no credo.

Boa eleição para todos, é o meu desejo impossível.

O SISTEMA FINANCEIRO E OS CANDIDATOS A PRESIDENTE

- 04.10.18 -

Banco é bandido! Ponto. É assim que uma parte dos candidatos à presidência da República (os da esquerda, evidentemente) enxerga instituições desse tipo e, portanto, *cadeia neles*! Duvido que eles saibam minimamente (exceto o Meirelles, é claro!) o que é um banco e o que eles fazem. Pergunte-lhes alguém o que é um empréstimo garantido por alienação fiduciária ou um derivativo de crédito (aí seria exigir de mais, não?). O *spread* bancário, então, seria um *spray* de altas taxas de juros espargidas sobre os clientes por essas instituições malfadadas.

Primeiro, se banco é bandido, então se trata de uma profissão desonesta muito bem sucedida, que já completou muitos séculos de existência, a partir do primeiro deles com cara moderna, o famoso Banco de São Jorge, nascido lá nas terras da Itália, em Gênova, no ano de 1406.

Segundo, sabe-se que o *spread* bancário é uma pizza com fatias de diversos sabores: custo, inadimplência tributação, remuneração do banco (juros), baixa concorrência, etc. A inadimplência – um dos fatores preponderantes do *spread* - por estas terras é muito significativa, fruto de diversas causas, o que daria para escrever um tratado de economia. Não vamos mexer nisto neste momento.

Um dos heróis da jornada em busca dos louros da presidência afirmou que vai dar um jeito na questão dos juros extorsivos, por exemplo, promovendo a diminuição do nível de concentração que existiria no setor, a qual seria a causa dessa situação perversa. Concordamos, a concentração bancária aqui no Brasil é muito forte, mas, perguntamos, quais as razões? Os empresários em geral desprezam atuar nesse ramo de atividade tão lucrativa? Por que mais deles não se arriscam a ganhar um dinheiro certo?

Se fosse tão fácil e tão certo, o mercado estaria congestionado e os banqueiros seriam encontrados nas ruas das principais cidades disputando clientes e ostentando cartazes onde estaria escrito: *"Ofereço dinheiro bom e barato"*. Tal como aqueles nos quais é anunciada a compra de ouro.

Ora, entre tantas exigências, para se abrir um banco é necessária autorização prévia, conhecimento técnico, dinheiro (muuuuuiiiiito dinheiro) e tecnologia. Quando se trata de bancos que somente prestam serviços financeiros (pagamentos e remessas), a necessidade de capital é menor, pois os riscos que eles criam para seus clientes são menos expressivos. Mas quando eles recebem dinheiro dos depositantes/investidores e o emprestam, então a história é bem outra, os riscos se elevam de forma exponencial. Daí a exigência de níveis mínimos de capital, extremamente elevados.

Então, baixar os juros não é uma questão de escancarar as portas do mercado financeiro a novos agentes. Evidentemente é muito mais do que isto. Não basta adotar o voluntarismo (tão caro aos políticos de mentalidade estreita) para que o problema seja resolvido. É preciso adotar outros caminhos e o primeiro deles é o da moralidade na política em geral e na política econômica, particularmente, tão difícil de se achar quanto uma zebra sem listras.

Não é nossa intenção aqui bater palmas gratuitas ao Banco Central, mas essa nossa instituição tem adotado medidas sérias para alcançar a prática de juros mais palatáveis ao tomador de crédito que, ao mesmo tempo, não acarrete níveis insuportáveis de risco para os dadores de recursos. Trata-se da criação de novas modalidades de instituições financeiras que atuarão em mercados mais restritos, com um custo bem mais baixo. Cuida-se também de regular o mercado da tecnologia bancária, no qual já atuam instituições financeiras e empresas similares no campo dos arranjos de pagamento. Elas não têm agências físicas, que passam a ser os celulares dos clientes e o seu computador central, simplificando muito e barateando o sistema.

Trata-se de um mundo novo, cujas fronteiras estão sendo construídas progressivamente, devendo o Banco Central tomar o devido cuidado para que o modelo não apresente vulnerabilidades que possam ser causa de quebras e de prejuízo experimentados pelos participantes, resultado, entre outras razões, da invasão de hackers que já têm feito um grande estrago até mesmo em setores em tese protegidos pelo *blockchain*.

Ainda existe um pormenor que, na verdade, e um *pormaior*, esquecido pelos candidatos mágicos, perdidos em suas loucas divagações financeiras. A nossa lei bancária tem a natureza de *lei complementar*. E o que é isto? Significa um entrave à sua mudança pelo Legislativo que, caso se situasse no plano da lei ordinária não complementar, poderia ser mudada muito facilmente, o que poderia se dar com grande irresponsabilidade e frequência a cargo dos *legisladores agrícolas*, especialistas na *plantação de jabuticabas*, inteligentemente *perdidas* em meio a textos legais longos e complexos, dentro dos quais sua presença somente seria tardiamente percebida quando o interessado viesse a se valer delas para buscar proveito moralmente indevido.

Ora, a lei 4.595/64, chamada de Lei de Reforma Bancária, já está perto dos seus quarenta e quatro anos e tem prestado valioso serviço na estruturação e funcionamento do nosso sistema financeiro. Pouco foi alterada e, se for o caso, que isto seja feito no âmbito de uma ampla discussão, a partir da constatação de quais sejam as suas eventuais deficiências, passado tanto tempo de sua promulgação, na presença de um universo financeiro substancialmente mais complexo do que o de década de sessenta do século/milênio passados.

E, quem sabe, finalmente poderá se chegar à construção de um nível de autonomia do Banco Central que lhe permita dar continuidade ao cuidado com a moeda, sua função precípua. Falar nessa autonomia significa virar alvo de pedradas de todos os lados, direita e esquerda indistintamente. Mas, ainda que imperfeita ou relativa e de *fato*, foi sua expressão que permitiu àquele Órgão tomar medidas que, mais tarde no tempo, seguraram o nosso mercado financeiro de grande quebra, marcadamente por ocasião das crises financeiras mais recentes.

E vamos deixar de pensar no tão falado *mandato duplo do Banco Central*, a ser instituído em mudança de sua competência para nela incluir a questão do nível de emprego, a exemplo do que acontece com o FED norte-americano. Em um país no qual o Ministério do Trabalho frequenta com muito destaque as páginas policiais dos jornais essa não seria uma alternativa inteligente, racional e eficaz. Por isso temos de nos defender: na área do Banco Central, *nem Corinthiano, nem Brasil!*

Aviso aos candidatos desavisados: partir para uma reviravolta voluntariosa no sistema financeiro pátrio é tão perigoso quanto cutucar uma onça com vara curta. Uma patada dela não encontrará defesa e vai causar grande estrago no incauto curioso. Isto porque, como sabe muita gente, o mercado financeiro faz parte de todo o sistema econômico e derrubar um dos seus pilares acarreta sempre um efeito em cascata. Não cabe aos *trabalhadores* de Jó jogarem esse dominó de forma inadvertida.

2018/2022, ai de nós! Alguém me arranje uma máquina de viagem no tempo, urgente!

O NOVÍSSIMO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CRIAÇÃO DO "HABEAS RENAN"

(Em algumas sociedades as pessoas são consideradas iguais, mas certas quantidades delas são "mais iguais do que as outras")

- 03.01.17 -

Muitos não se aperceberam, mas nos últimos dias foi promulgada uma lei muito especial, que passará a ser conhecida como *Novíssimo Código de Processo Civil*, a qual, estranhamente, contém um único instituto, que modificou profundamente o CPC recentemente promulgado, pela criação do *"habeas renan"*.

Para o leitor não acostumado ao jargão jurídico, vamos chamar os demais elementos essenciais desse instituto de *ingredientes*, tal como se faz em relação à receita de um prato a ser elaborado por um cozinheiro.

Portanto, como ingrediente de partida, absolutamente essencial para que alguém tenha direito ao novo tipo de *habeas corpus (livrar o corpo ou sair de banda)*, é preciso que o interessado seja uma pessoa que ocupe um importante cargo em qualquer dos Três Poderes. Pode ser, por exemplo, a presidência do Senado Federal (qualquer relação com a realidade

recente é mera coincidência, em relação à qual o autor não se responsabiliza). Esse instituto não valerá para "*gentalha*", como dizia D. Florinda, personagem do famoso programa do igualmente famoso comediante Chaves.

Os demais ingredientes são:

- uma acusação produzida por qualquer pessoa contra alguém, feita por meio de ação judicial;

- uma decisão judicial a ser cumprida, tendo em vista que o juiz entendeu que a acusação tinha fundamento (não precisa ser uma liminar monocrática, mas essas são as preferidas);

- um oficial de justiça designado para cumprir a decisão judicial;

- uma cadeira, e um grande bule de chá com a sua chávena (gastei o vernáculo), uma colher e açúcar ou adoçante, para que o dito oficial de justiça possa tomar o famoso *chá de cadeira* (o chá pode ser acompanhado ou não de biscoitos ou de sanduiches de pepino e *mortandela*, não devendo ser aceita essa prenda - viva o vernáculo! - ou *pixuleco* para não ficar configurado o crime de prevaricação por parte do nosso oficial de justiça);

- a negativa do réu em receber o oficial de justiça;

- segue-se o recebimento do oficial de justiça (não da liminar) por algum assessor do réu, que será encaminhado para a cadeira do chá;

- seguem-se infinitas consultas feitas pelo réu aos seus pares (e ímpares) para ver o que se faz, sendo que assinar a contrafé não consta do rol das alternativas;

- para a finalidade acima são necessários telefones celulares seguros, por meio dos quais são feitas ligações frenéticas entre diversas partes interessadas nos seus interesses (que, por acaso, coincidem com votações importantes no Congresso Nacional, cujo andamento depende quase exclusivamente do réu);

- a negativa não formal do réu em assinar a *contrafé* da decisão judicial trazida pelo oficial de justiça (que já está enjoado de tanto tomar chá) sob a alegação de que o segundo deverá voltar no dia seguinte para saber a decisão que será tomada pelo primeiro;

- frases públicas sobre o caso, caracterizadas pela falta de elegância, não raro sendo usadas palavras muito compridas, mais conhecidas como *palavrões*;

- frases privadas idem, que algumas vezes se tornam públicas e por isto ficamos sabendo delas;

- Uma reunião do plenário da mais Alta Corte do País, na qual se livra o réu de uma das penalidades que haviam sido estabelecidas, utilizando-se o processo salomônico de *serrar a criança ao meio*;

- Uma licença-saúde concedida ao oficial de justiça, que teve uma indigestão não somente causada por ter bebido muito chá; e

- A frustração da sociedade em geral, pois ela esperava que o réu tivesse sido condenado a *tomar o caminho de casa*.

Quanto à sociedade e sua frustração, bem feito. Quem manda ser besta e acreditar que existem duendes no Brasil, alguns deles chamados de *instituições*?

Assim sendo, nova *legem habemus*. Expressão de um *excesso nacional de democracia*, nos igualando assim a um progressista país latino-americano, que navega em um mar de calmaria e bonança. Pois naquela democracia tem alguém que não está mais *maduro*, mas podre. E a nossa nação verdadeiramente se revelou como a oligarquia que sempre foi. Talvez uma teocracia multiparte, tal como era o Olimpo, não estou bem certo.

Sobrou uma dúvida sobre uma atitude que o oficial de justiça encadeirado deveria ter tomado, não se sabendo se o fez. Isto porque, nos termos do art. 251, II do CPC, deveria ter lavrado termo no sentido de que o senador que deveria ter sido citado havia recusado a contrafé.

Há, sim, ia me esquecendo. O aludido injustamente acusado a partir de agora passa a assinar-se *Réunão Calheiros*, conforme a sempre correta interpretação da lei e da Justiça.

Cáspite!

***Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa** é sócio do escritório **Duclerc Verçosa Advogados Associados**. Professor Sênior do Departamento de Direito Comercial da USP.

"PLUS ÇA CHANGE, PLUS C'EST LA MÊME CHOSE"

ou

"Não há nada novo debaixo do sol"

- 27.03.19 -

Desde alguns anos a sociedade tem sido ameaçada com a destruição como nunca o fora antes através de sua história, e a ameaça ainda está longe de se desvanecer. Assistimos nestes últimos anos ao ressurgir de uma nova barbárie mais destruidora do que aquela a que o mundo teve que fazer frente na Idade das Trevas *("Dark Ages")* porque vem armada de todos os poderes da ciência e invenção da moderna tecnologia. Todas as defesas que a sociedade lenta e dolorosamente construíra num trabalho de séculos foram subitamente varridas, e pretendeu-se criar uma nova ordem baseada simplesmente na força e no terror em que tanto os direitos do homem como os das nações são espezinhados. Não é provável que tenha sido por acaso que esta nova barbárie se associou à heresia dum racismo que implica na negação da unidade e da civilização humana. Mas não se identifica com este credo um tanto artificial, e devemos estar preparados para encarar a possibilidade de que os males introduzidos no mundo moderno pela

ação deliberada de aventureiros políticos possam mostrar-se infecciosos num organismo debilitado por comoção súbita, seguindo um processo lento de desintegração social e espiritual. Não há dúvida de que os movimentos revolucionários, geralmente chamado fascistas, devem o sucesso não à sua força intrínseca, mas ao caminho seguido na exploração da preexistente fraqueza da sociedade e na união dos impulsos discordantes de frustração e de agressão, tanto sociais, como internacionais, na conquista do poder e da pilhagem. Mas a derrota do fascismo, por desgraça, não significa a remoção das causas que o produzem, e, enquanto elas perdurarem, o processo de desintegração provavelmente continuará, por mais completa que seja a alteração dos nomes e das ideologias dos partidos.

A restauração da sociedade é uma tarefa que nenhum partido político e nenhum Estado isolado são capazes de levar a cabo. Contudo, constitui isto uma questão de vida ou de morte para todos os homens e mulheres da sociedade humana – um problema ainda mais vital do que as questões de trabalho, de salário, de habitação e de saúde, de que, com razão, nós hoje temos tão nítida consciência; porque todas estas coisas pressupõem a existência de uma ordem social estável e, a não ser que as forças destruidoras que se libertaram possam ser convenientemente fiscalizadas esta base elementar do bem estar não poderá ser garantida.

Os últimos decênios revelaram um imenso e espantoso incremento dos poderes de destruição do homem sem a correspondente aquisição de qualidades sociais de que a civilização carece para poder usar tão terríveis poderes sem a si própria se destruir. Pelo contrário, o mundo está sob muitos aspectos mais pobre e mais débil do que antes da revolução científica. Nem isto é muito de surpreender. Porque as ilimitadas oportunidades de progresso material tornadas necessárias pela ciência moderna levaram a uma concentração de técnicas altamente especializadas e desviaram os pensamentos dos homens dos mais profundos níveis da realidade e da experiência espiritual em que as civilizações religiosas do passado baseavam toda a sua perspectiva de vida. Assim, a mecanização da vida moderna não significa somente que a nossa civilização se tornou mais poderosa, mais altamente organizada e mais complicada – significa também que se tornou mais extrovertida e superficial, menos firmemente arraigada no coração e na natureza humana e menos cônscia das realidades espirituais. Se a nossa civilização tem que sobreviver, necessário se torna restaurar um mais sadio equilíbrio entre a vida interior e suas atividades exteriores, cuja perda desequilibra por completo a balança da nossa cultura e ameaça esmagar o espirito humano, fonte criadora de todo o desenvolvimento, sob o peso da maquinaria que criou.

E para restaurar este equilíbrio vital é preciso em primeiro lugar que a sociedade tenha mais completa consciência da natureza de sua herança social e das raízes de suas tradições comuns, porque enquanto os nossos pensamentos se concentrarem nas coisas que nos dividem – conflitos econômicos de classe e conflitos políticos de nacionalidade – nós próprios confessadamente nos estamos tornando instrumentos ativos ou passivos das forças de desintegração.

Caro leitor, vamos dar uma paradinha por aqui porque tenho uma confissão a fazer. O texto acima não é da minha autoria. Trata-se de alguns parágrafos do prefácio da obra *"A Formação da Europa"*, de Christopher Henry Dawson (redigido pelo própria autor), escritor inglês que viveu entre 1889 e 1970, na tradução portuguesa da 7ª edição inglesa, cuja primeira edição é de 1932. Esta 7ª edição é de 1950, ou seja, cinco anos depois de término da Segunda Grande Guerra[54].

Esse precioso livro faz parte do cabedal da biblioteca deixada pelo meu pai, incorporado à minha, que de quando em vez eu visito para ali achar leituras preciosas, vindas de um passado

---

[54] *"A formação da Europa"*, Livraria Cruz, Braga (Portuga), 1956.

remoto ou mais próximo. Como se pode perceber, sua atualidade é praticamente total, tendo eu tomado a liberdade de, para os propósitos deste texto, mudado algumas palavras ou frases com o fim de descontextualizar uma abordagem voltada essencialmente para a Europa, objeto direto das preocupações daquele festejado autor, hoje um pouco esquecido, em sua época. Lembre-se que a Europa havia há pouco visto o fim (formal) de uma das guerras mais devastadoras da história da humanidade, na qual a barbárie alcançou níveis até hoje verdadeiramente indescritíveis, tendo como um dos seus fundamentos (no fundo, uma ponte para que objetivos escusos maiores pudessem ser atingidos) uma ideologia profundamente racista e *supremacista*, que hoje se vê infelizmente repetida no nível de alguns Estados nacionais e, no varejo, no comportamento de minorias violentas.

Não importa que Christopher Dawson tenha sido fundamentalmente um autor orientado pela sua fé no cristianismo católico, porque as suas ponderações têm um alcance universal. E delas podemos inferir que a tecnologia se incrementou de forma exponencial pelas várias décadas desde o aparecimento desse livro, ao mesmo tempo em que a sociedade humana continua a mesma em sua essência, nas suas qualidades e na sua loucura.

O que mudou?

Simplesmente a quase instantaneidade e a universalidade da transmissão das informações, ao lado da superação dos agentes intermediários entre tais informações e os seus destinatários. Nos dias de hoje em questão de segundos, uma postagem colocada nos domínios da internet circula todo o globo terrestre e influencia pessoas para o bem e, infelizmente, muito frequentemente, para o mal.

A partir de um governante supremo de um país, até um anônimo autor de uma barbaridade qualquer, todos têm acesso ao poder de difundir mensagens (ser um *"youtuber", um* "*twiterista*", ou um *"influenciador digital"* passou a representar nova atividade[55]), o que mostra que, no fundo, se cuida na atualidade, de uma mudança que se mostra ser fundamentalmente de grau e não de natureza, mas que apresenta profundos efeitos na sociedade. No passado, enquanto um louco qualquer divulgava o fruto de sua loucura de cima de um caixote de madeira em uma praça, ou por meio de poucos ou muitos exemplares escritos (cujo custo deveria ser pago por alguém), sua circulação era muito limitada, na época atual, como se sabe, a difusão das ideias é barata e imediata.

Não cabe aqui perscrutar as complexas razões pelas quais o exemplo da insânia violenta afeta tão profunda e rapidamente seguidores por todos os lugares. Veja-se a propósito os recentes massacres na escola de Suzano e na Nova Zelândia, o primeiro deles certamente inspirado no seu *modelo* de *Columbine*. Será culpado o celular, o tablete, a internet? Respostas fáceis, muitas vezes falsas e incompletas fazem parte de explicações encontradas em todos os lugares, no plano de conversas de botequim.

A resposta da sociedade, no recolhimento *a posteriori* de postagens agressivas aos valores comuns, é tardia e extremamente limitada. Ela corre *atrás do prejuízo*, sem jamais poder extirpá-lo por inteiro, tal como a conhecida historieta relativa à impossibilidade de se reaver todas as penas que compunham um travesseiro rasgado, espalhadas ao vento.

Para o autor em foco a solução estava na volta aos valores que ele defendia e que, no fundo são os mesmo das nossas preocupações diuturnas. Podemos dizer que se trata de valores universais, não importando a crença de cada um, mas é necessário resgatá-los. E neste sentido a revalorização família é a pedra fundamental e disto ninguém duvida. A questão está em como

---

[55] Situações nas quais quem não tem nada de valor a transmitir passa para o seu rebanho inerte todo um falso conteúdo de comportamento.

chegar a esse resultado, considerando todas as dificuldades impostas pela sociedade moderna, na qual a exigência de trabalho intenso se impõe como uma questão de natureza ampla: econômica e pessoal. No plano econômico a conjunção dos ganhos do casal e muitas vezes dos filhos é essencial para a sobrevivência revestida de uma dignidade mínima. No plano pessoal frequentemente os indivíduos elevam os seus alvos a um patamar superior às necessidades materiais (mesmo considerada a busca de um padrão mais elevado de conforto e de facilidades), na busca de uma posição de relevo que, no futuro, se revelará vazia e frustrada.

Dentro dos cenários acima procura-se jogar para a escola uma função e uma responsabilidade que não lhes são próprias e, na escola pública, repleta de vicissitudes, mesmo o esforço dos seus dirigentes e professores muitas vezes abnegados é absolutamente incompatível com a ideia da substituição da família. E a valorização desta, mediante a facilitação de maior convivência de pais e filhos – especialmente os pequenos – não é objeto de políticas públicas, como é o caso do Brasil, políticas estas que deveriam dar condições aos empresários para delas fazerem parte.

Mas, convenhamos, mesmo que se lhes dessem todas as oportunidades e condições para tal, muitos pais abdicariam de sua função própria (como aliás acontece em muitos lares), deixando seus filhos nas mãos de babás e de creches de tempo integral para poderem se dedicar livremente a outras coisas menos nobres. Tudo consiste numa questão de valores.

Cabe, portanto, reforçar o que disse há noventa anos o nosso caro Christopher Dawson: *"se a nossa civilização tem que sobreviver, necessário se torna restaurar um mais sadio equilíbrio entre a vida interior e suas atividades exteriores, cuja perda desequilibra por completo a balança da nossa cultura e ameaça esmagar o espirito humano, fonte criadora de todo o desenvolvimento, sob o peso da maquinaria que criou".*

A esperança é a última que morre, é o que se repete. E esperamos que não morra.