

**COLEÇÃO MESTRADO PROFISSIONAL
FGV DIREITO SP**

Trabalhos destacados de discentes titulados em 2019

Mario Engler Pinto Junior
(Organizador)



SYNERGIA
E D I T O R A

 **FGV DIREITO SP**

COLEÇÃO MESTRADO PROFISSIONAL
FGV DIREITO SP

Trabalhos destacados de discentes titulados em 2019

Mario Engler Pinto Junior
(Organizador)

Copyright © 2021 Mario Engler Pinto Junior e Escola de Direito de São Paulo da
Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP)
Todos os direitos desta edição reservados à Synergia Editora e à Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP)

Editor Jorge Gama

Editora assistente Isabelle Assumpção

Capa Equipe Synergia

Diagramação Flávio Meneghesso

Revisão Natália Mendonça

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ
Camila Donis Hartmann - Bibliotecária - CRB-7/6472

T681

Trabalhos destacados de discentes titulados em 2019 / organizador
Mario Engler Pinto Junior. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Synergia, 2021.
441 p. ; 16cm x 23cm.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-86214-46-8

1. Direito tributário - Brasil. 2. Negócio jurídico - Brasil. 3. Direito
empresarial - Brasil. 4. Direito comercial - Brasil. I. Pinto Junior, Mario
Engler.

20-65038

CDU 34:351.713:347.7(81)



Livros técnicos, científicos e profissionais

Tel.: (21) 3259-9374

www.synergiaeditora.com.br / comercial@synergiaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva reúne artigos de autoria de alunos que cursaram diferentes linhas do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), cujos trabalhos de conclusão foram bem avaliados e receberam a indicação à premiação pela respectiva banca examinadora. Esses trabalhos, assim aprovados, foram apresentados e comentados em evento acadêmico realizado em 2020.

O evento se repete anualmente e tem como principal objetivo compartilhar com a comunidade jurídica os resultados da pesquisa discente desenvolvida no Mestrado Profissional. Entre os trabalhos indicados à premiação, alguns mereceram destaque especial a partir do olhar de avaliadores externos.

Os artigos que compõem a obra coletiva foram inspirados em achados e reflexões produzidas no âmbito do trabalho de conclusão de seus autores. Tratou-se de um exercício desafiador a transformação do texto mais extenso do trabalho de conclusão em um artigo conciso e objetivo, com vistas a transmitir basicamente o mesmo conteúdo, porém, reduzido à sua essencialidade. Com isso, permite-se ao leitor comum apropriar-se, de forma ágil e agradável, do conhecimento condensado no artigo, sem prejuízo de ter acesso ao trabalho completo, que permanece disponível para consulta pública na Biblioteca Digital da FGV.

Antecedendo cada artigo da coletânea, há uma breve apresentação escrita pelo docente responsável pela orientação do respectivo trabalho de conclusão.

Em alguns casos, aluno e orientador optaram por produzir um artigo de autoria conjunta. Esse formato de produção intelectual tenta vencer o preconceito, muito peculiar da área do Direito, de publicações em regime de coautoria discente-docente.

O Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP tem procurado estimular o aluno a se dedicar a uma pauta de pesquisa sobre problemas do mundo real, ainda não resolvidos de modo totalmente satisfatório. Nesse sentido, o programa oferece ao aluno ingressante uma lista organizada de oportunidades de pesquisa discente, elaborada pelos docentes interessados em tornar mais orgânicas e sinérgicas as suas próprias agendas de pesquisa. As propostas de pesquisa discente também se baseiam em demandas identificadas no contexto de parcerias mantidas com entidades públicas e privadas.

Os trabalhos selecionados e os artigos deles decorrentes são bons exemplos do modelo de pesquisa adotado no Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP, cuja tônica recai sobre o caráter aplicado do resultado da investigação. A utilidade prática é relevada pelo componente prescritivo do trabalho, sob a forma de recomendações de conduta dirigidas precipuamente aos operadores do Direito e formuladores de políticas públicas.

O trabalho não se limita a discutir uma questão conceitual ou um problema hermenêutico situado no plano puramente abstrato, nem se limita à apresentação de um diagnóstico de situação problemática ou do resultado de uma observação analítica; tampouco precisa explorar desavenças doutrinárias ou buscar avançar proposições teóricas. No fundo, o pesquisador se serve do referencial teórico-normativo disponível para resolver questões práticas, embora sem deixar de lado o senso crítico ou descurar da solidez da fundamentação jurídica das soluções propostas.

O domínio da legislação aplicável, assim como dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes, possui função instrumental e não é encarado como o objetivo final do trabalho. Importa menos dar uma resposta com pretensões de verdade dogmática do que mapear controvérsias jurídicas para identificar riscos e sugerir alternativas de mitigação.

Para dar conta disso, a pesquisa deve se preocupar inicialmente em conhecer e compreender o contexto fático, a partir de uma visão integrada e multidisciplinar da realidade, para então identificar estratégias de ação juridicamente embasadas. Essa postura transcende a dicotomia clássica entre lícito e ilícito, que tem orientado a produção doutrinária na área jurídica. Não basta ao jurista moderno responder a questões sobre legalidade de condutas; ele também precisa formular juízos de equidade ou de conveniência, dentro da moldura legal previamente definida.

De outro lado, o saber jurídico relevante não mais se amolda às fronteiras disciplinares tradicionais do Direito, que se tornaram artificiais em face da complexidade dos problemas do mundo atual. Tampouco o Direito pode ser corretamente aplicado sem levar em conta a realidade concreta e as consequências práticas das soluções propostas.

Para cumprir sua missão, tanto o pesquisador acadêmico quanto o profissional militante devem ser capazes de transitar entre os vários ramos do Direito e manter diálogo com outras áreas afins do conhecimento. A conexão com a realidade concreta também demanda esforço adicional de investigação, pois transcende a consulta às fontes tradicionais da pesquisa jurídica (legislação, doutrina e jurisprudência).

É necessário que o pesquisador utilize outras fontes de informação ou meios de consulta, como análise documental, banco de dados, entrevistas com atores relevantes e o uso da própria experiência (desde que devidamente explicitada e qualificada). Daí resulta um trabalho de pesquisa que não se serve apenas de referências bibliográficas, nem se limita a reproduzir conhecimento doutrinário já publicado.

O trabalho precisa ainda problematizar e discutir as questões jurídicas sensíveis, considerando o contexto fático em que estão inseridas. As polêmicas não devem ser apresentadas de forma maniqueísta ou sustentadas por argumentos retóricos. É essencial que as reflexões sejam dotadas de rigor acadêmico, o que pressupõe a análise de posições contrapostas, mostrando os vários ângulos do problema, de maneira neutra e abrangente.

Por fim, o trabalho deve adotar uma conclusão propositiva, que responda objetivamente a questões sobre como agir e com que cautelas; o que faz sentido; qual a melhor estratégia.

Espera-se que a obra coletiva proporcione ao leitor não apenas a aquisição de conhecimento qualificado e teoricamente robusto, mas sobretudo útil e diretamente aplicável à atividade profissional. Os seus autores e correspondentes orientadores estão de parabéns!

Mario Engler Pinto Junior

Professor e Coordenador do Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP

AUTORES

Alceu Conceição Machado Neto

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC. Especialista em Direito Privado pelo IBEJ-CESCAGE. Especialista em Processo Civil pela Universidade Positivo. Possui graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Sócio na Sociedade de Advogados Alceu Machado, Sperb & Bonat Cordeiro.

Alexandre Pacheco da Silva

Doutor em Política Científica e Tecnológica pelo Instituto de Geociências da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Bacharel em Direito pela FGV DIREITO SP. Professor dos programas de graduação e pós-graduação da FGV DIREITO SP. Coordenador do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) e fundador do Laboratório de Empresas Nascentes de Tecnologia (LENT) e do Labtech na FGV DIREITO SP.

André Rodrigues Corrêa

Pós-Doutor pela University of Edinburgh School of Law (Old College). Post-Doctoral Fellow no Edinburgh Institute for Advanced Studies in the Humanities. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Professor da graduação e do programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

Anna Lygia Costa Rego

Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Regulação e Economia da Energia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduada em Economia pela UFRJ e em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

Antonio Carlos de Oliveira Freitas

Mestre em Direito dos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Comissão de Agronegócio, do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP). Sócio do escritório Luchesi Advogados.

Carolina Matthes Dotto

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). LLM na Universidade de Colônia, Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada Sênior na Tozzini Freire Advogados.

César de Lucca

Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduação em Direito Tributário pelo Insper. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Sócio do escritório Fazano & De Lucca Advogados.

Constanza Bodini

Mestre em Direito dos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). LLM em Direito Financeiro pela University of Illinois. Especialista em direito empresarial pela Universidade de Buenos Aires. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada graduada pela Universidade Católica Argentina e inscrita na OAB-SP e na OAB-Buenos Aires. Trabalhou no IDB Invest, braço do BID, nos EUA e na Argentina. Diretora da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo.

Daniel de Paiva Gomes

Mestre em Direito Tributário Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutorando e especialista em Direito Tributário Nacional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC). Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tri-

butário (IBDT). Coordenador da subcomissão de Tributação da Economia Digital da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB-SP. Pesquisador do Instituto de Aplicação do Tributo (IAT). Professor de cursos de extensão e pós-graduação *lato sensu* no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e no (IBDT), respectivamente. Advogado em São Paulo.

Daniela Monteiro Gabbay

Professora do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Visiting fellow na Yale University e na London School of Economics and Political Science (LSE).

Emanoel Lima da Silva Filho

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Graduação em Direito pela Universidade Ceuma. Sócio do escritório SABZ Advogados.

Fernando Ferreira Rebelo de Andrade

Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduação em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Formado pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Sócio do escritório Severien Andrade Advogados.

Fernando Figueiredo Linhares Piva de Albuquerque Schmidt

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Procurador efetivo da Câmara Municipal de Campinas-SP. Diretor da WATZ s.a.

Flavio Rubinstein

Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School (EUA). Senior Fellow e Professor do Programa de Mestrado da University of Melbourne Law School (Austrália), em 2014. Professor do Programa de Pós-Graduação FGV LAW Lato Sensu da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Professor do Global Law Program da FGV DIREITO SP. Professor do Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP e do MBA em Planejamento Tributário e Gestão de Tributos da FGV. Professor da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu.

Gabriela Alves Mendes Blanchet

Mestre em Direito Empresarial, Societário e Contratual pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduação em Direito Material Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Sócia do escritório Blanchet Advogados.

Guilherme Villas Bôas e Silva

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Sócio do escritório Pinheiro Neto Advogados.

Henrique Celso de Castro Sant'Anna

Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduação em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Sócio de Sant'Anna & Netto Sociedade de Advogados.

José Alves Ribeiro Júnior

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Cofundador, Coordenador Acadêmico e Professor na Expertise VBSO. Professor na Faculdade Baiana de Direito e Gestão e no Instituto Brasileiro de Direito do Agronegócio (IBDA). Professor assistente no Insper. Sócio do escritório VBSO Advogados.

Juliana Furtado Costa Araujo

Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Procuradora da Fazenda Nacional em São Paulo.

Leonel Cesarino Pessôa

Graduado em Direito e em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP), instituição na qual fez também o Doutorado em Direito. Foi visiting scholar na New School for Social Research, na Università Commerciale Luigi Bocconi, na Università degli Studi di Milano e pesquisador no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Professor no Programa de Mestrado Profissional e na Graduação e pesquisador na Coordenadoria de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

Leonor Cordovil

Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo e em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne (cotutela de tese). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais em. Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne (reconhecido como Mestrado Stricto Sensu pelo MEC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Entre julho e novembro de 2008, foi pesquisadora e bolsista do PhD Internship Programme organizado pela Organização Mundial do Comércio. Professora do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

Lie Uema do Carmo

Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). LL.M. pela University of Chicago. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) nos cursos de graduação, pós lato sensu e mestrado profissional.

Luciana Pires Dias

Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Escola de Direito da Universidade de Stanford (Master of the Science of Law - J.S.M.). Bacharel em Direito pela USP. Professora do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Sócia do L|Dias Advogados. Membro de diversos Conselhos de Administração e Comitês de Auditoria.

Luiz Paulo Lago Daló

Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). LL.M em Finance and Capital Markets pelo IBMEC. LL.M em Corporate Law pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Sócio do escritório Daló e Tognotti Advogados.

Mônica Steffen Guise Rosina

Doutora em Direito Internacional Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

Professora do Programa de Mestrado Profissional, da Graduação e da Pós-Graduação FGV LAW lato sensu da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

Murilo Résio de Castro

Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Pós-graduação em Direito Empresarial pelo IGDE. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Contabilidade da FGV – GEDEC, e membro da Comissão de Competitividade da OAB Nacional.

Rafael Albuquerque Gomes de Oliveira

Mestre em Direito Público pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Advogado e Procurador do Município de Manaus (AM).

Tathiane Piscitelli

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Coordenadora do Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional da FGV DIREITO SP. Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Vanessa Pereira Rodrigues Domene

Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Sócia de Lima Junior, Domene Advogados.

Wanderley Fernandes

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela University of Illinois at University of Illinois at Champaign-Urbana – College of Law (LLM). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

SUMÁRIO

1 A SUCESSÃO NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Alceu Conceição Machado Neto, 4

2 A VIABILIDADE JURÍDICA DA CÉDULA DE PRODUTO RURAL ELETRÔNICA: E-CPR

Antonio Carlos de Oliveira Freitas, 32

3 BENS MÓVEIS COMO GARANTIA: INOVAÇÕES NO REGISTRO PARA FAVORECER O CRÉDITO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

Constanza Bodini, 51

4 CONTRATOS DE INVESTIMENTO EM *STARTUPS*: OS RISCOS DO INVESTIDOR-ANJO

Emanoel Lima da Silva Filho e Alexandre Pacheco da Silva, 73

5 A CLÁUSULA *SHOTGUN* EM ACORDOS DE SÓCIOS

Gabriela Alves Mendes Blanchet, 102

6 NOTAS SOBRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS COMPANHIAS SECURITIZADORAS

José Alves Ribeiro Júnior, 124

7 OBSTÁCULOS PARA A AMPLIAÇÃO DO USO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NAS OPERAÇÕES ESTRUTURADAS VIA EMISSÃO DE CERTIFICADOS DE RECEBÍVEIS IMOBILIÁRIOS (CRI)

Luiz Paulo Lago Daló e André Rodrigues Corrêa, 144

8 GARGALOS TRIBUTÁRIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

César de Lucca, 170

9 A TRIBUTAÇÃO PELO IMPOSTO DE RENDA BRASILEIRO DE INVESTIMENTOS DE PESSOAS FÍSICAS EM CRIPTOMOEDAS

Daniel de Paiva Gomes e Flávio Rubinstein, 196

- 10 O INTERESSE COMUM REFERIDO PELO ART. 124, I, DO CTN, COMO PARÂMETRO JURÍDICO FUNDAMENTAL À RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DE PESSOAS JURÍDICAS INTEGRANTES DE GRUPOS ECONÔMICOS**
Fernando Ferreira Rebelo de Andrade, 222
- 11 O IMPACTO DO ARGUMENTO FINANCEIRO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**
Guilherme Villas Bôas e Silva, 246
- 12 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INSTITUÍDA PELO ART. 373 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO TRIBUTÁRIO**
Henrique Celso de Castro Sant'Anna e Juliana Furtado Costa Araujo, 266
- 13 ELEVANDO A COMPETITIVIDADE BRASIL ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO DO ART. 146-A DA CF/1988**
Murilo Rêzio de Castro, 295
- 14 ADERÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**
Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Juliana Furtado Costa Araujo, 319
- 15 REMÉDIOS ESTRUTURAIS EM CASOS DE CONDUTA – UMA SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS A PARTIR DA ANÁLISE DO ARCABOUÇO JURÍDICO BRASILEIRO E DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DA UNIÃO EUROPEIA**
Carolina Matthes Dotto, 349
- 16 INFRAESTRUTURA PÚBLICA E DIREITOS DE AUTOR: SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA ALTERAÇÃO DE PROJETOS DE ARQUITETURA E ENGENHARIA**
Fernando Figueiredo Linhares Piva de Albuquerque Schmidt e Mônica Steffen Guise Rosina, 372
- 17 O REDESENHO DO SISTEMA DE COBRANÇA E A IMPLANTAÇÃO DO CEJUSC DÍVIDA ATIVA COMO ALTERNATIVA À EXCLUSIVA JUDICIALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA ADOTADA NO MUNICÍPIO DE MANAUS**
Rafael Albuquerque Gomes de Oliveira, 401

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 1

Uma das estratégias utilizadas por agentes econômicos para fugir às responsabilidades decorrentes do desempenho da atividade empresarial é a transferência do estabelecimento (compreendido como complexo de bens funcionalmente destinados ao exercício da atividade econômica) para terceiro. Isso porque, com a transferência dos bens vinculados ao exercício da atividade que poderiam servir de ativos para a satisfação dos interesses dos credores, o agente econômico em dívida – uma vez que dê fim ao ou oculte o valor monetário obtido com a transferência – irá dificultar ou mesmo impossibilitar que uma eventual condenação sua a pagar leve a uma efetiva constrição patrimonial: será condenado a pagar, mas estará numa situação na qual não haverá bens sobre os quais seus credores poderão exercer essa pretensão satisfativa.

Diante da recorrência dessa estratégia, o Código Civil de 2002 introduziu um conjunto de regras que tem a pretensão de impedir que agentes econômicos consigam, por meio desse expediente, prejudicar seus credores. Uma das alterações foi a de tornar a eficácia do negócio de transferência, nas hipóteses nas quais ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, dependente do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação (art. 1145, CC/2002),¹ outra foi tornar o adquirente do estabelecimento responsável solidário pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados (art. 1146, CC/2002).

A dinâmica existente entre as estratégias de “fuga da responsabilidade” adotadas por devedores, os mecanismos de “ampliação de garantias” adotadas

¹ A violação do art. 1145 do CC/2002 tem efeito ainda mais grave do que a ineficácia do negócio jurídico, pois conforme o disposto no art. 94, III, alínea “c”, da Lei nº 11101/2005, será decretada a falência do devedor que, sem que tal operação conste do plano de recuperação, transferir estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo.

por credores e as “respostas corretivas” provenientes do aparato estatal por intermédio das alterações legislativas e/ou desenvolvimentos jurisprudenciais tem sido objeto de importantes textos de reflexão acadêmica.² O trabalho de Alceu Conceição Machado Neto, do qual tive a grande alegria de ser orientador e do qual se extrai o artigo que muito gentilmente fui convidado a prefaciar, é uma contribuição importante dentro dessa linhagem de pesquisa e agrega, como se espera de uma pesquisa realizada no âmbito do programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, à consistente reflexão acadêmica uma preocupação de construção de parâmetros para que agentes econômicos possam avaliar os riscos jurídicos existentes na decisão de celebrar contratos de arrendamento de estabelecimentos empresariais, mormente o risco de reconhecimento da ocorrência de “sucessão empresarial”.³

Trabalhos como o que o leitor está prestes a ler têm por objetivo não apenas apontar as inconsistências das orientações jurisprudenciais, mas indicar medidas que possam ser tomadas pelos agentes econômicos para reagir adequadamente ao cenário produzido por essas mesmas orientações: assim, uma vez tendo sido avaliado o risco de realização da operação de arrendamento, sejam criados arranjos contratuais que, em atenção às linhas de argumentação apresentadas nessas decisões que reconhecem ou afastam a responsabilidade do arrendatário, sejam capazes de reduzir a probabilidade do reconhecimento desse efeito e/ou sejam capazes de alocar adequadamente entre as partes (arrendador-arrendatário) os custos decorrentes dessa responsabilização. Trata-se, portanto, do desenvolvimento de um saber jurídico que sirva ao desenvolvimento econômico na forma de um aumento de segurança

² Entre os textos paradigmáticos sobre o tema, ver Lynn M. LoPucki, “The Death of Liability”, *Yale Law Journal* 106, 1996, e Bruno Meyerhof Salama, *O fim da responsabilidade limitada no Brasil – História, Direito e Economia*, Malheiros, 2014.

³ Embora o art. 1.146, CC/2002, mencione expressamente apenas o “adquirente” como passível de imputação de responsabilidade solidária pelos débitos anteriores, a atenta leitura da jurisprudência de alguns tribunais de justiça estaduais (a pesquisa centrou seu levantamento no estoque de decisões presentes no site do Tribunal de Justiça de São Paulo no período entre 2002 e 2018) revela que alguns credores de alienantes de estabelecimento comercial criaram teses bem-sucedidas de responsabilização do arrendatário pelo passivo do estabelecimento arrendado. A extensão da responsabilidade dos débitos do devedor para abarcar patrimônios de terceiros com quem o devedor possuía específicas relações contratuais é medida defendida por alguns autores que se debruçaram sobre o fenômeno que LoPucki chama de “morte da responsabilidade”: “The system has available to it a number of radical strategic responses by which some commentators think liability might be saved. They include abolishing shareholder limited liability, granting involuntary creditors priority over secured creditors such as mortgage holders, and extending liability to all who trade with those who have liability” (The death of liability, *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 1 (Oct. 1996), p. 1-92, p. 6).

jurídica pela introdução, como premissa do desenho dos negócios jurídicos, das orientações jurisprudenciais após cuidadosa avaliação da sua consistência normativa, aceitação prática e disseminação institucional.

Se é verdade que “quem sabe faz a hora, não espera acontecer”,⁴ já está na hora de o caro leitor deste prefácio passar à leitura do importante artigo escrito por Alceu Conceição Machado Neto, para que, após a leitura, saiba fazer o que é necessário para que negócios fundamentais num momento de crise econômica – arrendamento de estruturas empresariais subaproveitadas – possam acontecer em segurança. Boa leitura.

André Rodrigues Corrêa

⁴ Geraldo Vandré, “Pra não dizer que não falei das flores (Caminhando)”, *Single*, 1968.

A SUCESSÃO NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL¹

Alceu Conceição Machado Neto

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 alterou a forma de responsabilização do adquirente pelos débitos do estabelecimento comercial. Antes de 2002, o adquirente não tinha qualquer responsabilidade pelo pagamento do passivo do estabelecimento anterior à data da compra. Após 2002, o adquirente passou a ser responsável por esse pagamento, na forma estipulada no art. 1.146 do Código Civil.

A mudança na forma de responsabilização do adquirente serviu de fundamento para os credores do estabelecimento comercial criarem teses de responsabilização do arrendatário pelo passivo do estabelecimento arrendado.

Mesmo não havendo qualquer disposição legal estabelecendo que o arrendatário será responsável pelo passivo do estabelecimento arrendado, e mesmo considerando as características do contrato de locação, há diversos precedentes judiciais reconhecendo tal responsabilidade.

Ressalte-se, desde já, que, para evitar confusões conceituais, no presente artigo, o termo arrendamento será utilizado como sinônimo de locação.

¹ Artigo adaptado da dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em direito, na área de concentração em direito dos negócios, sob a orientação do prof. dr. André Rodrigues Corrêa.

A doutrina não diverge dessa possibilidade: Silvio de Salvo Venosa² leciona que “o termo arrendamento é sinônimo de locação, sendo utilizado entre nós preferentemente para as locações imobiliárias rurais. Nada impede que, para ser evitada repetição, locação e arrendamento, locar e arrendar sejam utilizados indistintamente”.

A ausência de expressa disposição legal responsabilizando o arrendatário e a existência de decisões judiciais admitindo essa responsabilidade geram insegurança aos pretensos arrendatários de estabelecimento comercial.

Para demonstrar a insegurança jurídica que existe em torno da matéria, foram pesquisadas as decisões judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo proferidas após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11 de janeiro de 2003) até 4 de junho de 2018. A pesquisa de jurisprudência demonstra a existência de três posições antagônicas, uma admitindo a responsabilidade do arrendatário, a outra não admitindo e uma terceira posição defendendo a nulidade do contrato de arrendamento.

O objetivo do presente artigo é clarear esse importante negócio jurídico, analisando os aspectos que envolvem as decisões sobre a responsabilidade do arrendatário pelo pagamento do passivo de terceiro (no caso, o proprietário do estabelecimento arrendado).

Para tanto, o presente artigo foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo identifica os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para reconhecer a responsabilidade do arrendatário.

No segundo capítulo são apontados os fundamentos adotados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para não reconhecer a responsabilidade do arrendatário pelo pagamento das dívidas do estabelecimento arrendado.

A pesquisa perante o Tribunal de Justiça de São Paulo ainda identificou uma terceira posição, a qual considera que, se o contrato de arrendamento foi firmado com o objetivo de simular outra operação, a consequência não será a responsabilização do arrendatário, mas, sim, a decretação da nulidade do contrato.

Por fim, no quarto e último capítulo, são apresentadas recomendações práticas com o objetivo de minorar os riscos de o arrendatário ser envolvido em uma disputa judicial visando responsabilizá-lo por débitos de terceiros, principalmente considerando-se a falta de uniformização da jurisprudência.

As recomendações práticas têm a finalidade de apontar, com base nos fundamentos das decisões judiciais identificados nos três primeiros capítulos,

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 138.

as precauções que deverão ser tomadas pelo arrendatário quando da negociação e celebração do contrato de arrendamento, as cláusulas contratuais que deverão ser evitadas e as cautelas que deverão ser tomadas antes da celebração do contrato.

2. FUNDAMENTOS PARA RESPONSABILIZAR O ARRENDATÁRIO

2.1 Critérios de pesquisa adotados e os fundamentos adotados

O presente artigo propôs analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de identificar os fundamentos que estão sendo adotados para responsabilizar o arrendatário pelo pagamento de débitos de terceiros, constituídos em data anterior à celebração do contrato de arrendamento do estabelecimento.

A pesquisa foi realizada no *site* do Tribunal, abrangendo todas as decisões proferidas desde 11 de janeiro de 2003 até 4 de junho de 2018.

O início da pesquisa ficou limitada à data da entrada em vigência do Código Civil de 2002, já que as discussões sobre a reponsabilidade do arrendatário por dívidas do proprietário do estabelecimento tornaram-se recorrentes em razão da aplicação por analogia do disposto no seu art. 1.146. Até a entrada em vigência do Código Civil de 2002, conforme afirma Oscar Barreto Filho,³ considerava-se que o passivo não integrava o estabelecimento, em consequência, a regra era a de que o adquirente não se tornava sucessor do alienante.

A pesquisa foi realizada com base em dois critérios de pesquisa e a fonte para a coleta do material foram os dados processuais disponíveis para consulta pública⁴ no *site* do tribunal.

³ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 228/229.

⁴ As principais razões para a pesquisa ter sido realizada diretamente no *site* do tribunal são: (i) o inteiro teor das decisões está disponibilizado para a consulta; (i) a possibilidade de verificação da correção dos dados da pesquisa, por serem públicos; e (iii) a seleção dos acórdãos representa aquilo que o próprio tribunal entende como sua orientação jurisprudencial.

O primeiro parâmetro foi com a utilização dos termos sucessão, arrendamento e imóvel.⁵ O resultado dessa busca foi de 285 (duzentos e oitenta e cinco) acórdãos sobre o tema. Limitando-se a pesquisa as Câmaras de Direito Privado do Tribunal, constata-se a existência de 114 (cento e quatorze) decisões sobre a questão da sucessão. A pesquisa não abrangeu as decisões monocráticas proferidas pela Corte Paulista.

O segundo parâmetro foi com a utilização dos termos sucessão, locação e estabelecimento.⁵ Com esse parâmetro, foram identificados 776 (setecentos e setenta e seis) acórdãos sobre o tema. Limitando-se a pesquisa às decisões proferidas pelas Câmaras de Direito Privado, constata-se que foram proferidas 617 (seiscentas e dezessete) decisões sobre o tema.

Todas as decisões foram analisadas, tendo sido excluídas todas as decisões interlocutórias em cujo caso não houve decisão de mérito e as decisões cujo objeto não tinha relação com a questão da sucessão do arrendatário por dívidas de terceiros.

As decisões que não se enquadravam nos critérios descritos no parágrafo anterior foram analisadas, a fim de identificar os seus fundamentos.

Com base nessas informações foram identificados os seguintes argumentos utilizados nas decisões judiciais para responsabilizar o arrendatário: (i) identidade de atividade exercida no estabelecimento; (ii) aquisição do estabelecimento comercial; (iii) prejuízos aos credores; (iv) confusão patrimonial e operacional; (v) mesmo grupo econômico; (vi) precedente da Justiça do Trabalho; (vii) estipulação de remuneração variável; e (viii) o aproveitamento do *goodwill*.

2.2 Análise dos fundamentos adotados

2.2.1 Da atividade exercida no estabelecimento.

Em muitas situações, o estabelecimento arrendado é utilizado para o exercício da mesma atividade exercida pelo ocupante anterior. Tal coincidência de atividade decorre, em muitas situações, em razão das próprias características do estabelecimento arrendado.

⁵ A pesquisa foi realizada com os três termos, sem a inserção de aspas. O resultado da pesquisa apresentou todas as decisões que continham as três palavras na ementa e no próprio acórdão.

Não há como se imaginar que o arrendamento de um posto de combustível, de um armazém, de um hospital ou de uma planta industrial, entre diversas outras atividades, não seja firmado para o exercício da mesma atividade.

Mesmo sendo evidente que determinados tipos de estabelecimento normalmente serão utilizados para o exercício da mesma atividade, há decisões judiciais reconhecendo a sucessão com base no fato de que o arrendatário está exercendo a mesma atividade exercida pelo ocupante anterior do estabelecimento.⁶

No julgamento da Apelação Cível nº 0025259-80.2013.8.26.0506⁷ restou consignado que, mesmo existindo o contrato de arrendamento de uma planta industrial, o arrendatário deverá ser responsabilizado pelas dívidas do proprietário do estabelecimento, uma vez as empresas estão sediadas no mesmo endereço e possuem o mesmo ramo de atividade. Em que pese o arrendatário ter demonstrado que a única relação existente entre as partes era o contrato de locação do parque industrial, o relator decidiu que havia indícios suficientes⁸ de que as operações foram firmadas com o objetivo de fraudar os credores do proprietário do estabelecimento arrendado.

Em outro precedente,⁹ envolvendo as instalações de uma unidade hospitalar, o Tribunal também admitiu a responsabilização do arrendatário, sob o pressuposto de que a sucessora passou a exercer a mesma atividade da sucedida, no mesmo local e admitiu os seus funcionários, tudo sem solução de continuidade.

A responsabilidade restou reconhecida em razão de não restar evidenciado que tipo de acerto fizeram as duas administradoras do hospital sobre equipamentos, ativos, passivos, funcionários, estoques, ponto, enfim, o fundo

⁶ Nesse sentido: (i) AC 1002859-27.2017.8.26.0664; (ii) AC 1067994-63.2016.8.26.0100; (iii) AC 1000622-68.2016.8.26.0142; (iv) Ag 2252966-63.2016.8.26.0000; (v) Ag 2075746-15.2015.8.26.0000; (vi) AC 0027050-03.2007.8.26.0019; (vii) Ag 7152981-2; (viii) AC 655434-00; (ix) Ag 948.439-0; (x) Ag 0282536-07.2011.8.26.0000; (xi) AC 2099-16.2010.8.26.0123; (xii) Ag 2068670-08.2013.8.26.0000; (xiii) Ag 155098-27.2013.8.26.0000; (xiv) Ag 2254101-13.2016.8.26.0000; (xv) AC 0007587-49.2007.8.26.0157; (xvi) AC 53994-63.2012.8.26.0602; e (xvii) AC 990.09.336431-0.

⁷ TJSP. Rel. Des. João Camilo de Almeida Prado Costa. 19ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 05/07/2017.

⁸ Os indícios seriam de que: (i) o contrato de arrendamento estabelecia que o valor da remuneração seria calculado de forma variável (com base na cana de açúcar moída a cada mês), o que indica que a relação tinha natureza de exploração comercial do parque industrial; (ii) as empresas não têm o mesmo quadro societário, mas estão sediadas no mesmo endereço e possuem a mesma atividade; (iii) há precedentes trabalhistas; (iv) a responsabilidade do arrendatário deve ser reconhecida pela sucessão empresarial e pela configuração de grupo econômico

⁹ TJSP. AC 9185877-45.2009.8.26.0000. Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves. 12ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 03/04/2013.

de comércio, bens corpóreos e incorpóreos. Também não restou comprovado o que as partes acordaram sobre os pacientes que ficaram internados.

As duas decisões acima mencionados desconsideram completamente que determinados estabelecimentos têm características únicas, o que acarreta obrigatoriamente no exercício pelo arrendatário da mesma atividade anteriormente exercida no estabelecimento.

Assim, resta evidenciado de que o exercício da mesma atividade no imóvel arrendado é elemento utilizado pelas decisões judiciais para responsabilizar o arrendatário pelo passivo do estabelecimento arrendado.

2.2.2 Aquisição do estabelecimento comercial

Em determinados julgados constata-se que o Tribunal reconhece a responsabilidade do arrendatário, sob a premissa de que o contrato de arrendamento teria acarretado a aquisição do estabelecimento.

No julgamento da Apelação Cível nº 1000622-68.2016.8.26.0142,¹⁰ admitiu-se a responsabilização do arrendatário, com fundamento de que o “estabelecimento foi adquirido dos anuentes por intermédio de documento denominado Contrato de Arrendamento de Indústria e Maquinário de Processamento de Frutos Cítricos e Compra e Venda de Imóvel Rural com Edificações, Maquinários e Instalações”.

Mesmo tendo reconhecido que as partes firmaram contrato de arrendamento da indústria e maquinário, o Tribunal, por meio de presunção, decidiu que restou comprovada a aquisição dos elementos componentes do estabelecimento comercial, para que o adquirente passasse a explorar a unidade em proveito próprio.

A confusão de conceitos também ficou evidenciada no julgamento da Apelação Cível nº 1002859-27.2017.8.26.0664,¹¹ na qual restou reconhecida que as partes firmaram contrato de arrendamento mercantil de fundo de comércio e contrato de locação de imóvel para o exercício da mesma atividade (panificadora).

Mesmo reconhecendo a existência do contrato de arrendamento, o Tribunal responsabilizou o arrendatário, sob o fundamento de que: “houve o arrendamento do fundo de comércio da padaria, ao que correto, portanto, o reconhecimento de que houve sucessão empresarial ante a continuidade da exploração da mesma atividade econômica no mesmo local de funcionamento, com a aquisição do fundo de comércio”.

¹⁰ TJSP. Rel. Des. Luis Carlos de Barros. 20ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/10/2017.

¹¹ TJSP. Rel. Des. Marcos Ramos. 30ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 14/03/2018.

Assim, resta evidenciado que as decisões proferidas pela Corte Paulista desconsideram o teor do contrato de locação e decidem que a efetiva relação existente entre elas é de compra e venda – fato que autorizaria a aplicação da regra da sucessão prevista no art. 1.146 do Código Civil.¹²

2.2.3 Prejuízo aos credores do proprietário do estabelecimento

O Tribunal de Justiça de São Paulo também reconheceu a responsabilidade do arrendatário pelo pagamento da dívida de terceiro, com base na premissa de que os contratos de arrendamento foram firmados em fraude para impedir (ou ao menos dificultar) que o terceiro receba a sua dívida.

Tais fundamentos foram utilizados no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0282536-07.2011.8.26.0000,¹³ no qual restou consignado que “não faltam indicativos de que o contrato de arrendamento, na verdade, fora instituído com a finalidade de dar continuidade aos negócios da pessoa jurídica executada e fraudar os credores desta, com o esvaziamento de seu patrimônio, transferindo-o para a ora agravante”.

A mesma premissa de que o arrendamento teve a finalidade de prejudicar os credores do estabelecimento arrendado foi utilizada como fundamento na decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2074950-87.2016.8.26.0000.¹⁴

A adoção de tal premissa desconsidera que o contrato de arrendamento não acarreta qualquer modificação na situação patrimonial do devedor e, portanto, não há como se afirmar que o credor estará sofrendo prejuízos com o arrendamento do estabelecimento.

De qualquer maneira, tal premissa tem sido adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para responsabilizar o arrendatário.¹⁵

2.2.4 Confusão patrimonial

A decisão proferida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2074950-87.2016.8.26.0000,¹⁶ mencionado no item anterior, também utilizou como

¹² Nesse sentido: (i) AC 1104703-05.2013.8.26.0100; (ii) Ag 0282536-07.2011.8.26.0000 e (iii) AC 9185877-45.2009.8.26.0000.

¹³ TJSP. Rel. Des. Itamar Gaino. 21ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 25/04/2012.

¹⁴ TJSP. Rel. Des. Helio Faria. 18ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 04/10/2016.

¹⁵ Nesse sentido: (i) Ag 2252966-63.2016.8.26.0000; (ii) Ag 948439-0; (iii) Ag 155098-27.2013.8.26.0000; (iv) Ag 7152981-2; (v) Ag 155098-27.2013.8.26.0000; (vi) Ag 2254101-13.2016.8.26.0000.

fundamento para responsabilizar o arrendatário o fato de o contrato de arrendamento ter causado uma confusão patrimonial entre as empresas.

No entanto, a decisão ao reconhecer que as partes celebraram contratos de arrendamento não poderia asseverar que teria ocorrido confusão patrimonial entre arrendatário e proprietário do estabelecimento. O arrendamento não acarreta a transferência de propriedade, permanecendo o bem no ativo do proprietário do estabelecimento.

Independentemente da correção ou não da utilização do referido fundamento, constata-se que determinadas decisões judiciais responsabilizam o arrendatário sob a premissa de que o contrato de arrendamento teria acarretado confusão patrimonial.

2.2.5 Mesmo grupo econômico

A responsabilização do arrendatário pela dívida do proprietário do estabelecimento também tem sido reconhecida quando as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico.

Na Apelação Cível nº 0123169-98.2012.8.26.0100,¹⁶ o Tribunal decidiu que o arrendatário e o proprietário do estabelecimento pertenceriam ao mesmo grupo econômico e que o contrato de arrendamento seria apenas uma grave simulação perpetrada pelo grupo econômico composto pela arrendatária e a devedora.

Da mesma forma, na Apelação Cível nº 1104703-05.2013.8.26.0100,¹⁷ o arrendatário foi responsabilizado em razão de pertencer ao mesmo grupo econômico do proprietário do estabelecimento e que o objetivo do arrendamento era encobrir o contrato de trepasse.

O fato de pertencerem ao mesmo grupo econômico, portanto, tem sido utilizado como fundamento para responsabilizar o arrendatário por dívida do proprietário do estabelecimento arrendado.

2.2.6 Reconhecimento da sucessão por débitos trabalhistas.

Em outras situações, o Tribunal de Justiça de São Paulo responsabilizou o arrendatário pelo simples fato de a Justiça do Trabalho lhe ter condenado ao pagamento das verbas trabalhistas dos funcionários vinculados ao estabelecimento arrendado.

¹⁶ TJSP. Rel. Des. Mario de Oliveira. 19ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 24/08/2015.

¹⁷ TJSP. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli – 19ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 27/05/2015.

Nesse sentido, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2053021-66.2014.8.26.0000,¹⁸ restou consignado: “evidencia-se ainda na sentença oriunda da Justiça do Trabalho ter sido reconhecida a responsabilidade da empresa Coala Labels, para responder pelos créditos trabalhistas ‘devidos aos empregados da empresa sucedida’, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT”.

A decisão, no entanto, deixou de observar que o tratamento da matéria no âmbito trabalhista (arts. 10 e 448 da CLT) difere do tratamento concedido pelo Código Civil, nos arts. 1.142 a 1.149.

Além da decisão acima citada, a pesquisa identificou outras decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁹ que reconhecem a responsabilidade do arrendatário com fundamento nas decisões proferidas na Justiça do trabalho.

2.2.7 Fixação da remuneração do contrato de arrendamento em valor variável.

O arrendatário também foi responsabilizado pelo pagamento dos débitos do estabelecimento arrendado em razão do contrato ter estabelecido a remuneração em valores variáveis, calculados de acordo com a produção do bem arrendado.

Na Apelação Cível nº 0025259-80.2013.8.26.0506²⁰ restou decidido que a estipulação de remuneração variável, por si só, descaracterizaria a natureza do contrato de arrendamento, uma vez que “a relação jurídica estabelecida entre as partes tinha a natureza de verdadeira exploração comercial do parque industrial cedido pela primeira embargante”.

A estipulação da remuneração do arrendamento em valor variável, por conseguinte, pode servir de fundamento para responsabilizar o arrendatário pelos débitos anteriores do estabelecimento arrendado.

2.2.8 Aproveitamento do goodwill (aviamento)

O último fundamento identificado nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foi de que a responsabilidade do arrendatário deveria ser reconhecida em razão do aproveitamento do *goodwill*.

¹⁸ TJSP. Rel. Des. Paulo Roberto de Santana. 23ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 28/05/2014.

¹⁹ Nesse sentido: (i) AC 1104703-05.2013.8.26.0100; (ii) Ag 948439-0; (iii) AC 0025259-80.2013.8.26.0506 e (iv) AC 9185877-45.2009.8.26.0000.

²⁰ TJSP. Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa. 19ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 05/07/2017.

Na Apelação Cível nº 0027050-03.2007.8.26.0019²¹ restou reconhecida a responsabilidade, já que o arrendatário se aproveitou do *goodwill*, “o que parece determinante para justificar a sucessão”.

A decisão judicial desconsiderou que o valor do aviamento pode ser negativo, denominado *badwill* ou *goodwill* negativo ou “desaviamento”.

No momento em que o *goodwill* pode ser negativo, a decisão judicial somente poderia responsabilizar o arrendatário, com base na premissa acima mencionada, se restasse demonstrado que era positivo o *goodwill* do estabelecimento arrendado.

E mesmo que o *goodwill* fosse positivo, não há como deixar de considerar que no valor pago pelo arrendamento está a remuneração por esse atributo do estabelecimento.

Assim, resta evidenciado que mais um fundamento utilizado pelas decisões judiciais para responsabilizar o arrendatário é o aproveitamento do *goodwill*.

3. FUNDAMENTOS PARA NÃO RECONHECER A RESPONSABILIDADE DO ARRENDATÁRIO

3.1 Critérios de pesquisa adotados e fundamentos adotados

Os critérios de pesquisa foram exatamente os mesmos adotados no capítulo I, já que o objetivo do presente artigo é identificar os fundamentos favoráveis e contrários à responsabilização do arrendatário.

Com base nos referidos critérios, a pesquisa perante o Tribunal de Justiça de São Paulo identificou os seguintes fundamentos para não acolher a responsabilidade do arrendatário: (i) hipóteses do art. 790 do Código de Processo Civil; (ii) ausência de transferência do fundo de empresa; (iii) impossibilidade de presunção; (iv) o arrendamento do estabelecimento comercial é permitido por Lei; (v) a ausência de comprovação da insolvência; (vi) não aplicação dos critérios adotados no campo do direito de trabalho; (vii) identidade de sócios e transferência do patrimônio; (viii) a matriz da sucessão encontra sede no art. 1.146 do Código Civil; e (ix) não se aplica a teoria da aparência.

²¹ TJSP. Rel. Des. Alberto Gosson. 20ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 11/05/2015.

3.2 Análise dos fundamentos adotados

3.2.1 Hipóteses do Art. 790 do Código de Processo Civil

O Tribunal de Justiça de São Paulo não tem admitido a responsabilização do arrendatário por dívidas de terceiro, quando não restarem demonstradas as hipóteses de responsabilidade previstas no art. 790 do Código de Processo Civil.

A regra é que os bens do devedor presentes e futuros respondam para o cumprimento de suas obrigações, conforme previsto no art. 789 do Código de Processo Civil.

No sistema legal vigente, a regra é da responsabilidade primária, como destaca Daniel Carnio Costa,²² a qual admite que apenas os bens do devedor possam ser atingidos na execução movida contra ele pelo credor, não sendo válida a constrição do patrimônio de pessoa diversa, que não seja o titular do débito.

Em regra, portanto, apenas os bens do proprietário do estabelecimento arrendado irão responder pelo pagamento da dívida, não sendo possível responsabilizar o arrendatário pelo pagamento da dívida de terceiro.

A pesquisa perante o Tribunal de Justiça de São Paulo identificou treze decisões que analisaram a aplicação do art. 790 do Código de Processo Civil e decidiram pela impossibilidade de responsabilização do arrendatário.²³

No Agravo de Instrumento nº 0060136-46.2012.8.26.0000²⁴ não se admitiu a responsabilidade do arrendatário, restando consignado que, em regra, os terceiros não devem responder por dívidas de outrem e que a responsabilidade do terceiro deve ser admitida apenas em casos excepcionais e devidamente comprovados.

Da mesma forma, na decisão proferida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2207525-59.2016.8.26.0000,²⁵ não restou reconhecida a responsabilidade do arrendatário, já que: (i) o devedor é quem responde pelo

²² COSTA, Daniel Carnio. A Responsabilidade patrimonial primária e secundária do sócio pelas dívidas da empresa. *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Gilberto Gomes Bruschi (coords.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

²³ A saber, (i) Ag 2135457-77.2017.8.26.0000; (ii) Ag 2168643-91.2017.8.26.0000; (iii) AC 1005193-48.2014.8.26.0564; (iv) Ag 2158479-04.2016.8.26.0000; (v) Ag 2029411-98.2016.8.26.0000; (vi) Ag 2027721-68.2015.8.26.0000; (vii) Ag 2159423-40.2015.8.26.0000; (viii) Ag 2207860-15.2015.8.26.0000; (ix) Ag 2174721-09.2014.8.26.0000; (x) AC 1278-69.2011.8.26.0125; (xi) AC 25658-13.2011.8.26.0011; e (xii) AC 1.011.449-5.

²⁴ TJSP. Rel. Des. Correia Lima. 20ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/04/2012.

²⁵ TJSP. Rel. Des. Matheus Fontes. 22ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 09/02/2017.

cumprimento de suas obrigações com todos os seus bens (CPC, art. 789); e (ii) não restaram configuradas as hipóteses de responsabilidade patrimonial secundária a que alude o art. 790 do CPC.

As decisões judiciais têm limitado, portanto, a responsabilidade do arrendatário apenas quando restarem configuradas as hipóteses previstas no art. 790 do CPC.

3.2.2 Transferência do estabelecimento comercial

O estabelecimento comercial, de acordo com Rubens Requião,²⁶ é o instrumento da atividade do empresário. Com ele, o empresário aparelha-se para exercer sua atividade e forma o fundo de comércio a base física da empresa, construindo um instrumento da atividade empresarial.

O próprio Código Civil define o estabelecimento comercial em seu art. 1.142 como sendo “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

O estabelecimento comercial é formado por bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para o exercício da atividade empresarial.

Os bens corpóreos, de acordo com Marcelo Pietro Iacomini,²⁷ são aqueles que possuem existência física dentro do estabelecimento, como o estoque de mercadorias, os móveis, as máquinas e insumos. Já os incorpóreos não têm existência física, mas podem ser valorados economicamente, como nome comercial, fundo de comércio, marcas, clientela, aviamento e direitos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem afastado a responsabilidade do arrendatário nas hipóteses em que não restar demonstrada a transferência total do estabelecimento comercial, ou seja, dos bens corpóreos e incorpóreos.²⁸

Nesse sentido, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2228771-48.2015.8.26.0000,²⁹ foi afastada a responsabilização do arrendatário, já que “dos contratos de locação extrai-se que houve a transferência somente de bens

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 270.

²⁷ IACOMINI, Marcello Pietro. *Estabelecimento empresarial: negócios jurídicos pertinentes*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2010.

²⁸ Nesse mesmo sentido: (i) AC 9140894-29.2007.8.26.0000; (2) AC 249-44.1996.8.26.0663; (3) Ag 2036424-56.2013.8.26.0000; (4) AC 1000470-49.2016.8.26.0294; (5) Ag 2248601-97.2015.8.26.0000; (6) AgRg 2222069-86.2015.8.26.0000/50000; (7) Ag 2029411-98.2016.8.26.0000; (8) Ag 2228771-48.2015.8.26.0000; (9) Ag 2158430-94.2015.8.26.0000; (10) Ag 2091144-36.2014.8.26.0000; (11) AC 0000249-44.1996.8.26.0663.

²⁹ TJSP. Rel. Des. Roberto Mac Cracken. 22ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 18/02/2016.

corpóreos e não incorpóreos” e “para que ocorra a sucessão do estabelecimento empresarial, ou seja, o trepasse, há a necessidade, além da aquisição de bens materiais, corpóreos, da transferência de bens imateriais incorpóreos”.

Em outro precedente,³⁰ o Tribunal de Justiça de São Paulo reiterou a necessidade da transferência integral de todos os bens do estabelecimento comercial (corpóreos e incorpóreos) para restar reconhecida a sucessão.

Para restar reconhecida a sucessão, de acordo com os critérios defendidos pelas decisões acima mencionadas, deverá haver a efetiva comprovação de que o arrendamento acarretou a transferência integral de todos os bens do estabelecimento comercial (corpóreos e incorpóreos).

Tal entendimento é aceito pela doutrina com ressalvas: Cassio Machado Cavalli³¹ defende que não há a necessidade da transferência de todos os bens tangíveis e intangíveis do estabelecimento, mas apenas dos bens suficientes para conservar a potencialidade produtiva do estabelecimento.

Assim, resta evidenciado que as decisões judiciais têm afastado a responsabilização do arrendatário quando o arrendamento não incluir todos os bens do estabelecimento comercial (corpóreos ou incorpóreos), ou, ao menos, todos os bens essenciais do estabelecimento comercial.

3.2.3 A sucessão empresarial não pode ser presumida

No capítulo anterior restou demonstrado que, em diversas oportunidades, as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo admitiram a responsabilização do arrendatário por presunção.

No entanto, há diversos precedentes em sentido contrário, indeferindo o pedido de responsabilização sem a devida comprovação dos fatos.³²

³⁰ TJSP. Ag 2105060-40.2014.8.26.0000. Rel. Des. Gilberto dos Santos. 11ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 22/08/2014.

³¹ CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. *Direito empresarial: teoria geral*, v. 1. Arnaldo Wald, organizador. São Paulo: RT, 2011, p. 992.

³² Nesse sentido: (i) AC 189093-56.2012.8.26.0100; (ii) Ag 2207525-59.2016.8.26.0000; (iii) Ag 2125845-23.2014.8.26.0000; (iv) AC 9119680-45.2008.8.26.0000; (v) Ag 2016430-42.2013.8.26.0000; (vi) Ag 2168643-91.2017.8.26.0000; (vii) AC 1008900-72.2016.8.26.0008; (viii) Ag 2115681-91.2017.8.26.0000; (ix) AC 1011883-24.2014.8.26.0005; (x) AC 1005193-48.2014.8.26.0564; (xi) Ag 2234905-57.2016.8.26.0000; (xii) Ag 2228771-48.2015.8.26.0000; (xiii) Ag 2030516-47.2015.8.26.0000; (xiv) Ag 2159423-40.2015.8.26.0000; (xv) Ag 2105060-40.2014.8.26.0000; (xvi) AC1278-69.2011.8.26.0125; (xvii) Ag7176066-2; (xviii) AC 7.300.167-3.

Na Apelação Cível nº 0192677-73.2008.8.26.0100,³³ o Tribunal reformou a sentença para afastar o reconhecimento de sucessão do arrendatário, sob o fundamento de que “diante dos elementos de prova, não se poderia afirmar a existência de sucessão empresarial, esta que tem repercussão jurídica relevante e não pode ser por mera aparência imposta”.

Da mesma forma, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 894.898-0³⁴ restou afastado o reconhecimento da sucessão, já que “evidentemente, o juiz não pode presumir a sucessão pelo fato da SHM INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA ter arrendado o estabelecimento comercial e contratado alguns empregados da arrendadora” e “compete a Agravante juntar aos autos elementos capazes de prova inequivocamente a sua ocorrência”.

As posições adotadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo atestam, portanto, que a sucessão do arrendatário não pode ser reconhecida por meros indícios.

3.2.4 Arrendamento do estabelecimento comercial – Art. 1.144 Código Civil

A responsabilização do arrendatário por dívidas de terceiro, de acordo com alguns precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo,³⁵ não há de ser admitida, já que há expressa autorização legal para o arrendamento do estabelecimento e a natureza do contrato de arrendamento não implica sucessão de empresas.

O art. 1.144 do Código Civil, bem como o art. 50, inciso VII da Lei nº 11.101/2005, autorizam o arrendamento do estabelecimento comercial.

Ao comentar sobre a possibilidade de o estabelecimento ser objeto de arrendamento, Oscar Barreto Filho³⁶ dispõe que: “o estabelecimento pode ser objeto de negócios que visem não à transferência de titularidade plena, mas à continuidade de direitos de uso e gozo, que proporcionam ao titular secundário sua utilização econômica, como acontece no arrendamento e no usufruto”.

³³ TJSP. Rel. Des. João Batista Vilhena. 24ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/04/2015.

³⁴ TJSP. Rel. Des. Willian Campos – 31ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 31/05/2005.

³⁵ Nesse sentido: (i) AC 0192677-73.2008.8.26.0100; (ii) Ag 2021552-02.2014.8.26.0000; (iii) AC 189093-56.2012.8.26.0100; (iv) AC 7049867-0; (v) Ag 894898-0; (vi) AC 9119680-45.2008.8.26.0000; (vii) Ag 2036424-56.2013.8.26.0000; (viii) Ag 2047520-97.2015.8.26.0000; (ix) Ag 2018400-43.2014.8.26.0000; (x) Ag 243730-63.2012.8.26.0000; (xi) AC 9119680-45.2008.8.26.0000; e (xii) Ag 812564-0.

³⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Op. cit.*, p. 257-258.

No momento em que há expressa disposição legal autorizando o arrendamento, como decidido na Apelação Cível nº. 0192677-73.2008.8.26.0100,³⁷ não há como ser reconhecida a responsabilidade do arrendatário pelos débitos do estabelecimento arrendado.

3.2.5 Comprovação da insolvência

A ausência de comprovação da insolvência do proprietário do estabelecimento comercial tem servido de fundamento para afastar a responsabilidade do arrendatário pelo pagamento dos débitos anteriores do estabelecimento arrendado.³⁸

Não basta a mera paralisação das atividades do proprietário do estabelecimento, uma vez que ele poderá ter patrimônio suficiente para responder pelas dívidas do estabelecimento arrendado.

Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível nº. 0192677-73.2008.8.26.0100,³⁹ restou afastado o pedido de responsabilização do arrendatário, já que o proprietário do estabelecimento arrendando continuou a existir, persistindo as suas atividades regulares.

Já no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2125845-23.2014.8.26.0000,⁴⁰ não se admitiu a responsabilização do arrendatário, uma vez que o credor “não esgotou a pesquisa de bens em nome da devedora principal – requisito para admitir medida excepcional que atinja o patrimônio de 3º”.

Assim, resta evidenciado que a ausência de comprovação da insolvência do devedor serve de fundamento para afastar a responsabilidade do arrendatário.

3.2.6 Não Aplicação dos Critérios do Direito do Trabalho

No capítulo 1.2.1.6, restou demonstrado que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem admitido o reconhecimento da sucessão do arrendatário com base em decisões proferidas na Justiça do Trabalho. Tal entendimento não é pacífico

³⁷ TJSP. Rel. Des. João Batista Vilhena. 24ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/04/2015.

³⁸ Nesse mesmo sentido: (i) AC 7049867-0; (ii) AC 1011883-24.2014.8.26.0005; (iii) AC 1005193-48.2014.8.26.0564; (iv) Ag 2248601-97.2015.8.26.0000; (v) AgRg. 2222069-86.2015.8.26.0000/50000; (vi) Ag. 2228771-48.2015.8.26.0000; (vii) Ag 2158430-94.2015.8.26.0000; (viii) Ag 2105060-40.2014.8.26.0000; (ix) Ag 858346-0; (x) Ag 20624-90.2011.8.26.0000; (xi) AC 1.017.388-1.

³⁹ TJSP. Rel. Des. João Batista Vilhena. 24ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/04/2015.

⁴⁰ TJSP. Rel. Des. Renato Rangel Desinano. 11ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 17/11/2014.

na Corte de São Paulo, já que há diversos outros precedentes não admitindo a responsabilização.⁴¹

Na Apelação Cível nº 975.156-0⁴² restou consignado que, para a sucessão de empresas, no campo do direito do trabalho, contenta-se com a mera presunção, dado o objetivo do legislador de coibir a burla, sempre frequente aos direitos do empregado.

A impossibilidade do reconhecimento da sucessão com base na legislação trabalhista também foi objeto da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2018400-43.2014.8.26.0000,⁴³ a qual asseverou que a sucessão empresarial, na forma em que aplicada no âmbito da Justiça do Trabalho, dita Justiça Especializada, em que princípios outros são adotados, a exemplo daquele em que havendo dúvida esta se resolve em favor do trabalhador não condiz exatamente com o entendimento aplicado no âmbito da Justiça Estadual, tanto mais em questão patrimonial.

Assim, resta evidenciado que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem adotado posições divergentes sobre a possibilidade de responsabilização do arrendatário com base em decisões proferidas pela Justiça do Trabalho.

3.2.7 Sucessão – necessidade de demonstrar identidade de sócios

A responsabilidade do arrendatário tem sido afastada nas hipóteses em que, além do contrato de arrendamento, não restar demonstrada a coincidência de sócios integrantes do quadro social.⁴⁴

No julgamento da Apelação Cível nº 1011883-24.2014.8.26.0005⁴⁵ restou decidido que, para que seja declarada a sucessão, é imprescindível a apresentação de prova inequívoca de que os sócios são os mesmos ou que tenha sido transferido para a sucessora o patrimônio da sucedida.

⁴¹ Nesse mesmo sentido: (i) Ag 894898-0; (ii) AC 249-44.1996.8.26.0663; (iii) Ag 2224905-57.2016.8.26.0000; (iv) Ag 2029411-98.2016.8.26.0000; (v) AC 398867-58.2009.8.26.0577; (vi) AC 0000249-44.1996.8.26.0663.

⁴² TJSP. Rel. Des. Sebastião Flavio. 25ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 11/04/2006.

⁴³ TJSP. Rel. Des. Mario Silveira. 33ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 24/02/2014.

⁴⁴ Nesse sentido: (i) Ag 2125845-23.2014.8.26.0000; (ii) Ag 2036424-56.2013.8.26.0000; (iii) Ag 2168643-91.2017.8.26.0000; (iv) AC 1057132-67.2015.8.26.01000; (v) Ag 2248601-97.2015.8.26.0000; (vi) Ag 2238786-76.2015.8.26.0000; (vii) Ag 2081811-89.2016.8.26.0000; (viii) Ag 2228771-48.2015.8.26.0000; (ix) Ag 2027721-68.2015.8.26.0000; (x) AC 398867-58.2009.8.26.0577; (xi) Ag 2105060-40.2014.8.26.0000; (xii) Ag 2174721-09.2014.8.26.0000; (xiii) AC 1278-69.2011.8.26.0125; (xiv) AC 29896-39.2010.8.26.0002; (xv) AC 25658-13.2011.8.26.0011; (xvi) Ag 270979-86.2012.8.26.0000; (xvii) Ag 243730-63.2012.8.26.0000; (xviii) AC 1.011.449-5; (xix) Ag 858346-0; (xx) Ag 20624-90.2011.8.26.0000; e (xxi) AC 7.300.167-3.

⁴⁵ TJSP. Rel. Des. Mauricio Pessoa. 14ª Câmara de Direito Privado. Julg. 10/08/2016.

Assim, resta evidenciado que o simples fato de existir a identidade de sócios entre a devedora e o arrendatário não é elemento suficiente para justificar a responsabilização do arrendatário por débitos do estabelecimento arrendado.

3.2.8 Matriz da sucessão – art. 1.146 Código Civil.

O fundamento legal para pleitear a responsabilização do arrendatário pelo pagamento das dívidas do proprietário do estabelecimento comercial é o disposto no art. 1.146 do Código Civil.

Com base em tal dispositivo, os julgados demonstram uma tendência dos credores do estabelecimento comercial de tentarem responsabilizar o arrendatário pela dívida de terceiro, sob a premissa de que a relação firmada entre arrendatário e proprietário do estabelecimento teria o substrato fático de uma compra e venda.

No julgamento da Apelação Cível nº 9119680-45.2008.8.26.0000⁴⁶ restou afastado o reconhecimento da sucessão, já que: “não há indícios suficientes. O único indício é que o antigo e o novo estabelecimento trabalham no mesmo negócio, com sócios distintos. A simples utilização do mesmo espaço comercial, para o mesmo ramo de atividade, sem que haja qualquer elemento fático que comprove alguma conexão entre o antigo estabelecimento e o novo, não pode ensejar a responsabilização de um pela dívida do outro”.

Nesse mesmo sentido, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2029411-98.2016.8.26.0000⁴⁷ não se reconheceu a responsabilidade do arrendatário, uma vez que não havia prova documental de aquisição de uma empresa por outra, tampouco a alegada identidade de empregados, clientela e organização. As provas dos autos, portanto, não seriam suficientes para a aplicação do art. 1.146 Código Civil.

Assim, resta evidenciado que o arrendatário poderá ser responsabilizado quando restar demonstrado que há indícios de sucessão ou que o contrato de arrendamento tem o substrato fático de uma compra e venda.

3.2.9 Teoria da Aparência

O Tribunal de Justiça de São Paulo também afastou o reconhecimento da sucessão do arrendatário por dívidas do estabelecimento com base na teoria da aparência.

⁴⁶ TJSP. Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior. 21ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 30/11/2011.

⁴⁷ TJSP. Rel. Des. Alvaro Torres Jr. 20ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 16/05/2016.

No julgamento da Apelação Cível nº 9119680-45.2008.8.26.0000,⁴⁸ a aplicação da teoria da aparência foi afastada, já que: “ambas empresas nunca existiram no mesmo imóvel concomitantemente, nem poderia o exequente ter celebrado negócio jurídico com uma, quando em verdade buscava celebrar com a outra. Ante a impossibilidade fática de um engano de boa-fé, não há que se falar na aplicação da Teoria da Aparência”.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁹ não admitiu a aplicação da teoria da aparência, já que: (i) impossível afirmar que haja relação entre a dívida contraída pelo proprietário do estabelecimento e o arrendatário, já que este sequer existia antes da locação do imóvel; e (ii) os elementos são insuficientes para que se decida a dúvida em benefício do credor, posto que não se presume a má-fé.

Dessa forma, resta evidenciado que as decisões judiciais têm afastado a aplicação da teoria da aparência para responsabilizar o arrendatário.

4. TERCEIRA POSIÇÃO SOBRE O TEMA

A pesquisa perante o Tribunal de Justiça de São Paulo identificou ainda uma terceira posição sobre o assunto,⁵⁰ a qual não decide sobre a responsabilização ou não do arrendatário, mas admite a nulidade do contrato quando restar evidenciado que ele foi firmado para evitar a aplicação do art. 1.146 do Código Civil.

Nesse sentido, restou decidido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2253557-59.2015.8.26.0000,⁵¹ o qual afastou a responsabilização do arrendatário, mas determinou a anulação do contrato de arrendamento, sob o fundamento de que ele foi firmado de forma simulada.

Em outro precedente, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0060136-46.2012.8.26.0000,⁵² não foi admitida a responsabilização do arrendatário por dívidas do estabelecimento arrendado, já que “a suposta fraude ou conluio com o intuito de prejudicar credores deve ser objeto de ação própria, assegurando as partes o amplo contraditório, justamente para evitar que negócios jurídicos

⁴⁸ TJSP. Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior. 21ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 30/11/2011.

⁴⁹ TJSP. Ag 2027721-68.2015.8.26.0000. Rel. Des. Jacob Valente. 12ª. Câmara Cível. Julg. 14/04/2015.

⁵⁰ Nesse sentido: (i) Ag 2025847-48.2015.8.26.0000; (ii) AC 1.011.449-5, (iii) AC 0027050-03.2007.8.26.0019 e (iv) Ag 7.286.597-7.

⁵¹ TJSP. Rel. Des. Claudia Sarmento Monteleone. 13ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 17/03/2016.

⁵² TJSP. Rel. Des. Correia Lima. 20ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/04/2012.

validamente firmados sejam anulados ou o patrimônio de 3^{os}. atingidos com o simples reconhecimento da existência de fraude no bojo dos autos da execução”.

Assim, resta evidenciado de que há uma terceira posição identificada na pesquisa que admite a declaração de nulidade do contrato de arrendamento, quando restar comprovado que ele foi firmado para evitar a aplicação do art. 1.146 do Código Civil, com a consequente restituição do bem arrendado ao seu proprietário.

5. RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS

Os capítulos anteriores demonstraram que há uma insegurança jurídica quando se analisa a questão da responsabilidade do arrendatário por dívidas do estabelecimento arrendado.

Os credores do proprietário do estabelecimento arrendado no anseio de receber os seus créditos tentam responsabilizar o arrendatário por débitos anteriores à celebração do contrato de arrendamento.

Em que pese não concordar com a possibilidade de responsabilizar o arrendatário pelo passivo do proprietário do estabelecimento arrendado, não há como deixar de enfrentar a realidade hoje existente, qual seja, há uma insegurança jurídica na forma como os Tribunais estão interpretando a responsabilidade do arrendatário pelo pagamento do passivo do estabelecimento arrendado.

O presente capítulo, portanto, terá como objetivo apontar recomendações que poderão ser adotadas na celebração dos contratos, a fim de minorar o risco de o arrendatário ser envolvido em uma discussão sobre a sua eventual responsabilidade pelo passivo do estabelecimento comercial arrendado.

Antes da celebração do contrato de arrendamento, cumpre ao arrendatário observar os seguintes pontos:

(i) se o proprietário do estabelecimento continuará exercendo a sua atividade em outro local. A mera manutenção da atividade do proprietário do estabelecimento reduzirá os riscos de responsabilização do arrendatário.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme demonstrado no item 1.3.1.5, afastou em treze oportunidades a responsabilização do arrendatário por débitos de terceiro, com fundamento de que “o proprietário do estabelecimento arrendando continuou a existir, persistindo as suas atividades regulares, tendo arrendado tão somente uma de suas filiais, o que afasta a ideia da ocorrência de sucessão empresarial”.⁵³

⁵³ TJSP. AC 0192677-73.2008.8.26.0100. Rel. Des. João Batista Vilhena. 24^a. Câmara de Direito Privado. Julg. 23/04/2015.

(ii) se o arrendamento acarretar a paralisação total do exercício das atividades do proprietário do estabelecimento, o arrendatário deverá analisar se o ativo do proprietário será suficiente para responder pelo seu passivo.

Se o proprietário do estabelecimento estiver em situação de insolvência, há uma maior probabilidade de que o arrendatário possa ser responsabilizado por passivos anteriores do estabelecimento arrendado.

(iii) se a atividade a ser exercida pelo arrendatário será a mesma que era exercida anteriormente pelo proprietário do estabelecimento.

Nos itens 1.2.1.1. e 1.3.1.7, restou demonstrado que há decisões antagônicas sobre a utilização de tal fundamento para responsabilizar o arrendatário, o que demonstra que, se o arrendatário for utilizar o estabelecimento para o exercício da mesma atividade, ele deverá analisar de forma minuciosa a situação financeira do ocupante anterior do estabelecimento arrendado.

(iv) se o estabelecimento arrendado tem características próprias,⁵⁴ que permitam afirmar que ele foi construído para o exercício de uma única atividade.

Nessa hipótese, a pesquisa perante o Tribunal de Justiça de São Paulo demonstrou que há uma tendência de desconsiderar a questão da atividade na análise do pedido de responsabilização do arrendatário, já que “em se tratando de imóveis destinados a locação comercial, é sabido que as edificações muitas vezes são construídas de forma que estrutura favoreça o exercício de determinada atividade”.⁵⁵

(v) se o arrendamento envolverá diversos estabelecimentos da mesma pessoa. Nessa hipótese, com a finalidade de mitigar os riscos, o arrendatário deverá apresentar uma justificativa para o arrendamento envolver diversos bens.

(vi) se as partes irão celebrar outros contratos para permitir o exercício da atividade comercial.⁵⁶

A celebração do contrato de arrendamento e de outro tipo de contrato poderá acarretar a responsabilização do arrendatário por débitos de terceiros, como restou decidido na Apelação Cível nº 0123169-98.2012.8.26.0100,⁵⁷ na qual as partes firmaram contrato de arrendamento de estabelecimento comercial e de licença de uso de marca.

⁵⁴ Tais como posto de combustível, frigorífico, hospital, silo ou destilaria de álcool.

⁵⁵ TJSP. AC. 398867-58.2009.8.26.0577. Rel. Des. Mario de Oliveira. 19ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 09/03/2015.

⁵⁶ Por exemplo, contrato de cessão de marcas, ou compra do estoque do estabelecimento ou determinados bens móveis, transferência de tecnologia, arrendamento do fundo de comércio, cessão de carteira de clientes.

⁵⁷ TJSP. Rel. Des. Mario de Oliveira. 19ª. Câmara de Direito Privado. Julg. 24/08/2015.

Dessa forma, caso o arrendatário pretenda arrendar o estabelecimento e firmar outros contratos com o proprietário do estabelecimento, ele deverá demonstrar as razões que justificariam a celebração de diversos contratos.

(vii) a contabilidade do estabelecimento arrendado, uma vez que o art. 1.146 do Código Civil limita a responsabilidade pelo passivo do estabelecimento aos débitos anteriores à transferência, desde que devidamente contabilizados.

A limitação da responsabilidade aos débitos regularmente contabilizados, de acordo com Marcelo Andrade Féres,⁵⁸ tem a finalidade de não criar uma responsabilidade universal do adquirente da azienda sobre as dívidas do devedor primitivo.

Se a escrituração atestar que o estabelecimento arrendado não tem passivo, o arrendatário, por expressa disposição do art. 1.146 do Código Civil, não poderá ser responsabilizado pelos débitos do proprietário do estabelecimento arrendado.

Na visão de Marcelo Andrade Féres,⁵⁹ se as dívidas não ingressam no campo de conhecimento do adquirente do estabelecimento, seja pela irregularidade, seja pela inexistência da escrituração, ele não as assume.

Os sete pontos acima destacados foram identificados com base nas decisões judiciais identificadas nos capítulos I e II e são recomendações a serem observadas pelo arrendatário antes da celebração do contrato de arrendamento. A análise dos sete pontos servirá para o arrendatário decidir se há ou não a intenção de firmar o contrato de arrendamento.

Se a decisão for pela celebração do contrato, a fim de tentar minimizar o risco de o arrendatário ser responsabilizado por dívida de terceiro, ele deverá levar em consideração as seguintes questões ao negociar as cláusulas do contrato de arrendamento:

(i) elaboração dos “considerandos” do contrato de forma detalhada, expondo as premissas que balizaram a negociação realizada e a intenção das partes com o arrendamento.

Ao comentar sobre a importância dos “considerandos” dos contratos, Rodrigo Fernandes Rebouças⁶⁰ afirma que “os ‘considerandos’ nas minutas contratuais ganha[m] principal destaque – torna[m]-se verdadeiro[s] astro[s]

⁵⁸ FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115-116.

⁵⁹ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 117.

⁶⁰ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Os princípios e os institutos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015. p. 105.

de um contrato por descrever[em] as circunstâncias negociais em que está fixada a base objetiva e subjetiva de um determinado negócio jurídico, cabendo a tal capítulo ('considerandos') retratar as circunstâncias jurídicas pelas quais as partes decidiram concluir determinado negócio jurídico na forma manifestada no contrato".

(ii) o objeto do arrendamento deverá ser definido de forma clara, constando expressamente quais os bens que serão arrendados.

Para reduzir os riscos, quando o proprietário do estabelecimento não tiver condições de honrar com o pagamento integral do seu passivo, recomenda-se que o arrendamento não englobe todos os bens tangíveis e intangíveis do estabelecimento, já que, como demonstrado no item 1.3.1.2., há decisões que responsabilizam o arrendatário quando restar comprovado que o arrendamento envolveu todos os bens do estabelecimento comercial.

(iii) estipular o preço do arrendamento em valor real. Não é rara a situação em que o valor do arrendamento é estipulado em valor inferior ao valor de mercado, em decorrência da situação precária do estabelecimento.

Nessa hipótese, para evitar alegações futuras dos credores (de prejuízo com o arrendamento ou de simulação), cumpre demonstrar que o valor foi fixado em razão da necessidade de investimentos a serem realizados pelo arrendatário.

(iv) se os funcionários anteriores do estabelecimento comercial serão mantidos ou se ocorrerá a rescisão de todos os contratos de trabalho.

A manutenção dos funcionários poderá servir de fundamento para o credor tentar responsabilizar o arrendatário, principalmente, considerando-se o tratamento concedido pela lei trabalhista sobre a sucessão de empregadores.

A falta de previsibilidade das decisões judiciais, como demonstrado nos itens 1.2.1.6 e 1.3.1.6, recomenda que o arrendatário não utilize os empregados que prestavam serviços anteriormente no estabelecimento arrendado.

(v) o arrendatário deverá evitar firmar o contrato de arrendamento concomitantemente a celebração de outros tipos contratuais.⁶¹ A existência de diversas relações contratuais tem sido interpretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo como uma tentativa de simular o trespasse do estabelecimento comercial ou acarretar a confusão patrimonial.

(vi) o arrendatário não deverá ter relação de parentesco com o proprietário do estabelecimento, tampouco recomenda-se que haja qualquer identidade entre os sócios da proprietária do estabelecimento e o arrendatário.

⁶¹ Tais como contrato de compra e venda de equipamentos, cessão de crédito, cessão de marca, prestação de serviços, entre outros.

A existência de qualquer relação poderá servir de fundamento para que seja pleiteada a responsabilização. No item 1.3.1.7 restou demonstrado que o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou, em vinte e três julgados, a responsabilização do arrendatário pelo simples fato de não existir a identidade de sócios.

(vii) o proprietário do estabelecimento deverá declarar no contrato de arrendamento e comprovar que não está em estado de insolvência e que tem patrimônio suficiente para arcar com o pagamento das suas dívidas.

A ausência de prova da insolvência do proprietário do estabelecimento arrendado, por si só, impede a responsabilização do arrendatário por dívidas anteriores do estabelecimento arrendado, conforme exposto no item 1.3.1.5.

(viii) o contrato de arrendamento deverá ser redigido de forma clara e que não permita a interpretação de que ele tem o substrato fático de uma sucessão.

Tal recomendação representa que, quanto maior for o risco de crédito do proprietário do estabelecimento a ser arrendado, menor deverá ser o vínculo entre as partes.

Se há um alto risco de o proprietário não ter condições de arcar com o pagamento do seu passivo, o arrendatário deverá firmar um simples contrato de arrendamento, sem envolver qualquer outra operação. Da mesma forma, nessa hipótese, o preço do arrendamento deverá ser estipulado em valor fixo e ser pago mensalmente ao proprietário do estabelecimento arrendado. Também é recomendável que o contrato estabeleça de forma expressa o direito de o arrendatário rescindir a avença, sem a aplicação de qualquer penalidade, na hipótese de restar comprovada a incapacidade do proprietário do estabelecimento arrendado em pagar os seus débitos.

(ix) as disposições do contrato de arrendamento não poderão prejudicar os credores do estabelecimento arrendado.⁶²

Para evitar tal discussão, no contrato não deverão constar disposições que poderão ser interpretadas como uma tentativa de impedir/dificultar que os credores recebam o seu crédito. Tais como, as cláusulas que: (i) estabeleçam o pagamento adiantado da remuneração do contrato de arrendamento; (ii) autorizem o arrendatário compensar o valor mensal da remuneração com eventuais débitos que o proprietário do estabelecimento detém junto a ele; (iii) estipulem a remuneração do arrendamento em valor irrisório; (iv) autorizem que o arrendatário utilize a remuneração do arrendamento para o pagamento de determinado credor (ou classe de credores).

⁶² Em que pese ter sido demonstrado no capítulo II que o contrato de arrendamento não terá o condão de prejudicar os credores do estabelecimento arrendado.

(x) se ocorrerá o aproveitamento do *goodwill*. No item 1.2.1.8 restou demonstrado que, em cinco oportunidades, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu responsabilizar o arrendatário em razão do aproveitamento do *goodwill*.

Dessa forma, recomenda-se que no contrato conste se o arrendamento envolve o *goodwill* e qual o seu valor (não é raro que, em casos de arrendamento, o *goodwill* do estabelecimento seja negativo – o que afasta a responsabilidade do arrendatário).

As recomendações demonstram, portanto, que mesmo havendo imprevisibilidade nas decisões judiciais, é possível o arrendatário tomar algumas medidas antes da celebração do contrato e na estipulação das cláusulas contratuais visando minorar o risco de ser responsabilizado por débitos anteriores do estabelecimento arrendado.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo demonstrar que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem adotado posições antagônicas ao decidir sobre a responsabilidade do arrendatário por débitos anteriores do estabelecimento arrendado.

A inexistência de previsibilidade das decisões judiciais acarreta insegurança aos empreendedores dispostos a arrendar o estabelecimento comercial, já que eles estarão sujeitos a assunção de riscos extremos e desconhecidos.

Tal insegurança reflete diretamente nos contratos de arrendamento, já que reduzirá o número de interessados e influenciará no preço do arrendamento. Ou, nas palavras de Paula Forgioni,⁶³ “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas”.

A insegurança jurídica, de acordo com Bruno Meyerhof Salama,⁶⁴ “é hoje um problema real: para a atividade econômica florescer é necessário um tanto de previsibilidade e de estabilidade jurídica”.

Toda a insegurança sobre o tema foi gerada a partir da vigência do Código Civil de 2002, com base na interpretação do art. 1.146. Anteriormente, o Código

⁶³ FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. In: FERNANDES, Wanderley (coord). São Paulo: Saraiva, 2007 (série GVLaw), p. 86-87.

⁶⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. História, Direito e Economia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 239.

Civil de 1916 estabelecia a ausência de responsabilidade do adquirente pelos débitos anteriores do estabelecimento adquirido.

Mesmo o art. 1.146 do Código Civil sendo expresso ao responsabilizar apenas o adquirente, os credores do estabelecimento arrendado formularam as suas teses visando estender a responsabilidade também ao arrendatário.

O presente artigo teve a finalidade de identificar quais seriam essas teses e de que forma o Tribunal de Justiça de São Paulo está se posicionando sobre o tema.

A identificação dos fundamentos demonstrou que o Tribunal não tem uma posição uniformizada sobre o tema, uma vez que o mesmo fundamento foi utilizado em determinadas situações para responsabilizar o arrendatário pelas dívidas do proprietário do estabelecimento arrendado, em outras para não o responsabilizar, e em outras para decretar a nulidade do contrato de arrendamento.

A intenção da análise não foi realizar uma crítica às decisões judiciais, com a finalidade de apontar qual posição estaria correta.

Na realidade, o objetivo foi conhecer os fundamentos adotados pelas decisões judiciais para apresentar medidas que poderão ser adotadas pelas partes contratantes para reduzir o risco de o arrendatário ser responsabilizado por débitos de terceiros e, conseqüentemente, estimular a celebração de negócios envolvendo o estabelecimento comercial.

REFERÊNCIAS

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: teoria geral*, v. 1. São Paulo: RT, 2011.

COSTA, Daniel Carnio. A Responsabilidade patrimonial primária e secundária do sócio pelas dívidas da empresa. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasses e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007 (série GVlaw).

IACOMINI, Marcelo Pietro. *Da alienação do estabelecimento comercial*. São Paulo, Cultural Paulista, 2004.

IACOMINI, Marcelo Pietro. *Estabelecimento empresarial: negócios jurídicos pertinentes*. Dissertação – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-16082011-162044/pt-br.php>. Acesso em: 14 jan. 2019.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito empresarial: o estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri: Manole, 2006.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Os princípios e os institutos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. História, Direito e Economia. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006 – (coleção direito civil; v. 1).

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 2

O Direito Empresarial quase sempre é uma das primeiras áreas do conhecimento jurídico a trazer à reflexão importantes tendências da economia. Nessa disciplina, as inovações são, de muitas maneiras, concretizadas. Independentemente do recorte – tecnológico ou de indústria –, a infraestrutura jurídica empresarial (entendida aqui como a ordem institucional que trata de firmação de contratos, validações mútuas de obrigações e respectivos registros) precisará propiciar a fluidez que requerem as transações da Nova Economia.

Embora exista uma multiplicidade de desafios, dois vetores mostram-se fundamentalmente importantes nesse debate: a necessidade de segurança nas relações jurídicas e o impacto tecnológico que revoluciona as indústrias de crédito e meios de pagamento. De fato, companhias de perfil “*tech*”, intensivas em tecnologia, tem trazido repercussões bombásticas em diferentes mercados como o educacional, financeiro, jurídico, de saúde e, campo especialmente relevante a esse trabalho, ao agronegócio. Ao mesmo tempo, buscam construir rapidamente perfis de credibilidade e solidez, essencial ao crescimento sustentável dos negócios.

Nesse contexto, ao analisar um setor de indústria sob a ótica da inovação, Antonio Carlos de Oliveira Freitas contribui muito. O recorte é cirúrgico: examina a cédula de produto rural, título de crédito vital ao agronegócio. A partir da análise em concreto de uma transação específica, ele é capaz de trazer reflexões a respeito de todo o impacto tecnológico sobre os títulos de crédito e seu espaço registral.

O crédito rural ainda hoje é extremamente dependente dos sistemas registrais tradicionais e muito apoiado nos agentes responsáveis por manifestar a fé-pública. Para que a evolução que está à espera desse mercado possa de fato gerar os efeitos positivos na própria expansão da oferta de crédito, a ordem jurídica precisará de reflexão. O mercado, hoje, já opera com transações de liquidação em tempo real (ou quase isso) sem abrir mão da confiabilidade, segurança jurídica e transparência totais. Tecnicamente estamos prontos, resta saber se a ordem jurídica será capaz de acompanhar o ritmo.

Nesse sentido, o trabalho de Antonio Carlos de Oliveira Freitas, que tive o prazer de orientar e, hoje, apresentar, é um detalhado relato e enfrenta a indicação mencionada anteriormente. Profundo conhecedor do financiamento do agronegócio e um profissional experiente do setor, Antonio Carlos é tenaz ao examinar a cédula de produto rural desde a sua constituição e a possibilidade jurídica do seu formato eletrônico.

A leitura a seguir constitui excelente indicação para quem estuda títulos de crédito em geral, trabalha no agronegócio e precisa compreender os aspectos jurídicos da necessária inovação nos sistemas de registro e formalização de obrigações no Brasil.

Anna Lygia Costa Rego

2

A VIABILIDADE JURÍDICA DA CÉDULA DE PRODUTO RURAL ELETRÔNICA: E-CPR

Antonio Carlos de Oliveira Freitas

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, extraído do trabalho homônimo de conclusão do mestrado, que discute o tema mais profundamente, pretende-se traçar um panorama geral sobre os títulos de crédito eletrônicos, em especial, a cédula de produto rural (CPR). Tratando-se de um tema inovador, o teor é dinâmico, com muito uso no ambiente negocial desde a época da redação da dissertação, que evoluiu para a publicação do livro *Título de crédito eletrônico e agronegócio*.

O estudo avança em temas pouco discutidos na doutrina ou na jurisprudência, abordando não só os desafios de novas tecnologias como a *blockchain*, mas também aqueles enfrentados pelos registradores para atender aos anseios da sociedade atual, além de analisar os impactos de leis aprovadas recentemente e, ao final, alguns aspectos da chamada Lei do Agro, a Lei nº 13.986/2020.

A referida lei teve origem na Medida Provisória nº 897/2019, de 1º de outubro de 2019, com aprovação – transformando-a em lei –, sanção e entrada em vigor em 2020, ou seja, depois da defesa do trabalho. Embora tenham impactado o setor do complexo agroindustrial, inclusive com a criação de novos institutos, as alterações acabaram implicando apenas algumas adaptações nos títulos de crédito, as quais foram incluídas no livro que resultou da dissertação. Na medida do possível, essas alterações são mencionadas aqui.

A estruturação e defesa do tema de mestrado ensejou uma oportunidade singular, permitindo ao autor participar dos debates para a construção dessa lei, porquanto tenha sido um dos expositores na audiência pública no Congresso Nacional sobre alterações na CPR.

Nesse contexto, o trabalho sugere as melhores práticas que dariam seguimento à efetivação da CPR eletrônica – que nem sequer precisava de alteração legislativa –, mas recomendando a melhoria de políticas públicas visando adequar a regulamentação, especialmente no que tange ao registro das garantias cedulares.

2. TÍTULOS DE CRÉDITOS

A questão central que se quer responder é sobre a viabilidade jurídica da versão eletrônica dos títulos de crédito, também chamados *títulos natodigitais*, mais precisamente, a CPR, e, conseqüentemente, que resultados que se esperam. Além disso, sendo possível a via eletrônica, analisa-se também a questão do registro da garantia, sobretudo nos casos em que ela é constituída no próprio título de crédito, como acontece com a CPR.¹

Entretanto, o estudo não traça um panorama histórico desses títulos de crédito e tampouco discorre sobre sua teoria geral clássica, mas os aborda de outra perspectiva, especialmente da aplicação da tecnologia em prol da inovação nas transações comerciais.

Antes de adentrar o tema propriamente dito, teçamos algumas considerações sobre a confiança implícita na noção de crédito. No Brasil, a proteção da confiança não é expressa. Anna Lygia Costa Rego (2013, p. 167) reconhece que há raras menções à confiança na legislação, e nenhum dispositivo inclui um comando geral que a proteja ou que a consagre como princípio. No entendimento de Menezes Cordeiro,² (*apud* REGO, 2013, p. 168-169), não seria possível elaborar um princípio da confiança, pois seria necessário percorrer todos os ramos do direito, o que já estaria “fora das práticas”, vista a especialização crescente dos juristas estudiosos.

¹ Considerando que ainda não há discussão judicial acerca desse tema específico (e-CPR e mesmo títulos de crédito eletrônicos, com exceção das duplicatas), não pareceu pertinente trazer aqui os embates jurídicos em andamento no Superior Tribunal de Justiça, mesmo no que tange especificamente à CPR, pois, ainda que haja discussões sobre esse título de crédito, elas têm outro teor e acabariam sendo apenas ilustrativas de seu histórico.

² CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1237.

Mas a doutrina considera a proteção à confiança um princípio implícito no ordenamento. De todo modo, boa-fé objetiva e confiança são noções distintas, em virtude de seu referencial: a primeira é um “dever geral de cooperação, enquanto a confiança diz respeito, antes de mais nada, à geração de expectativas legítimas, cuja manutenção pode constituir um dever jurídico” (REGO, 2013, p. 179).

Entretanto, apesar de ter referenciais diferentes no direito cambiário, tais conceitos acabam tendo papéis similares. O princípio da boa-fé³ tem implicação jurídica relevante: contra o adquirente de boa-fé dos títulos de crédito, aplica-se a inoponibilidade das exceções pessoais, uma das subdivisões do princípio da autonomia.

Assim, a teoria da confiança é importante na composição das bases deste trabalho porque, além de estabelecer uma expectativa legítima de crença na viabilidade e na validade das plataformas eletrônicas para criação, emissão e circulação de títulos de crédito em geral, especialmente quanto à CPR, também pode reduzir custos, facilitando transações rápidas e de alta complexidade (REGO, 2013, p. 197).⁴

Nesses termos, com base na confiança e na credibilidade das plataformas eletrônicas existentes, é preciso discutir problemas e obstáculos a enfrentar para verificar a possibilidade ou não de os títulos de crédito circularem, do princípio ao fim, numa dessas plataformas.

Trata-se, pois, de enfrentar as seguintes questões, direta ou indiretamente estabelecidas pela doutrina e pela jurisprudência: (i) readequar a interpretação de alguns institutos, como é o caso do documento – um dos itens estruturais da definição clássica dos títulos de crédito –, e revisitar o princípio da cartularidade; (ii) justificar a adoção do termo *virtualização*, mais adequado do que *desmaterialização*; (iii) sugerir uma taxonomia dos títulos de crédito apenas e

³ “Este princípio faz modificar profundamente, a respeito das coisas móveis, o princípio de que a aquisição da propriedade é independente da posse e dependente do título, porque, no que respeita ao adquirente de boa-fé, afinal posse e propriedade sempre coincidem. Ora tudo isto tem aplicação também aos títulos de crédito; e, logo também, quem adquire de boa-fé a posse dum título de crédito expurga os vícios do título com base no qual fez a respectiva aquisição e torna-se proprietário. Este princípio constitui uma verdadeira defesa que vem reforçar a posição do adquirente do título, ao mesmo tempo que torna mais segura a sua circulação” (ROCCO, 1931, p. 289).

⁴ A confiança é curial na virtualização dos títulos de crédito, pois “é particularmente notada quando está ausente. Sua carência leva as partes a decidirem procurar elementos artificiais que a substituam, tal qual a revisão exaustiva por advogados, o oferecimento de múltiplas garantias, as cartas-conforto, os procedimentos de *due diligence* e as checagens múltiplas, entre outras possibilidades que a inventividade jurídica é capaz de fornecer” (REGO, 2013, p. 199).

tão somente para títulos escriturais, eletrônicos e digitais; (iv) avaliar a legislação que possibilita criar, emitir e fazer circular os títulos de crédito eletrônicos, ou seja, obter elementos para responder o que são tais títulos e se eles já existem ou se comporiam uma nova categoria; (v) verificar a possibilidade da circulação dos títulos de crédito por meio de plataforma eletrônica, bem como de aposição de coassinaturas em títulos de crédito eletrônicos; e, (vi) com base nas respostas às questões anteriores, sustentar a possibilidade e a validade jurídica da criação da CPR eletrônica.

Note-se que a virtualização dos títulos de crédito – com a condução do processo de criação, emissão e circulação em plataformas eletrônicas – é proposta como alternativa ao sistema cartular, uma opção à dita *desmaterialização* (transmutação de suporte físico para o chamado – a nosso ver equivocadamente – *suporte escritural*) corrente hoje, no intuito de aumentar as ferramentas disponíveis ao mercado.

Vale esclarecer que o fato de ser escrito e formal não implica necessariamente que seja um documento físico; em princípio, o meio pelo qual se cria é indiferente.

3. PLATAFORMAS ELETRÔNICAS

E o estudo avança pelos meandros da tecnologia, que não são simples, e não se trata de meras barreiras técnicas, mas de evoluir no universo do princípio da equivalência funcional, com essa interação entre o meio físico e o eletrônico a demandar do exegeta a articulação interdisciplinar e multidisciplinar de elementos.

Isso porque o princípio da equivalência não é, *per se*, suficiente para admitir a criação de títulos de crédito eletrônicos, que não atenderiam aos requisitos técnicos e legais necessários. Para tanto, seria preciso resolver o problema das múltiplas cópias e suas consequências, ou seja, a possibilidade de vários proprietários de um mesmo título de crédito pretenderem receber o pagamento.

Nesse cenário, destaca-se a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), cujo fundamento norteador é exatamente o princípio da equivalência funcional, incorporado à legislação brasileira. Mas importa considerar a não obrigatoriedade de aplicação de todas as disposições da Lei Modelo a países que adiram a seu conteúdo, em especial pelo fato de a UNCITRAL entender que não se pode interferir no direito substantivo dos países, e ainda porque a legislação brasileira está amparada

na própria MP nº 2.200/2001, bem como no art. 889, §3º, do Código Civil de 2002. Assim, não é preciso mudar a lei para virtualizar os títulos de crédito eletrônicos.

Voltando ao princípio da equivalência, essa interação entre o meio físico e o eletrônico demanda do exegeta a articulação interdisciplinar e multidisciplinar de elementos. Martínez Nadal (2012, p. 191-192) comenta o problema da exceção ao princípio da equivalência no âmbito dos títulos de crédito eletrônicos – chamados de forma mais ampla na Espanha de títulos-valores –, cuja previsão está contida nas normas de Direito Uniforme do Comércio Internacional, destacando-se as disposições da Convenção da ONU sobre o uso da comunicação eletrônica nos contratos internacionais de 2005. Esclareça-se que tais disposições não impedem que os Estados membros estabeleçam sua legislação regulando o tratamento eletrônico desses títulos de crédito.

E como evitar o problema da multiplicidade ou da cobrança dupla? No conteúdo de um título de crédito eletrônico, deve haver identificadores como o nome do titular, o número de série do título e a data, entre outros. Esses identificadores tornam o documento único não no sentido das cópias, mas no do uso. E isso é comportamento do sistema.

A possibilidade da cobrança dupla gerou receio, pois se entendeu que a implementação dos títulos de crédito eletrônicos implicasse o chamado *risco sistêmico*: podia-se emitir o mesmo título de crédito em favor de vários credores ao mesmo tempo. Mas há argumentos consistentes contra isso, que destacam as coassinaturas e a aposição de referências temporais como viabilizadoras da implementação da cadeia de endossos e da mitigação de fraudes de possíveis multiplicações dos títulos.

Outro fator que pode ajudar a provar a unicidade do documento assinado são os chamados carimbos do tempo, que provam que determinado documento foi assinado em determinado momento, e não se pode negar essa prova. Destaque-se que a assinatura digital⁵ tem as seguintes propriedades: (i) não repúdio: não posso negar o que fiz; (ii) autenticidade: fui eu que o fiz; e (iii) integridade: foi isto que fiz.

⁵ O modelo de assinaturas eletrônicas foi atualizado pela Medida Provisória nº 983, de 16 de junho de 2020, que avançou e tornou-se a Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020, que dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas, em questões de saúde e sobre licenças de *softwares* desenvolvidos por entes públicos, alterando a Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), a Lei nº 5.991/1973 (Lei dos Medicamentos) e a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 (Lei da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil). Agora, a denominação mudou, e todas se chamam assinatura eletrônica, diferindo apenas seu nível de confiança: simples, avançada ou qualificada.

Nessa linha de raciocínio, não se pode relegar o tema do título escritural, que não é um tipo específico de título de crédito, mas apenas um possível requisito dele. Aqui, deve-se tomá-lo como sendo cartular, de forma física, ao contrário das conotações que se lhe costumam atribuir, como a de duplicata mercantil.

Portanto, os artigos 887 a 926 do Código Civil incorporam um novo conceito, na medida em que o legislador introduziu no sistema jurídico pátrio a categoria dos títulos de crédito atípicos, cujas formalidades essenciais de existência e validade, previstas nos art. 888 e 889, admitem elasticidade em sua criação.

Outro ponto importante é a definição que está calcada no meio pelo qual se dá a escrituração, ao invés de esclarecer em que consiste tal mecanismo. Essa definição chega a ser tautológica, inclusive induzindo a erro, como se a única característica do título fosse a escrituração. E tampouco seria correta se se referisse a títulos de crédito eletrônicos, pois o fato de serem eletrônicos em nada altera sua essência; trata-se apenas de um meio alternativo de emissão e circulação.

É legítimo concluir que o legislador incluiu a chamada forma escritural como alternativa à forma física. Entretanto, admitir que a forma escritural é o mesmo que a forma eletrônica é violar toda a sistemática do ordenamento jurídico posto, pois o requisito mínimo do título de crédito emitido por via eletrônica é justamente ter a já mencionada assinatura eletrônica.

A CPR é um título de crédito cujo regramento é legalmente estabelecido de forma simples. Na Lei nº 8.929/1994, merecem destaque o dispositivo em que o legislador prevê quem é legitimado a emití-la (art. 2º) e o que prevê os requisitos para sua emissão (art. 3º).

Para a CPR eletrônica, são esses os requisitos a observar, ou seja, um rol mais completo do quanto disposto no art. 889, *caput*, do Código Civil. Isso não significa que seu contexto não possa conter outras cláusulas; pode, mas não com caráter de requisito essencial, podendo inclusive constar em documento à parte, desde que com a assinatura do emitente e a menção a essa circunstância no próprio título de crédito.

Considerando que no ambiente das plataformas eletrônicas não existem “frente e verso”, trata-se de transpor esse obstáculo. Isso não implica maiores desafios, porque há duas alternativas; a primeira, como vimos, é a possibilidade – facultada pela própria lei – de se incluírem outras cláusulas em seu contexto, inserindo no próprio título as entregas, à medida que forem ocorrendo. A segunda é criar um documento à parte, desde que assinado pelo emitente e com a menção dessa circunstância no próprio título de crédito.

No âmbito das garantias, há que esclarecer alguns pontos sobre a forma de operacionalizar a versão eletrônica da CPR. Sua finalidade principal, como a da cédula do produtor rural com liquidação financeira (CPRF), é incentivar a ativi-

dade rural colocando à disposição dos produtores um instrumento de fomento rápido e eficaz, garantido pela própria *commodity* negociada.

A admissão da vinculação de garantias reais e a inserção de cláusulas ajustadas entre as partes faz com que, além de ser transferível por endosso e ser considerada ativo financeiro, possa atrair e envolver, além do produtor rural e do adquirente de seus produtos, outros segmentos do mercado como o próprio sistema financeiro e o mercado de capitais. Essas considerações constam da própria Exposição de Motivos Interministerial 334 da Lei nº 8.929/1994.

Na medida em que, no universo da CPR, as garantias são constituídas no próprio título (art. 3º, VI), a emissão eletrônica seria igual: o título e sua(s) respectiva(s) garantia(s) constituído(s) em plataforma eletrônica, seja com certificação digital (coassinaturas e inserção de selo temporal), seja pela combinação de assinatura eletrônica em plataforma *blockchain*.

Entretanto, o fato de o título de crédito eletrônico estar resolvido jurídica e operacionalmente não significa que não haja outros entraves – há que registrar as garantias nele constituídas.

Para tanto, existem duas possibilidades: (i) usar o sistema de registro eletrônico, se e quando disponível nos cartórios, até porque, independentemente da discussão judicial, a lei que o institui é válida e produz seus efeitos regulares até decisão em contrário; ou (ii) apresentar diretamente no cartório o título de crédito (e-CPR) em PDF (*portable document format*), com assinatura eletrônica, em CD (*compact disc*) ou *pen drive* ou em formato XML.

Não é fácil prever os impactos e benefícios da virtualização da CPR, mas alguns indicadores são importantes para verificar a potencial geração de novos negócios e mesmo sua retirada de um estado latente em razão do tempo que leva formalizar esse tipo de título de crédito em suporte eminentemente físico. Assim, a importância da CPR é inexorável, e a viabilidade jurídica de sua versão eletrônica pode torná-la ainda mais relevante.

As principais justificativas para a aceitação dos títulos de crédito eletrônicos são (i) a aplicação do desenvolvimento tecnológico a favor das relações econômicas, sendo cada vez maior a tendência a se usarem documentos e títulos de crédito eletrônicos em vez de papéis; (ii) o art. 889, §3º do Código Civil autoriza a emissão desses títulos de crédito; (iii) a MP 2.200-2/2001, que institui a ICP-Brasil, assegura a autenticidade e a integridade dos documentos produzidos por meio eletrônico; e (iv) o STJ já reconheceu a possibilidade de se relativizar o princípio da cartularidade pela possibilidade de execução de duplicatas virtuais (EResp 1.024.691-PR).

Portanto, a e-CPR e os títulos de crédito eletrônicos em geral precisam de uma plataforma eletrônica (portal) para ser implementados, e cumpre destacar

que tais plataformas não são apenas meios pelos quais é possível comprar produtos ou serviços ou interagir com outras pessoas, mas que essas funcionalidades são parte de um todo maior.

Nesse sentido, é crucial a interoperabilidade dos sistemas, para que plataformas se comuniquem evitando o chamado *retrabalho* com sistemas estanques, usados com uma única funcionalidade. A inovação e o avanço não estão na digitalização ou na transformação de documentos físicos em virtuais, mas na implementação de ferramentas inteligentes, colocando o Estado como um parceiro e um fomentador de negócios, e não como mero arrecadador de impostos.

Entretanto, é necessário cumprir os ditames da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já alterada pela Lei nº 13.853/2019, que dispôs sobre a proteção de dados pessoais e criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Nesse cenário, agora regulado, é forçoso que os *stakeholders* zelem por suas atividades em plataformas digitais e na *internet* em geral, porque negligenciar a segurança da informação implica penalidades que podem acabar inviabilizando não apenas os modelos de negócio existentes como aqueles que estiverem por vir.

Daí, em certa medida também se revela a importância da função *hash*: garantir a autoria e a integridade daquilo que foi submetido à assinatura digital. Além da função *hash*, a *blockchain* usa também a criptografia assimétrica para identificar usuários e proteger suas propriedades na plataforma.

Na definição de Drescher (2018, p. 163), *blockchain* é apenas um sistema ponto a ponto distribuído para gerenciamento de posses, constituído de computadores individuais que mantêm sua própria versão de um livro-razão imutável, no qual se armazena o histórico completo dos dados de transação. Nesse sentido, é praticamente impossível fazer qualquer alteração numa transação feita em *blockchain*, pois a operação seria muito dispendiosa.

Para a questão específica deste estudo, entende-se que a *blockchain* em consórcio seja a mais adequada, mas necessariamente com a permissão de leitura pública das transações.

Não resta dúvida de que atualmente a tecnologia de ponta pode ser a *blockchain*, mas há que destacar que isso não é perene, pois outras certamente surgirão; o que se deve garantir é a migração em caso de perecimento do modelo adotado.

Nesse contexto, é preciso situar as declarações cambiais, fundamentais para garantir a circulação dos títulos de crédito, como o endosso – meio de transmissão da titularidade do título de crédito. A aplicação do endosso eletrônico é descrita em termos gerais, e pode-se fazê-lo numa plataforma usando a certificação digital da ICP-Brasil ou outro tipo de assinatura eletrônica ou numa

plataforma com tecnologia *blockchain*, que certamente demanda adaptação, dependendo do modelo adotado. Essa mesma dinâmica é aplicável ao aval e mesmo ao protesto; sobre esse último, no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997, consta a possibilidade de se receberem indicações a protesto por meio magnético ou por gravação eletrônica de dados, e o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 6.015/1973 (LRP) trata da troca de informações via *internet*.

Nesse mesmo ambiente, se o credor, em qualquer momento, quiser ou precisar transferir esse título de crédito a terceiro, poderá apor sua assinatura digital ou eletrônica para efetivar o endosso translatício. A operação se repetirá com o novo credor identificado (lembrando que só é possível o endosso em preto) tantas vezes quantas forem necessárias, formando a cadeia de endossos.

4. REGISTRO

Além dessas breves considerações, destaque-se a importância do registro na viabilidade da implementação dos títulos de crédito eletrônicos, em especial nas garantias constituídas na CPR eletrônica, cuja sigla pode ser e-CPR.

No ambiente dos registros públicos, há que respeitar o princípio da equivalência, para satisfazer exigências relativas aos atos registrais também quando prestados por meio da *internet*, posto que inerentes a tais atos, como a observância de sua publicidade e da privacidade, entre outros.

O marco legal para o registro eletrônico de imóveis no Brasil foi a edição da Medida Provisória nº 459/2009, convertida na Lei nº 11.977/2009, que instituiu o programa federal Minha Casa Minha Vida. Essa lei positivou o que viria a ser o registro eletrônico de imóveis e previu que os registros de imóveis se organizariam para, em cinco anos, oferecer registro eletrônico. Como as centrais estaduais de registro gozam de autonomia, cada qual editará suas normativas e se acabará por regulamentar inclusive o SREI por estado. Há um problema adicional que é o fato de, por enquanto, não haver interoperabilidade entre essas centrais, dificultando, e muito, a mudança digital que se almeja no setor.

Retomando a ideia de que a base legal que possibilita a modernização dos registros públicos está posta, ela ainda não basta para ultrapassar as resistências à evolução natural da adequação do sistema de registros aos tempos atuais. Na tradição jurídica brasileira, registros e notas são considerados serviços auxiliares do Poder Judiciário e, por expressa determinação constitucional, compete à autoridade judiciária fiscalizar as atividades notarial e registral (cf. art. 236, §1º da Constituição Federal, c/c art. 30, XIV da Lei nº 8.935/1994). Assim, a

edição de normas técnicas se estende, dentro de sua competência, ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão externo do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Apesar de estabelecer diretrizes relevantes para o registro eletrônico (Provimento nº 47/2015), o mesmo CNJ incluiu nas disposições do art. 8º o impedimento de se receberem documentos eletrônicos diretamente do usuário, bem como de postar ou baixar (*download*) documentos eletrônicos e informações de sítios que não sejam os das respectivas centrais de serviços eletrônicos compartilhados.

Mas o Provimento nº 89/2019 – que revogou o Provimento nº 47/2015 – avançou, na medida em que regulamentou o Código Nacional de Matrículas (CNM), o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado (SAEC) e o acesso da administração pública federal às informações do SREI e estabeleceu diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico (ONR), melhorando o cenário das políticas públicas, como forma de se evoluir efetivamente no debate e na condução de modelos para implementar a liberdade econômica.

Nesse ponto, no que tange aos registros imobiliários, cabe esclarecer que não se trata de desconsiderar o princípio da territorialidade, cuja autonomia e imparcialidade são intrínsecas, para garantir a segurança jurídica do comércio imobiliário. Em síntese, o chamado princípio da territorialidade estabelece que o pedido de registro deve ser apresentado a um e somente um registro imobiliário: o da situação do imóvel. Nesse contexto, o princípio da territorialidade, ou a competência territorial, consiste em que o registrador deve exercer sua função dentro da área territorial definida em lei.

Assim, seja por respeito ao princípio da eficiência, seja pelas inovações já em curso para o desenvolvimento e a implementação definitiva do registro eletrônico, não se pode admitir que prevaleça a contradição ou que retroceda o que se conquistou até aqui.

A necessidade do registro, como vimos, se aplica às garantias, que podem ser prestadas no próprio título, como é o caso da CPR – em termos de requisitos, basta que ela atenda ao estipulado no art. 3º da Lei nº 8.929/1994.

Portanto, só haverá ganho de tempo e escala quando sobrevier o mencionado avanço eletrônico do sistema, e, insistimos, é fundamental garantir a migração entre sistemas em caso de obsolescência do modelo adotado, na medida em que as tecnologias envolvidas estão em constante evolução.

5. MELHORES PRÁTICAS PARA A CRIAÇÃO DE TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS

A discussão sobre a busca das melhores práticas é permeada por alguns elementos que exploramos aqui: (i) conformidade (ou *compliance*), (ii) proteção dos dados e (iii) boa-fé e confiança.

Na perspectiva das melhores práticas, convém analisar não apenas a política de conformidade, mas também a proteção de dados. E por que a preocupação com a proteção de dados no que toca aos títulos de crédito eletrônicos? Basicamente porque (i) o estabelecimento de programa de proteção de dados pessoais é uma hipótese de conformidade (*compliance*) e, (ii) considerando que a Lei nº 13.709/2018 prevê responsabilidade civil pela não adoção das medidas que impõe e que os títulos de crédito eletrônicos, eventualmente natodigitais, são concebidos em plataforma onde existe a figura do agente de tratamento de dados (art. 3º, II), é imperioso adotar práticas adequadas.

A importância de adequar as atividades empresariais à realidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é evidente: após o início de sua vigência, se as plataformas eletrônicas não cumprirem o disposto em seu art. 49, podem dar azo à declaração de descumprimento da lei, ainda que não tenha havido nenhum incidente prejudicial aos titulares.

Trata-se de consolidar a percepção de que a implementação de políticas de conformidade de proteção de dados na estruturação e no desenvolvimento de plataformas eletrônicas é efetivada de boa-fé pelos agentes econômicos, a fim de se estabelecer uma dinâmica mais ágil e eficiente – no caso, aos títulos de crédito eletrônicos –, evitando que parem quaisquer suspeitas sobre o processo.

Vale descrever brevemente o exemplo para estabelecer um passo a passo para a criação de uma e-CPR,⁶ independentemente de ela estar ou não atrelada a alguma operação estruturada. Suponhamos que apenas represente uma operação de compra e venda de insumos agrícolas para viabilizar a formação de uma lavoura de soja.

Em síntese, é necessária uma plataforma eletrônica de que participem, por exemplo, o vendedor da soja futura, seu comprador, o fornecedor dos produtos (insumos agrícolas) e um desenvolvedor/programador, que conceberá a plataforma eletrônica.

⁶ Esse encadeamento não considera a necessidade, a partir de 1º de janeiro de 2021, de levar o título de crédito a registro e/ou depósito em entidades autorizadas pelo Banco Central do Brasil (artigo 12 da Lei nº 8.929/1994, com redação dada pela Lei nº 13.986/2020).

A fixação *ex ante* de parâmetros de transparência na proteção de dados é uma condição da aplicação de tecnologia *blockchain*, caso ela seja a opção adotada, pois trata-se de um sistema de livro-registro sem possibilidade de retificação ou edição. Diante disso, deve-se desenvolver um *smart contract* para estabelecer um comando autoexecutável.

Estando os documentos completos, adequados ao fim a que se destinam e disponibilizados pelo comprador na plataforma eletrônica, a versão final, completamente preenchida, da e-CPR estará disponível para o comprador apor sua assinatura eletrônica. Tão logo este a assine, a outra pessoa definida para assinar o documento terá acesso ao sistema para firmá-lo também. No desenvolvimento da plataforma eletrônica, deve-se contemplar a possibilidade de emissão para impressão no formato XML.⁷

Assim, em nome das melhores práticas, convém que os registradores em geral – e, no caso concreto, os de registro de imóveis – se aprofundem no tema e se interessem em eventualmente integrar um consórcio que concorra para estabelecer um ciclo de atos mais adequado, favorecendo a adesão a uma política de proteção de dados em conformidade com as exigências do mercado.

O intuito é mostrar uma abordagem aplicada a este estudo de forma diferente, partindo da confiança nas plataformas eletrônicas desde o direito positivado e estabelecendo pontos de convergência com os títulos de crédito, a fim de desmistificar alguns obstáculos à concretização de uma alternativa ao meio físico e facultar ao mercado uma forma nato digital dos títulos de crédito.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procurou-se não só identificar problemas e sugerir soluções ou alternativas em busca de soluções, mas também levantar pontos para reflexão.

Quanto à questão complementar de pesquisa – o registro eletrônico –, o resultado não é o esperado, pois, ao menos por enquanto, ainda há um hiato entre a possibilidade de se emitirem títulos de crédito eletrônicos e o modo como se registram as garantias contidas em alguns desses instrumentos: atual-

⁷ XML (*extensible markup language*) é um tipo de arquivo de texto que pode ter qualquer formato, ou seja, pode ser definido pelo desenvolvedor em conjunto com os demais integrantes do consórcio citado no exemplo. O SEFAZ usa arquivos XML para armazenar informações fiscais da operação comercial, como a nota fiscal eletrônica.

mente, ainda não se pode levá-las a registro do mesmo modo em todo o país; em alguns casos, é preciso converter o título de crédito num documento em PDF (*portable document format*) ou em formato XML, gravá-lo em *pen drive* e levá-lo ao cartório. No cartório, sim, o processo voltaria a transcorrer eletronicamente.

A principal conclusão é a de que já é possível, tanto técnica quanto juridicamente, criar, emitir e fazer circular títulos de crédito eletrônicos, inclusive com a aposição de aval, aceite e endosso. O desafio está no âmbito do registro das garantias na e-CPR, na renovação desse ambiente, inclusive com mudança legislativa.

No entanto, o afã da discussão acerca das novas tecnologias acaba turvando a questão, relegando o que realmente interessa e que é um dos principais problemas que devem ser resolvidos para uma evolução do atual estado de coisas. O Brasil está tão longe do nível atingido pelos grandes centros tecnológicos e das inovações alcançadas em outros países que acaba tomando as novas tecnologias apenas de forma reflexa em relação ao que deve ser o alvo das políticas públicas a debater, desenvolver e implementar. No contexto discutido aqui – instrumentos viabilizadores de relações comerciais como contratos, títulos de crédito e garantias –, os dois pontos mais relevantes são: a interoperabilidade e a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).

A interoperabilidade é um ponto de atenção, mas já assiste, ao menos em parte, a certa evolução. Ela vem sendo aplicada sobretudo pelo setor bancário, mas deve-se espalhar para outros ramos de atividade, com especial avanço por parte das chamadas *fintechs*.

Quanto à Lei de Registros Públicos, pode ser um dos motes para se discutir o desencadeamento de uma revolução no ambiente de negócios.

Seja a parte relativa ao registro de imóveis (Título V da Lei de Registros Públicos), seja no tocante aos títulos (Capítulo V da referida lei), o fato é que a legislação, sem grandes alterações desde 2004, mostra-se a pedra fundamental do desenvolvimento da discussão sobre a introdução de novas tecnologias nesse ambiente. Isso não significa alijar os registradores desse processo, mas atualizá-los.

Já no que diz respeito às normas de proteção de dados, há uma dificuldade generalizada de entender a importância do trabalho de conformidade à LGPD e para onde direcionar energia, tempo e dinheiro no enfrentamento dos desafios. A General Data Protection Regulation da União Europeia (GDPR) já tem números que podem inspirar o mercado brasileiro. Por exemplo, um estudo publicado no relatório anual das atividades do European Data Protection Board (EDPB, [2019]) garante a uniformidade das decisões das autoridades supervisoras de proteção de dados dos países da União Europeia.

Nesse período de um ano, as autoridades supervisoras trataram 206.326 casos,⁸ dos quais 52% já foram resolvidos e apenas 1% foi levado ao Judiciário (cerca de 2.000 casos). Transpondo esse cenário para o Brasil e fazendo uma conta simples, aplicando-se penalidade administrativa de R\$ 50 milhões a cada discussão, estamos diante de um risco potencial de algo em torno de R\$ 100 bilhões para as empresas.

Assim, é possível ter uma sensação de como deve se comportar o mercado brasileiro para se estruturar antes da vigência da LGPD. Além dos efeitos imediatos de perda de contratos e abalos na reputação, as empresas que não se adequarem estarão sujeitas a penalidades administrativas e judiciais. Eis porque devem se empenhar em cumprir especialmente o quanto previsto no art. 18 da Lei nº 13.709/2018.

No presente estudo, o impacto disso é evidente. Há muitas informações e dados necessários à análise de crédito e à validação dos títulos de crédito, principalmente da CPR. No ambiente das plataformas eletrônicas, há sérios riscos de violação a direitos de titulares, como: direito de acesso e direito à eliminação de dados pessoais, excesso de dados coletados para determinada finalidade, dados roubados ou perdidos, uso inapropriado de dados etc.

Note-se que, no intervalo entre a finalização do livro – base deste artigo – e sua revisão, entrou em vigor a Lei nº 13.986/2020, muito aguardada pelos partícipes da cadeia agroindustrial, trazendo avanços e retrocessos em seu texto base. Há pontos que influenciam o estudo desenvolvido neste trabalho, inclusive com impacto na inovação do setor.

Quanto aos pontos negativos, há questões estruturantes com efeitos ainda incertos para o complexo agroindustrial, mas atemo-nos aqui aos títulos de crédito escriturais.

Lembremo-nos de que o financiamento do agronegócio no país já há muitos anos não se deve ao chamado financiamento público, mas à efetiva e essencial presença do setor privado, e não só a instituições financeiras privadas. Logo, a partir do momento em que as condições são assimétricas, o risco de crédito é afetado.

No que tange especificamente à CPR, o art. 42 da Lei nº 13.986/2020 fez alterações profundas e, algumas delas, incorretas. No encaminhamento do texto da medida provisória que originou a lei, a presidência da república, o Ministério da Economia, o BACEN e o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento expuseram motivos que não traduziram exatamente o que constava na medida provisória.

⁸ Como mudam diariamente, esses números são apenas ilustrativos.

O primeiro equívoco é que o argumento ataca o efeito, e não a causa: no caso, a falta de interesse efetivo em alterar políticas públicas revendo a Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) e o papel dos cartórios frente às inovações tecnológicas. O problema não é a descentralização, mas a falta de interoperabilidade entre os cartórios. A medida provisória não atacou isso e, ao contrário do que faz parecer, nem sequer diminui os custos.

O deputado Pedro Lupion apresentou o relatório denominado Projeto de Lei de Conversão nº 30/2019, que foi aprovado no Congresso Nacional. O texto passou por diversas alterações e, em grande medida, evoluiu positivamente. Entretanto, exatamente no ponto relativo ao título de crédito eletrônico, não se saiu bem: há um evidente intuito de transformar, por imposição, todos os títulos de crédito em ativos financeiros, o que é um erro.

Mas o equívoco mais grave se mostra na inclusão do art. 3º-A na (Lei da CPR), mantido no Projeto de Lei de Conversão, cujo *caput* prevê que a CPR pode ser emitida na forma cartular ou escritural.

Como vimos, a confusão com a figura da forma escritural volta a assombrar o cotidiano dos operadores do direito. Em grande medida, as alterações com a inclusão desse artigo se devem ao art. 19 da Lei nº 8.929/1994 (revogado pela medida provisória). O fato é que a redação é falha, porque afirmar que título escritural é simplesmente aquele que não tem cártula, nasce e circula por meio eletrônico, *não* significa que se trata de título eletrônico.

Discordamos do texto proposto por dois motivos. Primeiramente, porque o título escritural não é um tipo específico de título de crédito, mas apenas uma de suas funções possíveis. Um título de crédito pode ou não ser escritural, e deve-se entender que tal peculiaridade serve à verificação do cumprimento de obrigações legais, sobretudo de natureza fiscal. A escrituração é uma peculiaridade operacional, uma função – quando houver previsão expressa –, e não da natureza do título de crédito.

O segundo motivo de nossa discordância é o fato de que a definição está calcada no meio pelo qual se dá a escrituração, repetimos, ao invés de esclarecer em que consiste tal mecanismo.

O equívoco é importante, pois o §1º do art. 3-A da mencionada medida provisória, mantido na lei aprovada, impõe que o título de crédito na forma escritural terá seu lançamento em sistema eletrônico de escrituração gerido por entidade autorizada pelo BACEN. Combinada com esse parágrafo, a redação do *caput* mostra que se obriga o titular ou o emitente apenas à emissão tangível (cartular) ou sob a forma escritural – com se eletrônica fosse –, com o lançamento em sistema de escrituração também gerido por entidade autorizada pelo BACEN.

Na medida em que a questão diz respeito diretamente à CPR, sua interpretação mais adequada, em regra, deve considerar o Código Civil, que, no caso de título de crédito, prevê a possibilidade de sua emissão a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos no respectivo artigo (§3º, art. 889, CC).

Tratando-se de um título de crédito específico – no caso, a CPR –, a interpretação é regida pela Lei nº 8.929/1994, mas, considerada sua alteração, poderá, em tese, colidir com o texto do mencionado artigo do Código Civil.

Basta aplicar a regra de interpretação inserida na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657/1942, mais precisamente o §1º do art. 2º, que dispõe: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Em outras palavras, basta a simples interpretação de que a lei específica se sobrepõe à geral, do que decorre que, não havendo incompatibilidade entre elas, é possível emitir CPR cartular ou escritural, sendo viável também o título de crédito eletrônico.

Não se pode fazer confusão com a possibilidade de a CPR também vir a ser um ativo financeiro. Os ativos financeiros podem ser classificados como o conjunto de alternativas disponíveis para ser negociadas no mercado financeiro e de capitais. É uma forma de investir em empresas privadas com menos riscos do que com ações. No âmbito dos investimentos, a expressão *ativo financeiro* designa produtos negociados apenas no mercado financeiro, que tem sua principal referência na Bolsa de Valores.

O §4º do art. 3-A da Lei nº 8.929/1994 estabelece que a CPR será considerada ativo financeiro, para fins de registro e de depósito em entidades autorizadas pelo BACEN. Portanto, a alteração da Lei nº 8.929/1994 pela Lei nº 13.986/2020⁹ viola a chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) não só em sua principiologia (art. 2º, I e II), mas, especialmente, nos incisos II, IV, V e VI de seu art. 4º. Isso porque a obrigatoriedade de lançar a chamada CPR escritural em sistema eletrônico de escrituração gerido por entidade autorizada pelo BACEN (§1º, art. 3º-A, com redação dada pelo art. 42 da Lei nº 13.986/2020) não chega a impedir a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado (II, art. 4º da Lei de Liberdade Econômica), mas impõe obstáculos pouco claros à sua participação nesse modelo de negócio.

⁹ As alterações relativas à CPR foram regulamentadas pela Resolução CMN n. 4.870/2020 (BACEN, 2020).

A partir de 1º de janeiro de 2021, a emissão de CPR é obrigatoriamente registrada ou depositada apenas em entidade autorizada pelo BACEN a exercer a atividade de registro ou depósito centralizado de ativos financeiros. Essa redação impõe uma obrigação que gera concentração de mercado e potencial insegurança jurídica, além de impedir a inovação e ameaçar as empresas que já estão em atividade, inclusive *startups*. Isso porque qualquer empreendedor que queira constituir uma *startup* com modelo de negócio tecnologicamente inovador para atuar com os títulos de crédito previstos na Lei nº 13.986/2020 deve obter autorização do BACEN – a burocracia e o alto custo criam obstáculos a novos entrantes.

Assim, a lei impede ou retarda a inovação e a adoção de novas tecnologias e processos ou modelos de negócios (IV, art. 4º), bem como aumenta os custos de transação (V, art. 4º), pois o lançamento, o registro e/ou o depósito nessas entidades certamente terá um custo para os emitentes dos títulos de crédito, isso sem contar a falta de *expertise* dessas entidades na dinâmica, especialmente em relação à CPR. Os alegados benefícios são falaciosos, pois pode-se chegar ao número de CPR emitidas por meio de outros mecanismos, eventualmente sem aumento direto dos custos de transação. Ademais, também não há interoperabilidade entre essas centrais de escrituração, registro e depósito, ou seja, o argumento da transparência não se sustenta, e ainda faltam dispositivos contemplando questões operacionais acerca das alterações legais inseridas no texto.

Portanto, em verdade, acaba-se por criar uma demanda artificial, compulsória de serviço, inclusive de uso de registros, em patente violação ao quanto determinado na Lei da Liberdade Econômica (VI, art. 4º).

A aprovação do texto deve ensejar um potencial ambiente para a judicialização de temas relativos a títulos de crédito, especialmente à CPR. A Lei nº 13.986/2020 introduz uma indesejável “reserva de mercado”, que decorre da exigência de registro e armazenamento das CPR num parco número de centrais de escrituração e/ou depósito.

O ponto da crítica não é ser contrário à lei, tampouco ser contra A ou B, mas apenas e tão somente que a questão de ativo financeiro deveria ser uma opção dos agentes de mercado, e não uma imposição do legislador a todos aqueles que vierem a se valer da CPR.

O artigo apresenta sinteticamente os principais pontos discutidos no estudo que estruturou a dissertação de mestrado para concorrer, jurídica e praticamente, para viabilizar a emissão e a circulação dos títulos de crédito eletrônicos, com especial ênfase na assinatura eletrônica, no uso de plataformas eletrônicas com as tecnologias disponíveis, bem como no registro das garantias.

O estudo tem se mostrado adequado ao fim a que se propôs na medida em que, logo após sua defesa, em setembro de 2019, o autor, em parceria com algumas empresas, logrou estruturar, emitir e registrar eletronicamente a primeira CPR do Brasil, inclusive chamando a atenção da mídia escrita (RAMOS, 2019). O fato coroa uma trajetória de estudo e dedicação, com a satisfação de poder contribuir, ainda que singelamente, para o aprimoramento do ambiente de negócios no país.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN. *Resolução CMN nº 4.870, de 27 de novembro de 2020*. Dispõe sobre o registro e o depósito da Cédula de Produto Rural. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4870>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DRESCHER, Daniel. *Blockchain básico: uma introdução não técnica em 25 passos*. Trad. Lúcia A. Kinoshita. São Paulo: Novatec, 2018.

EDPB. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. First overview on the implementation of the GDPR and the roles and means of the national supervisory authorities. *Executive Summary*. [2019]. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/19_2019_edpb_written_report_to_libe_en.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

MARTÍNEZ NADAL, Apol-lònia (Coord.). *Títulos cambiarios electrónicos: estudio interdisciplinar*. Navarra, ES: Thomson Reuters, 2012.

RAMOS, Camila Souza. Sai a primeira emissão de CPR eletrônica. *Valor Econômico*, São Paulo, 10 set. 2019. Caderno Agronegócios.

REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança & investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro*. São Paulo: Singular, 2013.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial: parte geral*. Trad. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1931.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 3

Este trabalho é a síntese da dissertação de mestrado desenvolvida brilhantemente pela autora sob minha orientação dentro do programa de mestrado profissional da FGV – Direito SP, intitulada *Registro de garantias mobiliárias: uma proposta para sua modernização*. A questão registral é, sem dúvida, elemento fundamental na revisão e sistematização das garantias no Brasil, pois é condição necessária de sua viabilização. A publicidade das garantias afiança a segurança jurídica de credores ao mesmo tempo que um sistema unificado permite aos agentes econômicos maior aproveitamento de seu patrimônio como instrumento de alavancagem de seus negócios.

Este texto apresenta, primeiro, as dificuldades e entraves de um sistema registral já antiquado, considerando a disponibilidade de tecnologia para sua evolução e aperfeiçoamento. Funda-se em modelos internacionais e, ao final, propõe soluções viáveis, seja do ponto de vista tecnológico, sejam proposições de alterações normativas absolutamente consistentes com o ordenamento jurídico.

O texto deixa evidente a relevância para o financiamento de pequenas e médias empresas, mas é inegável que os benefícios se espraiam para todo o ambiente de negócios, reduzindo custos de transação e, dada sua centralização, trazem maior previsibilidade e segurança jurídica.

Wanderley Fernandes

3

BENS MÓVEIS COMO GARANTIA: INOVAÇÕES NO REGISTRO PARA FAVORECER O CRÉDITO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

Constanza Bodini

1. INTRODUÇÃO

É indubitável que a modernização de garantias mobiliárias facilitará e democratizará seu uso, além de ampliar o acesso a crédito e favorecer a economia brasileira. Isso é importante, pois, especialmente em tempos de pandemia, há que aumentar o crédito e reduzir seu custo.

Ao dizer garantias mobiliárias, estamos falando mais especificamente no uso de bens móveis (veículos, máquinas, equipamentos, estoques de mercadoria, dinheiro, ações de companhias etc.) como garantia na obtenção de crédito.

Essa classe de garantias é valiosa para empresas de qualquer porte, mas especialmente para micro, pequenas e médias empresas, cujo patrimônio é composto em grande parte por bens móveis. De fato, chama muito a atenção que, tendo em vista que as empresas de menor porte representam cerca de 53,4% do PIB do comércio brasileiro (MPes SÃO RESPONSÁVEIS..., 2019), as garantias mobiliárias não sejam mais bem aproveitadas como contrapartida. Assim, a economia beneficiar-se-ia consideravelmente se esse segmento empresarial as adotasse.

São muitos os temas que podemos discutir sobre a dificuldade de oferecer garantias mobiliárias no Brasil (a constituição, o registro, a execução etc.). Dentro desse espectro, esta investigação tem como objetivo identificar problemas jurídicos no seu registro.

Essa necessidade de identificar problemas nos levou a procurar respostas em doutrinas estrangeiras, a participar de congressos e debates e, principalmente, a entrevistar *players* do mercado estudado; no caso, oficiais de registro de móveis e imóveis, instituições que representam os oficiais de registro, bancos e organismos internacionais, registradoras privadas de valores mobiliários e a receita federal.

Em resposta às fragilidades identificadas, o texto apresenta alternativas tomadas da prática internacional que fortaleceriam o sistema brasileiro de garantias, beneficiariam todos os envolvidos em operações que tenham como garantia um bem móvel, dando celeridade e eficiência à operação e reduzindo seu risco e custo.

Antecipando nossas conclusões, de nossa ótica, o Brasil seria muito beneficiado por um sistema de registro centralizado, eletrônico e de baixo custo.

Eis o contexto deste trabalho. Na seção 3, descrevendo brevemente as garantias mobiliárias e a importância de seu registro. Na seção 4, analisamos o funcionamento dos registros mobiliários. O exame mostrou que, na atualidade, o registro de bens móveis ainda não é totalmente eletrônico, apesar de haver normas que obrigam os cartórios a terem esse registro. Na seção 5, com base em nossa experiência profissional e no sistema registral de diversos instrumentos de harmonização legal e à procura de possíveis aprimoramentos, apresentamos alternativas aos principais problemas jurídicos identificados. Finalmente, aduzimos nossas conclusões.

2. REGIME NORMATIVO DE GARANTIAS MOBILIÁRIAS NO BRASIL

A falta de um estudo aprofundado das garantias como matéria autônoma no direito brasileiro faz com que não haja uma definição de garantia. Aqui, tratamos de garantias das obrigações entendidas como a forma ou o mecanismo para prevenir o descumprimento de uma prestação, seja por inadimplemento voluntário, por insolvência ou pela impossibilidade da prestação.

A visão clássica adotada pelo regime normativo brasileiro de garantias permite classificá-las entre a garantia geral e as garantias especiais que, por sua vez, dividem-se em reais e pessoais.

As garantias pessoais, ou fidejussórias, consistem em relações puramente obrigacionais, ou seja, se o devedor deixar de cumprir a obrigação, o garantidor deve responder com a totalidade de seu patrimônio, sem a restrição de nenhum bem específico. As garantias pessoais com caráter de obrigação são a fiança e o aval.

Já o efeito próprio das garantias reais é atrelar determinado bem ao cumprimento de determinada obrigação. No Brasil, coexistem duas estruturas de garantia real: as preferenciais (penhor, hipoteca e anticrese) e as de propriedade fiduciária (alienação fiduciária e modalidades de cessão fiduciária).

Em função do escopo deste estudo, focalizamos as garantias sobre bens móveis, ou garantias mobiliárias, que se enquadram na definição do art. 82 do Código Civil (BRASIL, 2002): “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou destinação”.

A expressão *garantias mobiliárias* não é usada na doutrina brasileira. O que existe são institutos jurídicos que têm como objeto bens móveis em garantia. Entendemos a garantia mobiliária como uma possibilidade de realizar o conteúdo do crédito, forçosamente, sobre bens móveis para assegurar o cumprimento de uma obrigação.

As garantias mobiliárias são o penhor e as hipotecas especiais (a naval, a aérea e a de vias férreas), que são tipos de garantia real. Existem outras formas de garantias contratuais que têm por objeto bens móveis: a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil e a compra e venda com reserva de domínio. De todas elas, as mais utilizadas na atualidade pelas MPMM são o penhor e a alienação fiduciária do bem financiado.

2.1 Publicidade

A publicidade é o ato jurídico pelo qual uma garantia concedida a favor de um credor passa a ter oponibilidade *erga omnes* e se materializa majoritariamente por meio de registro. A publicidade implica: (i) a agregação de eficácia probatória (art. 127, I da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ou Lei de Registros Públicos – LRP), (ii) eficácia conservativa (art. 127, VII da LRP), (iii) eficácia cronológica, a partir da data fixada (art. 130, parágrafo único da LRP), e a (iv) eficácia na oponibilidade contra terceiros (art. 127 e 129 da LRP). Além disso, em virtude da publicidade, confere-se autenticidade aos documentos estrangeiros para validade no país (art. 16 a 21 da LRP e art. 1 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, ou Lei dos Cartórios – LC) (CASSETARI, LAMANA PAIVA e ALVARES, 2020, p. 10).

No Brasil, o sistema existente para a transmissão de propriedade é a publicidade constitutiva, transmitida pelo registro do bem. A publicidade é garan-

tida por lançamentos em repartições especiais, criadas pelo Estado e operadas por ele ou por entidades privadas. Na publicidade declaratória, pelo contrário, o próprio contrato transfere a propriedade, sem necessidade de registro. É importante distinguir entre a formação do contrato e a oponibilidade da garantia perante terceiros, e a função da publicidade é justamente que o direito constituído pelo contrato se torne oponível *erga omnes*.

Para ser efetivo frente a terceiros adquirentes e *erga omnes*, o penhor comum deve ser registrado no Registro de Títulos e Documentos (RTD). Além dele, o penhor de direitos e títulos de crédito também deve ser registrado no RTD e, para ser eficaz perante o devedor, lhe deve ser notificado. O penhor de veículos deve ser registrado no RTD do domicílio do devedor e anotado no certificado de propriedade perante uma autoridade de trânsito. Entretanto, os penhores rural, mercantil e industrial devem ser registrados no Registro de Imóveis (RI) da localidade do bem empenhado, salvo certos penhores pecuários, que devem ser inscritos no RTD. Por fim, o penhor de valores mobiliários e ativos financeiros, que são títulos que podem circular no mercado, deve ser registrado em entidades autorizadas pelo BCB, conforme o estabelecido pela Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017.

Quanto ao registro das hipotecas mobiliárias, a hipoteca de vias férreas é constituída mediante registro no RI do município da estação inicial da linha. A hipoteca de aeronaves deve ser registrada localmente no Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB), evidenciando modalidade de publicidade constitutiva. A Convenção da Cidade do Cabo (CCC) prevê a criação de um registro internacional acessível por meio do RAB.

Finalmente, a hipoteca de embarcações brasileiras deve ser registrada no Tribunal Marítimo, que informa o registro à Capitania dos Portos em cuja jurisdição estiver incluído o porto de inscrição da embarcação, para a devida anotação.

No que se refere ao contrato de alienação fiduciária em garantia, o modo da constituição é o registro constitutivo no RTD do domicílio do devedor, exceto quando se tratar de veículos, que devem ser registrados na repartição competente para o licenciamento.

O contrato de compra e venda com reserva de domínio deve ser registrado no RTD do domicílio do comprador.

Por último, o arrendamento mercantil deve estar plasmado consensualmente num contrato. A exigência do registro do contrato no RTD visa apenas produzir efeitos contra terceiros, mas não é requisito para a validade do negócio jurídico. As operações de subarrendamento mercantil previstas no art. 15 da Resolução nº 2.309, do Banco Central do Brasil, estão sujeitas a registro no próprio BACEN.

2.2 Conclusão da seção 2

O estudo do regime normativo das garantias apresentou vários motivos pelos quais hoje o registro acaba sendo descentralizado, implicando muita insegurança e dilação no processo.

Embora acreditemos que uma dose de formalidade é essencial no que respeita às garantias, o fato de o registro da garantia ser formal não implica que ele não possa ser eletrônico, nem que os processos não possam ser mais simples.

Além disso, verificamos que há regras relativas a garantias tanto no Código Civil quanto em leis especiais como o pacto de retrovenda, o direito de retenção e a propriedade fiduciária, além das presentes nas normas de Direito Comercial e Falimentar. Ou seja, a não sistematização das garantias numa única estrutura normativa acaba sendo uma complexidade adicional, seja para seu estudo ou para sua aplicação.

E, mais ainda, não encontramos um sistema unificado de preferências das garantias: as garantias reais tradicionais apresentam um sistema misto, sujeito ao tempo e às classes de crédito, enquanto as outras formas de garantias contratuais mencionadas apresentam um sistema de preferências fundamentado apenas no tempo.

Aliás, a existência de mais de um registro para garantias mobiliárias (com exceção das que dependem de registro especial, por suas qualidades específicas, por exemplo, a hipoteca aeronáutica), implica mais confusão, já que temos de dividir em dois.

Cumpre também destacar que a existência de definições rígidas (como os conceitos de fiança, penhor, hipoteca, anticrese, propriedade fiduciária) obstam a introdução de novas formas de garantia; por exemplo, a garantia flutuante sobre universalidades de bens, especialmente para o penhor de estoque ou de estabelecimento empresarial, presente nas propostas de harmonização legal internacionais apresentadas neste trabalho.

Finalmente, diga-se que o ordenamento brasileiro requer a identificação específica dos bens, exigindo detalhes em excesso que prejudicam os processos. Em suma, esta primeira seção visa entender melhor os desafios do marco jurídico das garantias.

3. ANÁLISE DO SISTEMA REGISTRAL

Os registros públicos são os responsáveis por registrar as garantias sobre bens móveis e são regulamentados pela LRP, salvo os registros especiais de hipotecas

aéreas e marítimas que, como vimos, são regulamentadas pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). Posteriormente, foi sancionada a Lei nº 8.935/1994, que dispõe sobre serviços notariais e de registro como os de protesto de títulos e de distribuição de contratos marítimos. Os quatro registros que cuidam dos serviços concernentes aos registros públicos são: (i) o registro civil de pessoas naturais, (ii) o de pessoas jurídicas, (iii) o de títulos e documentos e (iv) e o de imóveis. Os demais registros são regidos por leis próprias, como é o caso do RAB e do Tribunal Marítimo.

É sumamente importante não confundir os registros públicos mencionados com os registros privados de *títulos intermediados*, que são os valores mobiliários, os títulos de crédito e os ativos financeiros que têm um intermediário para fins de liquidação, que atua como depositário. Por questão terminológica, título intermediado é uma expressão muito comum no direito internacional, especialmente na convenção sobre as Regras Materiais para Títulos Intermediados (UNIDROIT, 2009).

A título de exemplo, são valores mobiliários as ações, as debêntures e os bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores mobiliários; as cédulas de debêntures etc. São exemplos de títulos de crédito o cheque, a duplicata, a nota promissória e a letra de câmbio.

A transferência de títulos intermediados se realiza pelo registro nas contas que possuam esses ativos e as encarregadas desses registros e da custódia dos valores mobiliários ou recebíveis. Entre as registradoras privadas mais populares, encontramos a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos Privados (CETIP-B3) e a CERC Central de Recebíveis S.A. (CERC).

Nos RTD, registra-se a maioria das garantias sobre bens móveis: penhores comuns, de veículos, de direitos, de animais, de caução de títulos de crédito, contratos de compra e venda com reserva de domínio e de alienação fiduciária em garantia.

Como vimos, existem certos bens que, apesar de serem móveis, devem ser registrados em RI. São eles os penhores rural, mercantil e industrial e a hipoteca de vias férreas.

Como já antecipamos, o registro de hipotecas de aeronaves é feito no RAB. A CCC criou um registro internacional, único e centralizado, para inscrição de garantias internacionais sobre equipamentos móveis que fica hoje em Dublin, na Irlanda, e é mantido por uma empresa chamada Aviareto Limited, sob a supervisão do Conselho da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI). Ele é totalmente eletrônico e funciona 24 horas por dia, sete dias por semana. Em média, o registro *on-line* torna-se pesquisável depois de 38 segundos. Os

custos de registro são fixos e relativamente baixos, pois não se baseiam no valor dos bens, como acontece nos registros brasileiros. O sistema de registro requer pouquíssima formalidade; opera por meio de formulários eletrônicos, que são preenchidos com poucos dados e sem necessidade de nenhuma cópia.

Uma das principais características desse registro é basear-se na identificação do bem com informações específicas sobre os equipamentos, e não do nome do devedor. No caso das aeronaves, elas são identificadas por sua matrícula. A razão de se fazer o registro por bem e não pelo nome do devedor é distingui-lo de classes de bens e de bens futuros não identificados, permitindo que se vejam todas as garantias sobre a aeronave, tanto as que sejam dadas pelo devedor quanto as que der qualquer outra pessoa. No caso do Brasil, exige-se um código de autorização para transmissão de informação de registro, o qual é emitido pelo RAB.

Não é necessária nenhuma prova da validade ou da existência da garantia, porque o registro é meramente declaratório. Eventuais conflitos quanto à validade da garantia devem ser resolvidos pelas partes ou por terceiros interessados e só em último caso por tribunais. O sistema de prioridade é bem simples e se resume à regra cronológica, o chamado *first-to-file*, ou seja, o primeiro que registra obtém prioridade sobre as garantias não registradas ou as registradas posteriormente. Quanto ao regime de responsabilidade adotado pela Convenção, o OACI terá imunidade conforme o estabelecido no Protocolo, de modo que a responsabilidade do registro será objetiva e restrita a erros ou omissões.

Uma das maiores inovações da Convenção é o procedimento *self help*, pelo qual se cancela um registro perante o RAB sem intervenção judicial e de forma simples e expedita. De acordo com a Convenção, o cancelamento deve ser solicitado com a apresentação pela parte autorizada de um formulário. Por escrito, o credor deve notificar o RAB de que foram concedidas as medidas de cancelamento da matrícula, e, no prazo máximo de cinco dias úteis, o RAB disponibiliza o cancelamento.

Por último, devemos mencionar o Tribunal Marítimo, um órgão autônomo, com jurisdição em todo o território nacional, auxiliar do Poder Judiciário e vinculado ao Comando da Marinha. Entre suas atribuições, está a de manter o registro geral da hipoteca naval e demais ônus sobre embarcações brasileiras. Além dele, o Registro Especial Brasileiro (REB) registra embarcações brasileiras operadas por empresas de navegação brasileiras. O registro da hipoteca marítima se faz frente à Capitania dos Portos ou ao órgão subordinado em cuja jurisdição estiver incluído o porto de inscrição da embarcação.

3.1 Registro eletrônico

No que respeita ao RI, em 2009, a Lei nº 11.977 instituiu o Sistema de Registro Eletrônico (SRE), que impõe aos cartórios a obrigatoriedade de implementar o registro eletrônico e oferecer serviços eletrônicos, estabelecendo o que o sistema deveria ter sido implementado até o dia 8 de julho de 2014. Em 2012, através do Provimento CG N. 42, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, dispôs sobre a implantação do Serviço Eletrônico de Imóveis (SREI) no estado e a operação da Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados dos Registradores de Imóveis, plataforma desenvolvida, operada e administrada pela ARISP e gerenciada a partir de 2016 pela Coordenação Nacional das Centrais Estaduais de Serviços Eletrônicos Compartilhados, vinculada ao Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB). Em 2016, a Medida Provisória nº 759 autorizou a criação do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR). No ano seguinte, a Lei nº 13.465 estabeleceu que o SREI seria operado no âmbito nacional pelo ONR, pessoa jurídica de direito privado regulada pela Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ. Em suma, por força de lei, todos os cartórios RI devem fazer parte do ONR. Em 2019, o Provimento CNJ nº 89 regulamentou o código nacional de matrículas, o SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado (SAEC) e o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabeleceu diretrizes para o estatuto do ONR (BRASIL, 2019a).

Quanto ao RTD, foi desenvolvida a central nacional dependente do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil (IRTDPJ-BR), que está em operação desde 2011. Entre outras coisas, essa central nacional distribui pedidos de registro aos cartórios, centraliza certas informações e recebe de bancos pedidos de certidão e outras demandas. A Central IRTDPJ Brasil é um órgão de classe, que tem natureza jurídica de associação e, consequentemente, adesão facultativa para os cartórios de RTD; tanto é assim que nem todos lhe estão associados. Em 2019, em virtude de Provimento CNJ nº 16, oficializou-se a obrigatoriedade da Central RTDP-J-SP para todos os RTD do estado de São Paulo (BRASIL, 2019b).

Uma tentativa de integrar os cadastros existentes, no caso tanto dos RI quanto dos RTD, é o Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (SINTER), projetado pela Receita Federal. A partir do 22 de julho de 2019, os registros deveriam ter começado a enviar informações através do SINTER, por meio do qual a administração pública federal terá acesso a informações do SREI.

Com a declaração da pandemia da COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020, surgiram normas como o Decreto nº 10.278, de 18 de março de 2020, e o Provimento CNJ n. 94, de 28 de março de 2020 (BRASIL,

2020), que facilitaram a digitalização dos documentos na medida em que permitiram que o particular digitalize documentos em papel, desde que assine com certificado digital e observe certos padrões técnicos de digitalização.

Atualmente, vários escritórios registrais de RTD, especialmente nos centros urbanos do país, estão informatizados, tendo sido desenvolvidos novos produtos e aplicativos que vão desde a protocolização e tramitação dos títulos, formação de acervos de dados, buscas de informações até conseguir acompanhar o processo de realização de notificações (CASSETARI, LAMANA PAIVA e ALVARES, 2020, p. 102). O mesmo se passa com vários dos RI, que oferecem assinador digital de documentos, visualização de matrícula *on-line*, consulta *on-line* de bens, certidões eletrônicas, monitor digital para acompanhamento de ocorrências na matrícula e o e-Protocolo. Todos esses serviços visam cumprir o disposto na Lei nº 11.977/2009, mas ainda falta o principal, que é a reestruturação do próprio sistema em bases internas eletrônicas.

Além disso, a pandemia impulsionou o surgimento da Consulta Unificada de Restrições e Gravames (CURG). Ainda prova piloto, esse sistema permite que, entrando com um número de CPF ou de CNPJ, apareçam todas as ocorrências relativas a esse número no RI e no RTD para mostrar o comportamento patrimonial da pessoa física ou empresa, agilizando o processo de concessão de crédito. Além disso, permitirá visualizar esse ato de registro ou matrícula e pedir a certidão correspondente.

É fundamental entender que a digitalização não implica a transformação eletrônica do sistema; por exemplo, a matrícula *on-line* é só a visualização da imagem da matrícula do imóvel – ou seja, a simples conversão da imagem em papel em formato digital. Portanto, só haverá ganho de tempo e escala quando sobrevier o avanço eletrônico do sistema, sendo fundamental garantir a migração de sistemas em caso de perecimento do modelo adotado, na medida em que as tecnologias envolvidas estão em constante evolução e mudança.

Em suma, passados quase doze anos da Lei nº 11.977/2009, houve muitos avanços no registro eletrônico de bens, especialmente nos últimos tempos, impulsionados pela pandemia da Covid-19, porém ele ainda não está implementado na maioria dos cartórios brasileiros.

3.2 Análise crítica do sistema registral brasileiro

Das entrevistas e do estudo normativo, destacam-se algumas deficiências que consideramos que se devem superar para aprimorar o sistema:

(i) Número de cartórios estaduais e conflito de funções entre profissionais: “Existem no Brasil cerca de dezoito mil serventias de registro, entre os de

imóveis, títulos e documentos, serviços notariais, de protesto e de pessoas físicas e jurídicas, sendo que vários acumulam funções”. Um dos motivos do número de serventias é a distinção legal entre tabeliães e notários, conforme o estabelecido nos arts. 6º e 7º da LC, que resulta numa serventia para cada um, ao invés de uma sinergia. Também há conflitos de funções entre o advogado e o tabelião, especialmente quando este interpreta que a presença daquele pouparia o notário do aconselhamento sobre a natureza e as consequências do ato (art. 35 da LC).

(ii) Registros em papel: os livros de registro podem ser encadernados, para escrituração manuscrita, ou em folhas soltas, para escrituração mecânica. Além disso, o oficial também registra por meio de *microfilmagem*, técnica que permite reproduzir integralmente os documentos, sem possibilidade de adulteração. Porém, lamentavelmente, muitas serventias ainda dependem de registros em papel.

(iii) Publicidade local: muitos registros operam com publicidade local, de modo que, para obter informação sobre todos os registros feitos por cada pessoa física ou jurídica, é preciso oficiar todos os serviços de registro do Brasil.

(iv) Casuísmo legislativo: o legislador parece preferir ir ditando soluções caso a caso, o que comumente acaba gerando mais confusão. Esperamos que as soluções facultadas pelo Decreto nº 10.278/2020 e pelo Prov. CNJ 94/2020 vigorem para além da pandemia e se consolidem.

(v) Complexidade: no sistema registral, ela se expressa tanto nas normas como na prática. Tanto a extinção quanto a inscrição de uma garantia são repletas de formalidades que podem variar conforme o cartório. Além disso, as modalidades de registro (declaratório e constitutivo) delimitam o objeto do penhor, na medida em que sua modalidade não possessória é limitada a penhores especiais. A variedade de modalidades de registro segundo o tipo de penhor também implica confusão.

(vi) Falta de conhecimento do uso do sistema de assinatura digital e digitalização de documentos: tanto dos registradores quanto do público em geral.

(vii) Competências: a repartição de competências cadastrais é muito confusa. Só a União tem 20 cadastros de imóveis rurais, divididos em diferentes órgãos, sem comunicação entre eles, situação que se repete nos estados e municípios.

(viii) Políticas públicas: a gestão pública tem baixa qualidade e não valoriza o tema do registro, levando à descontinuidade de trabalhos, às vezes em razão de meras mudanças políticas ou da adoção de soluções de curto prazo.

(ix) Falta de padronização: as queixas quanto ao atendimento, às exigências incongruentes e sem previsão legal de documentação, à recusa da responsabilidade de emitir certas certidões e efetuar alguns procedimentos foram as mais frequentes. Muito se reclamou também do descumprimento de prazos legais sem fundamento e da diferença de prazos para os atos em diferentes estados.

3.3 Conclusão da seção 3

Nesta seção, analisamos o funcionamento do sistema registral e esclarecemos as diferenças entre os diversos registros. No Brasil, não existe um único registro que contemple todos os bens móveis. Percebemos que o fato de que algumas garantias mobiliárias devem ser registradas no RI dificulta o aprimoramento do sistema de registro, sobretudo considerando que os bens móveis e imóveis têm naturezas econômicas diferentes.

Ao longo do tópico, destacam-se dois problemas fundamentais do atual sistema registral que, a nosso ver, são elementos-chave para um futuro aprimoramento: o registro em papel e sua onerosidade.

Quanto ao primeiro, o fato de o registro ainda não ser totalmente eletrônico implica precariedade, insegurança e ineficiência do sistema. Verificamos que, apesar de as normas vigentes requererem que os cartórios tenham um registro eletrônico, até hoje ele não foi implementado, muito provavelmente pelo custo aos próprios cartórios, pela pouca adesão dos usuários (antes da pandemia) por limitações impostas pela LRP, por decisões do CNJ, e pela falta de sanções taxativas pelo descumprimento.

Já a onerosidade do registro, motivada pela ineficiência do sistema – que demanda o pagamento de elevados emolumentos pela parte interessada, calculados de acordo com tabela progressiva publicada na esfera estadual –, faz com que o uso de garantias sobre bens móveis seja menos competitivo que outras opções de garantia.

Além disso, destacamos as dificuldades de interoperabilidade entre as serventias de registro do país e as centrais estaduais, dificultando a compilação das informações para avaliações do sistema em geral.

Os problemas expostos poderiam ser solucionados seguindo algumas das ideias que propomos na próxima seção, como a implantação de um registro eletrônico e de baixo custo.

4. PROPOSTAS PARA APRIMORAR O SISTEMA REGISTRAL

4.1 Instrumentos de harmonização internacional

Apesar de haver várias técnicas vigentes para promover a harmonização legal, destacamos aqui as que consideramos mais relevantes para o Brasil, quais sejam, a Lei Modelo Interamericana sobre Garantias Mobiliárias da Organização de Estados Americanos (OEA) (Lei Modelo da OEA, ou LMOEA), a Lei Modelo

da UNCITRAL (LMU) e a Convenção de Cidade do Cabo (CCC). Todas propõem sistemas de registro centralizados, eletrônicos e de baixo custo.

Os instrumentos mencionados têm sido uma combinação de *hard law* e *soft law*. A expressão *hard law* designa a lei, enquadrando-se nessa categoria os tratados e as convenções internacionais. *Soft law* designa protótipos normativos que, apesar de não serem obrigatórios para os países, são particularmente eficientes em temas específicos, como é o caso das leis-modelo.

Hoje, existem inúmeras evidências de que um bom marco legal e um aproveitamento inteligente da tecnologia facilitam o acesso a crédito, reduzem custos e concorrem para o desenvolvimento dos países.

Um claro exemplo é o da Colômbia, que em 2014 reformou seu sistema de garantias mobiliárias, aumentando sensivelmente o número de registros de bens nos registros públicos locais, passando de 812.622 a 1.262.994 desde a entrada em vigor da lei até o dia 31 de julho de 2019 (MORÁN BOVIO, 2020, p. 199).

Acreditamos que os sistemas de registro apresentados pelos instrumentos de harmonização descritos a seguir são adaptáveis ao sistema brasileiro e podem melhorar muito o registro de garantias mobiliárias.

4.1.1 OEA: Lei Modelo Interamericana de Garantias Mobiliárias (Washington, 2002)

A Lei Modelo da OEA foi aprovada e adotada pelos Estados-membros da OEA em 2002. No Título IV, os arts. 35 a 46 tratam do registro, e ele foi complementado com seu Regulamento Modelo para o Registro em 2009, com 21 artigos, cada um comentado no mesmo corpo legal. Além disso, em 2020, David Morán Bovio publicou o livro *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias: su implementación*, com riquíssimas informações sobre seu avanço na América Latina.

A LMOEA é exemplificativa e facultativa e pode ser adotada com modificações. Normalmente, o país precisa adaptá-la para que funcione harmonicamente com seu sistema jurídico. Essa iniciativa de unificação regional na América Latina merece ser aprofundada tanto pelas inovações, que podem concorrer para aprimorar o registro local, quanto pelas inúmeras oportunidades comerciais na região que poderiam ser mais bem aproveitadas pelo Brasil. Já foi adotada com diferentes adaptações no Peru (2006), na Guatemala (2008), em Honduras (2009), em El Salvador (2013), na Jamaica (2013), no Panamá (2013), na Costa Rica (2014), e na Colômbia (2014). O México teve uma primeira reforma parcial em 2000 e uma implementação do registro unificado de garantias (RUG) em 2009.

Quanto às características gerais da LMOEA, um de seus elementos essenciais é a amplitude do conceito de garantia mobiliária. As garantias mobiliárias podem ser constituídas sobre um ou vários bens móveis específicos, sobre categorias genéricas de bens ou sobre todos os bens do devedor garante, sejam presentes ou futuros, corpóreos ou incorpóreos, para o cumprimento de uma ou de várias operações presentes ou futuras.

As formas de publicidade propostas pela LMOEA são a cessão de posse, a notificação do terceiro possuidor ou do devedor do crédito e o registro, sendo esta última a predominante.

A LMOEA admite a coexistência com outros registros como o de imóveis ou os especializados, prevalecendo o registro plasmado nestes últimos.

Em relação à prioridade, o registro atende à regra *prior tempore, potior iure*, cabendo a prioridade ao primeiro credor garantido a registrar o bem.

Quanto à operação do sistema e à busca de registros, o índice do registro de bens é feito com base no nome do devedor. Considerando que a homonímia é muito comum no Brasil, para dar maior segurança ao sistema, deveria ser possível pesquisar por CPF ou CNPJ. O fato de ter como base o nome do devedor permite, por exemplo, que se possa registrar bens futuros.

Tanto para registro de gravames quanto para acesso a informações para fins de pesquisa, o registro é remoto e eletrônico, e os interessados podem acessar o sistema por meio de uma senha pessoal e confidencial.

Além disso, estabelece-se a exigência do pagamento de taxa de acesso ao registro para fins de busca, o que é preferível a onerar o registrante com todos os custos da operação do registro, já que as buscas provavelmente serão feitas por terceiros, mesmo que não haja nenhum contrato de garantia.

O sistema de registro proposto é único, uniforme, público e automatizado. Aliás, o registro teria uma base de dados única e central para todo o país, onde estariam arquivados todos os formulários de registro. Assim, o lugar onde foi feito o registro deixa de ser importante, já que o credor interessado na situação dos bens de seu devedor acessa diretamente o sistema central, sem ter de fazer uma busca complexa e onerosa em cada um dos estados ou municípios onde o devedor tenha bens registrados. Além disso, o registro facilita as operações internacionais, posto que todos os gravames se encontram no registro central.

Nos casos em que se trate de um bem móvel incorporado a um imóvel, a lei prevê que ele deve ser registrado no registro de bens móveis e no de imóveis.

Uma das novidades da lei é a alternativa do prerregistro. As garantias podem ser registradas antes da existência do contrato ou antes de o credor garantido outorgar o crédito ao devedor. Além disso, a lei autoriza a existência

de dois documentos, um contrato de garantia com a obrigação garantida e um contrato com o bem dado em garantia.

Um dos elementos mais importantes do sistema registral proposto pela lei é o formulário de inscrição. Diferentemente do que acontece normalmente nos regimes civilistas, em que é necessário que todo contrato de garantia seja registrado, a proposta da lei é muito mais simples. Para registrar uma garantia, deve-se preencher um formulário eletrônico com apenas nome e endereço do garantidor, valor máximo garantido pela garantia mobiliária, nome e endereço do credor garantido, descrição dos bens, e o nome dos devedores. O prazo de vigência da inscrição é de cinco anos, renovável por períodos de três anos.

Não é preciso ser advogado nem ter muito conhecimento jurídico para preencher o mencionado formulário. Aliás, pelas poucas informações requeridas, ele acaba sendo muito ágil, preserva a confidencialidade e reduz os custos. De fato, esse modelo suprime o chamado *registry lag*, que é o tempo transcorrido entre a apresentação do documento e o dia em que esse documento passa a constar no registro. Normalmente, esse intervalo varia de um a três dias, em virtude da verificação do cumprimento dos requisitos e da análise pela qual o oficial determina a validade do documento. A data de prelação é estabelecida pelo dia em que o documento foi apresentado, no entanto, se um novo credor verificar o registro no dia seguinte à apresentação do primeiro credor, muito provavelmente o gravame não constará no registro, e o segundo credor pode ser enganado pelo devedor garantido e prejudicado em seu direito de preferência. Pelo contrário, baseando-se em formulários, ou não há intervalo entre a inscrição e a aparição do registro no sistema, ou ele é de poucos segundos. Isso porque se o formulário é preenchido e as tarifas pagas, ele é aceito.

Os registros podem não ser totalmente eletrônicos, apesar de esse ser o formato mais recomendado.

O que acontece se o formulário for preenchido com informações incorretas? O registro será feito, mas não será executável, porque não prova a existência da transação, mas apenas a publicidade do conteúdo do formulário confere oponibilidade perante terceiros, sem impacto na formação, ou seja, as garantias são criadas pelo contrato de garantia que produz diretamente eficácia entre as partes (declaratório).

Se o credor garantido não cumprir seu dever de fornecer informação fidedigna sobre a garantia, exige-se o cancelamento da inscrição. O formulário não requer assinatura eletrônica – o nível de segurança se alcança por outros meios. A administração e a operação do registro incumbem à autoridade competente que o país indique.

4.1.2 Nações Unidas: a Lei-Modelo sobre Garantias Mobiliárias (Viena, 2016)

A LMU e o guia para sua adoção foram aprovados em 2016. Ela compartilha com a LMOEA objetivos gerais e a proposta de sistema universal, centralizado e eletrônico, mas tem várias diferenças. Seu formato é mais simples e fácil de implementar, entretanto, diferentemente da LMOEA, a LMU ainda não foi implementada oficialmente em nenhum país (MORÁN BOVIO, 2020, p. 322). Além disso, é uma iniciativa de unificação para todo o mundo, e não só para uma região, como é o caso da LMOEA.

A LMU enfatiza a importância da harmonização das normas adotadas com a legislação local e oferece ao legislador internacional uma multiplicidade de opções incluídas entre colchetes para diferentes situações. Nem a LMOEA, nem a LMU abordam o tratamento de garantias em caso de insolvência, mas esta trata da eficácia e da prioridade de uma garantia real em caso de insolvência e é complementada com o Guia UNCITRAL sobre a Lei de Insolvência (Guia Legislativo de Insolvência).

4.1.3 UNIDROIT: Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis (Cidade do Cabo, 2001)

A CCC busca estabelecer um regime jurídico internacional para criação, aplicação, registro e prioridade de garantias para equipamentos móveis de alto valor e que podem ser identificados em forma exclusiva. Como vimos, o Brasil ratificou a CCC e o Protocolo Aeronáutico.

O Protocolo Aeronáutico comparte as características de simplicidade, centralização e baixo custo com as leis modelos tratadas, mas difere, por exemplo, porque está fundado em ativos (identificados por número de matrícula), e não no indicador pessoal dos garantidores, e é totalmente eletrônico. A publicidade visa dar à garantia sobre bens móveis oponibilidade perante terceiros mediante o registro como único método.

A CCC é geral e complementa a legislação local, uma das razões pelas quais foi ratificada por tantos países. Hoje, o registro internacional para aeronaves funciona muito bem, com importantes incrementos nos números de registros. O Brasil pode se beneficiar muito da experiência prática do registro internacional e da aplicação da CCC e de seu Protocolo Aeronáutico.

Além deste, convém mencionar o Protocolo MAC (*mining, agricultural and construction equipment*), aplicável a equipamentos de mineração, agricultura e construção. Em 22 de novembro de 2019, o Protocolo MAC foi aprovado em conferência diplomática em Pretória, mas ainda não foi ratificado pelo Brasil.

Esse protocolo tem maior interação com as normas domésticas porque o equipamento MAC é mais diverso e está geralmente sujeito a normas gerais locais sobre bens móveis. A garantia registrada pelo Protocolo MAC tem prioridade sobre qualquer outra inscrita subsequentemente e sobre as não inscritas. Em relação ao registro internacional, mesmo que ele funcione, os registros locais certamente continuarão funcionando para esses bens, como acontece com o registro aeronáutico, que também tem o RAB. Seu objetivo é a publicidade internacional, e não retirar funções dos registros locais.

4.2 Propostas

4.2.1 Registro centralizado

A criação de um registro centralizado, ao qual se conectassem cartórios, escritórios e centrais e com acesso num único ponto na *internet* em âmbito nacional, resolveria vários dos problemas enunciados até aqui.

Primeiramente, acabaria com a necessidade de oficiar todos os registros do país para obter rapidamente alguma informação precisa sobre uma pessoa física ou jurídica. Também melhoraria a interoperabilidade entre as centrais estaduais e os cartórios locais. Mais ainda, ajudaria a interconectar as unidades de registro de bens móveis com o Poder Judiciário, órgãos da administração pública, empresas e cidadãos. Além disso, reduziria os custos de *due diligence* dos financiadores para verificar a existência de gravames sobre bens oferecidos como garantia. Em suma, o modelo beneficia todos os usuários, já que o acesso a certidões e informações registrais seria ágil e aberto a todo tipo de público, inclusive ao menos instruído.

Finalmente, a centralização ajudaria a padronizar, em nível nacional, regras fundamentais para facilitar e tornar mais eficientes os horários de atendimento uniformes, a linguagem informática própria, os requisitos para a obtenção de informações e as taxas tabeladas por operação publicada.

Há algumas tentativas de alcançar essa meta, mas até agora não se logrou fazê-lo, a começar pelas centrais de serviços eletrônicos compartilhados de RI e de RTD. Infelizmente, elas não se interconectam com todas as outras unidades de serviço registral, além de cada uma apresentar *sites* com linguagem e campos próprios que dificultam o intercâmbio com padrões unificados de informações. Por ter estrutura jurídica de associação, essas centrais são de adesão facultativa. Consequentemente, não reúnem todos os cartórios do estado.

Como vimos, o trabalho de centralização e integração de todos os registros imobiliários do país está sendo feito pelo RI e será materializado no funciona-

mento do SREI por meio do ONR. O RTD ainda não tem um órgão que implemente essa integração nacional, o que lhe permitiria desenvolver um registro central. Consideramos que, apesar de os bens móveis e imóveis terem características diferentes e, por conseguinte, também registros diferentes, a riquíssima experiência dos RI pelo avanço nesse tema deve ser considerada no planejamento de um registro central para o RTD.

Alguns poderão argumentar que, para isso, já existe o SINTER. Contudo, ao longo de nossa pesquisa, vários argumentos levam a crer que é difícil o SINTER ocupar esse lugar hoje, inclusive pela sensibilidade que pode representar o fato de o projeto ser liderado pela Receita Federal, a qual pode se interessar mais na arrecadação de tributos do que em imprimir eficiência ao sistema registral.

Nesses termos, propomos pensar num órgão que ocupe esse lugar frente ao RTD – idealmente, um ente privado sob concessão pública (art. 236 da CRFB) (BRASIL, 1998). Ele deveria partir da base das experiências com a implementação do ONR/SREI e do SINTER. Observe-se, por fim, que essa plataforma registral central deveria ser criada por lei federal.

A implantação de um registro centralizado não é um tema menor, especialmente se considerarmos que o volume de informações que será administrado pelo registro unificado é de um valor imensurável. Entendemos que a central do registro pode ser considerada uma verdadeira “central de riscos”, que, no caso brasileiro, poderia ter informações que os bancos não têm. Isso porque, se o sistema de registro de garantias mobiliárias fosse aperfeiçoado, o número de registros formais aumentaria sensivelmente. Por exemplo, se um credor faz informalmente um empréstimo ao devedor e este outorga em garantia um bem que não registra, na medida em que o registro seja mais simples e acessível, provavelmente aquele credor informal recorreria ao registro para mitigar o risco de que o bem seja formalmente gravado por outrem e ele não consiga ter prioridade. Assim, não só aumentariam as operações formais, mas também desapareceriam gradativamente os empréstimos informais.

Contudo, não vemos necessidade de mudar os registros especiais. Tanto o registro marítimo quanto o aeronáutico devem continuar funcionando independentemente, mas, uma vez feitos os respectivos registros, deveriam encaminhar as informações ao registro central.

4.2.2 Registro eletrônico

Acreditamos que a opção mais adequada é um registro que opere por meio de documentos eletrônicos e com uma plataforma *on-line*, a que o usuário tenha acesso por computador pessoal, *tablet* ou celular, com perfil e senha próprios. O registro de

garantias com suporte em papel gera custos enormes. Ademais, o registro eletrônico imprime maior segurança e celeridade aos processos, concorrendo para aperfeiçoar o serviço de registro de bens móveis e torna-o acessível a um número muito maior de pessoas que estão geograficamente mais afastadas dos cartórios.

A implantação de um registro totalmente eletrônico apresenta vários desafios. Entre os principais, estão os custos de instalação e manutenção do sistema. É provável que um país em desenvolvimento como o Brasil encontre dificuldades para instalar e manter o sistema, já que, repetimos, vários cartórios do país sofrem com falta de internet e mesmo de energia elétrica.

Outro grande desafio seria a migração dos documentos em papel assinados à mão e dos registros efetuados em livros em papel. Aliás, não seria fácil migrar esses livros para os eletrônicos, e ambos acabariam convivendo por algum tempo.

Certamente, serão discutidos a segurança do sistema que automatizará o processo, quem forneceria a tecnologia dos sistemas de processo eletrônico e como se levaria a cabo o armazenamento de dados, que podem ser considerados sensíveis e eventualmente de risco para a segurança nacional, além de o sistema ter de ser adaptado para cumprir o requerido pela Lei Geral de Proteção de Dados, que entrou em vigor recentemente.

Outro grande desafio é a longevidade dos documentos eletrônicos. Nesse sentido, é interessante recorrer novamente às soluções das leis modelos estudadas em busca de respostas tanto para o prazo de vigência do registro quanto para a guarda posterior dos documentos.

Também é importante considerar o fator recursos humanos, que inclui o treinamento dos oficiais e empregados dos registros e das centrais.

Observe-se, por fim, que, do ponto de vista jurídico, não existem impedimentos à implantação do registro eletrônico, sendo eles antes de natureza operacional.

4.2.3 Registro de baixo custo

Outro grande desafio é conseguir um registro seguro de baixo custo e que gere lucro para os cartórios.

Na atualidade, muitos países baseiam o custo do registro numa porcentagem da obrigação garantida, o que acaba fazendo com que várias operações sejam feitas informalmente, sem registro dos bens, para evitar um alto custo.

No Brasil, a dificuldade parece ainda maior, já que cada estado determina sua tabela de emolumentos. Assim, como a legitimidade para normatizar é estadual, cada estado adota critérios próprios, resultando em grandes diferenças entre eles, que envolvem desde os critérios de cobrança e de preços até uma abismal diferença entre os serviços oferecidos.

Um estudo em todo o território nacional (conduzido por um de nossos entrevistados) traz informações alarmantes sobre a diferença entre os valores cobrados em diferentes estados por serviços idênticos. Apesar de a Lei Federal nº 10.169, em vigor desde 2000, estabelecer critérios gerais de modo razoável para a cobrança de serviços notariais e de registro, ela não prevê nenhum tipo de teto. O mencionado estudo propõe a criação de uma lei federal para padronizar os repasses dos emolumentos cobrados.

Outro fator importante relativo ao custo do registro é a responsabilidade do notário e do registrador por eventuais erros e mesmo pela amplitude de suas atribuições como agentes da fiscalização tributária, como já comentamos. Mais uma vez, as leis modelos resolveram esse problema transferindo a responsabilidade da transação ao credor.

Além disso, as tabelas com o descritivo dos emolumentos para cada operação não são sempre publicadas, nem fáceis de interpretar ou achar nos *sites* dos registradores. Não havendo uniformidade na comunicação dos valores a serem pagos pelos usuários, é muito difícil calcular rapidamente o custo de cada transação, aumentando o risco. Mesmo variando os valores dos emolumentos por estado, outra alternativa seria padronizar a publicação das tabelas de forma transparente, para que o usuário consiga calcular rapidamente o valor da operação.

5. CONCLUSÃO

Ao longo de nossa pesquisa, mostramos inúmeras possibilidades de melhora para o sistema de garantias mobiliárias brasileiro.

Reiteramos que nosso estudo não é simples e que qualquer mudança enfrentará muitos interesses, às vezes conflitantes. Todos os *players* envolvidos no registro precisam de segurança jurídica, não querem perder seu *status quo* e precisam de incentivos para se dispor a mudar, modernizar-se e investir tempo e dinheiro nesse processo.

A segurança jurídica adviria de políticas públicas que ultrapassassem os mandatos políticos e as seguidas mudanças. Segundo nos parece, a modernização não implicará perda do *status quo*, mas ensejará oportunidades que cada um dos *players* deve saber aproveitar, como aconteceu na Romênia, onde todos ganharam com o registro centralizado, eletrônico e barato: os cartórios, cujo número de usuários aumentou sensivelmente quando o registro passou a ser acessível a todos os setores da economia do país; os bancos, cujo número de financiamentos também cresceu ao se facilitar o registro das garantias; os usuários, que passaram a usar seus bens para tomar crédito; e o fisco, que aumentou

a receita do erário ao reduzir gradualmente o número de registros informais. Além de tudo isso, no caso brasileiro, a central de informações poderia passar a ser uma verdadeira central de riscos, até mais completa que as bancárias, já que no país muitas pessoas não estão bancarizadas e operam com créditos informais, mas que poderiam passar a registrar seus contratos de garantia.

Analisando as normas, constatamos que uma regulamentação de sistema de garantias mobiliárias precisaria ser sistematizada e centralizada num corpo legal, pois um só registro exclusivo para esse tipo de garantia imprimiria simplicidade e eficiência ao processo.

Estudando o funcionamento dos registros, notamos que a pandemia da COVID-19 impulsionou dramaticamente a implementação do registro eletrônico, que tinha já um marco normativo apto a pô-la em marcha, mas agora o tornou um meio absolutamente necessário para viabilizar negócios.

Por fim, propomos soluções advindas de instrumentos internacionais de harmonização das garantias mobiliárias como a LMOEA, LMU, e a CCC e das experiências dos países que as têm adotado, que, segundo entendemos, trazem riquíssimos aprendizados que poderiam ser implementados com adaptações ao Brasil: um registro central, eletrônico e barato.

Quanto à implementação dessas propostas, observamos que a plataforma registral central deveria ser criada por lei federal e idealmente administrada por um ente privado sob concessão pública, tomando como referência as experiências da ONR/SREI e do SINTER. A redução de custos virá da implementação em todo o território de registro eletrônico e de medidas mais profundas como a alteração da Lei nº 10.169/2000 a fim de estabelecer um teto para a cobrança de emolumentos igual para todos os estados, padronizar os repasses dos emolumentos cobrados incluindo entre as obrigações dos cartórios a de publicar em seu respectivo *site*, além do *site* da plataforma de registro central, as tabelas com os valores dos emolumentos conforme nomenclatura padronizada. Por fim, no que tange ao registro eletrônico, não é preciso nenhuma alteração legislativa, mas apenas alguma melhora prática para superar obstáculos operacionais.

O impacto da COVID-19 fez ressurgir uma maior demanda de liquidez e necessidade de crédito para as MPME, a fim de evitar redução ou encerramento de suas atividades. Especialmente em momentos de crise como o atual, fica ainda mais evidente a importância de modernizar o sistema de garantias mobiliárias para aumentar o crédito com menos riscos para os credores beneficiando os setores mais prejudicados da economia.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN. *Resolução nº 2.309, de 28 de agosto de 1996*. Disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res_2309_v2_L.pdf. Acesso em: 4. mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 94, de 28 de março de 2020*. Dispõe sobre o funcionamento das unidades de registro de imóveis nas localidades onde foram decretados regime de quarentena pelo sistema de plantão presencial e à distância e regula procedimentos especiais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3259>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 89, de 18 de dezembro de 2019a*. Regulamenta o Código Nacional de Matrículas – CNM, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado – SAEC, o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabelece diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico – ONR. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original173255201912195dfbb44718170.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 16, de 15 de abril de 2019b*. Dá nova redação à Seção VI, do Capítulo XVIII, e às Seções I e IV, do Capítulo XIX, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <https://www.portaldori.com.br/2019/04/23/cgjsp-provimento-cgj-n-162019-central-eletronica-de-servicos-compartilhados-do-registro-civil-das-pessoas-juridicas/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017a*. Dispõe sobre a constituição de gravames e ônus sobre ativos financeiros e valores mobiliários objeto de registro ou de depósito centralizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13476.htm. Acesso em: 4. mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017b*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 4. mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21295795/do1-2016-12-23-medida-provisoria-n-759-de-22-de-dezembro-de-2016-21295678. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos Cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 4. mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 4 mar. 2021.

CASSETARI, Christiano; LAMANA PAIVA, João Pedro; ALVARES, Pécio Brasil. *Registro de títulos e documentos*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

MORÁN BOVIO, David (Dir.). *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*: su implementación. Madrid: Marcial Pons/OEA, 2020.

MPEs SÃO RESPONSÁVEIS por fomentar a economia no país. *Âncoras da Economia*, Brasília, DF: CFA, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://cfa.org.br/ancoras-da-economia/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento CG nº 42/2012*. Dispõe sobre a implantação do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) no Estado de São Paulo e operação da Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados dos Registradores de Imóveis (Central Registradores de Imóveis), plataforma desenvolvida, operada e administrada pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/legislacao/leg_estadual/leg_est_provimentos/CGJ-Provimento-42-2012_SREI_DJE-19-12-12.pdf. Acesso em: 4. mar. 2021.

UNIDROIT. Institut International pour l'Unification du Droit Privé. *UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities*. Genebra: UNIDROIT, 2009. Disponível em: <https://www.unidroit.org/status>. Acesso em: 8 mar. 2021.

4

CONTRATOS DE INVESTIMENTO EM *STARTUPS*: OS RISCOS DO INVESTIDOR-ANJO

Emanoel Lima da Silva Filho
Alexandre Pacheco da Silva

1. INTRODUÇÃO

Em 2019, pela primeira vez desde o início da série histórica, o volume de investimento-anjo em *startups* no brasil ultrapassou a barreira do bilhão. Foi investido R\$ 1,067 bilhão investidos, 9% a mais do que em 2018.¹ Apesar de positivo, esse resultado está longe do potencial máximo que podemos atingir.

Para se ter uma ideia, o volume de operações realizadas por investidores-anjo no Brasil representa apenas 0,85% do montante investido nas mesmas operações no mercado norte americano, que é de R\$ 23,9 bilhões. Se considerarmos exclusivamente a relação entre o Produto Interno Bruto (PIB) dos dois países (diferença de 10 vezes), conclui-se que o potencial do mercado brasileiro seria de aproximadamente R\$ 12 milhões.²

¹ ANJOS DO BRASIL. *Volume de investimento anjo em startups ultrapassa a barreira de R\$ 1 bilhão em 2019*. 26 ago. 2020. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/blog/volume-de-investimento-anjo-em-startups-ultrapassa-a-barreira-de-r-1-bilhao-em-2019-expectativa-para-2020-e-de-recuo>. Acesso em: 23 fev. 2021.

² ANJOS DO BRASIL. *Volume de investimento anjo em startups ultrapassa a barreira de R\$ 1 bilhão em 2019*. 26 ago. 2020. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/blog/volume-de-investimento-anjo-em-startups-ultrapassa-a-barreira-de-r-1-bilhao-em-2019-expectativa-para-2020-e-de-recuo>. Acesso em: 23 fev. 2021.

Outro exemplo para fins de comparação é o mercado europeu, que em 2018 teve um volume de investimento de 5 bilhões de dólares³ – aproximadamente 3,75 bilhões de euros. Relatório da Dealroom de abril de 2020 aponta números semelhantes, de 3,7 bilhões de euros de investimentos em *Pre-Seed* e *Seed* no mercado europeu em 2019.⁴

São muitos os fatores que influenciam o mercado de investimento em *startups* no Brasil, dentre os quais podemos destacar dois que, quando analisados em conjunto, podem explicar o desempenho relativamente baixo do nosso ecossistema: (i) o alto grau de mortalidade das *startups*; e (ii) a insegurança dos investidores quanto aos limites de sua responsabilidade frente às obrigações da sociedade investida.

A questão da mortalidade das *startups* é inerente à sua natureza, tendo em vista o caráter inovador dos seus produtos, serviços e modelos de negócio, o que a coloca em um cenário de extrema incerteza. De acordo com pesquisa realizada pela Fundação Dom Cabral, aproximadamente 25% das *startups* brasileiras fecham as portas em seu primeiro ano e 50% nos quatro primeiros anos de existência.⁵

Para além da análise das condições de viabilidade da empresa alvo de investimento, há a insegurança de investidores-anjo quanto aos limites de sua responsabilidade estar relacionada ao tratamento conferido ao empresário – em sentido amplo – tanto pela legislação quanto pela jurisprudência brasileira. Essa insegurança está especialmente relacionada ao risco de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade e consequente atingimento do patrimônio do investidor-anjo, que trataremos de forma detalhada no item 1.2. a seguir.

Foi nesse contexto de insegurança que os agentes econômicos do mercado, buscando acomodar suas necessidades e interesses específicos, criaram os contratos conversíveis de investimento, aqui entendidos como as modalidades contratuais em que o vínculo entre investidor e sociedade/fundadores tem início de forma não societária – por meio de operação de dívida, adiantamento

³ UKTECH. *The “angels” of UK tech: 9 most active investors of 2020*. 1 dez. 2020. Disponível em: <https://www.uktech.news/featured/active-angel-investors-of-uk-tech-20201201>. Acesso em: 4 mar. 2021.

⁴ DEALROOM; SIFTED. *What does it take? Europe’s startup ecosystem navigating the Covid-19 crisis*. Disponível em: <https://dealroom.co/uploaded/2020/06/Launch-report-European-Startups-DRAFT.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵ ARRUDA, Carlos; NOGUEIRA, Vanessa. Causas da mortalidade das startups brasileiras: como aumentar as chances de sobrevivência no mercado. *DOM* – Fundação Dom Cabral, Nova Lima, v. 9, n. 25, p. 26-33, nov./fev. 2014/2015. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/artigo-29767>. Acesso em: 22 fev. 2021.

de capital ou aquisição de opção de compra de participação –, possibilitando, em um segundo momento, o seu ingresso no quadro de sócios – mediante conversão ou exercício de opção.

São exemplos de contratos conversíveis de investimento: (i) adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC); (ii) opção de compra de participação societária; (iii) contrato de participação;⁶ e (iv) mútuo conversível em participação societária.

Nossa análise terá como foco o contrato de mútuo conversível em participação societária, tendo em vista sua relevância no ecossistema brasileiro se comparado com os demais contratos conversíveis. Dessa forma, nos propomos a analisar a efetividade dos mecanismos previstos no contrato de mútuo conversível para proteção dos interesses dos investidores-anjo, considerando os riscos aos quais estão expostos no contexto da legislação e da jurisprudência brasileiras.

O conteúdo deste trabalho foi dividido em três seções. Na primeira parte trataremos dos conceitos de *startup* e investidor-anjo, bem como suas características e interesses determinantes. Analisaremos, ainda, a posição dos investidores-anjo no contexto brasileiro, considerando especialmente o papel que executam no ecossistema local e os riscos aos quais estão expostos.

Na segunda seção, analisaremos o contrato de mútuo conversível, suas características e as principais diferenças entre ele e os demais contratos conversíveis, especialmente quanto aos mecanismos de proteção dos interesses dos investidores-anjo.

Na terceira seção trataremos da efetividade dos mecanismos de proteção inseridos nos contratos de mútuo conversível, bem como dos fatores que a influenciam e das eventuais medidas capazes de aprimorar tal proteção.

O presente artigo busca sintetizar, por meio de uma nova abordagem, alguns pontos centrais da dissertação apresentada por Emanuel Lima da Silva Filho, em março de 2019, sob a orientação de Mônica Steffen Guise Rosina e Coorientação de Alexandre Pacheco da Silva, como requisito para conclusão do curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.⁷

⁶ O contrato de participação foi criado pela Lei Complementar nº 155/2016, que alterou a Lei Complementar nº 123/2006.

⁷ SILVA FILHO, Emanuel Lima da. *Os riscos do investidor-anjo nos contratos conversíveis de investimento em startups*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019.

2. *STARTUP* E INVESTIDOR-ANJO NO CONTEXTO BRASILEIRO

2.1 Conceituação

Até o presente momento, não há uma definição legal abrangente para as figuras do investidor-anjo e da *startup* no ordenamento jurídico brasileiro.⁸

A única referência legal sobre o assunto está na Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e define em seu texto os conceitos de investidor-anjo e *startups* para os fins a que se presta. Porém, tais definições têm aplicabilidade restrita, limitada à modalidade de investimento realizado por meio de contrato de participação. Dessa forma, a definição e a conceituação de investidor-anjo e *startup* para os fins do presente artigo têm origem doutrinária.

Conforme William Mayfield,⁹ investidor-anjo é a pessoa natural que realiza investimento em *startup*, diretamente ou por meio de veículo de investimento, geralmente no primeiro estágio de vida da empresa. O investimento-anjo é a “primeira rodada de investimento externo independente”.¹⁰

O conceito de rodada de investimento ilustra muito bem que o financiamento de uma *startup* se dá a partir de um ciclo de investimento, em que atores distintos (e.g. investidor-anjo, capital semente, *venture capitalist*, etc.) se interessam a investir na empresa a partir de seu estágio de crescimento. Nesse sentido, cada investidor desempenha dois papéis fundamentais para o crescimento da *startup*: (i) garantir as condições de custeio de suas atividades por um determinado período; e (ii) prepará-la para as rodadas de investimento subsequentes.¹¹ O investidor-anjo é quem nutre a *startup* em seu estado embrionário, um dos momentos em que ela se encontra frágil quanto à sua viabilidade e suas perspectivas de crescimento.

⁸ O Projeto de Lei Complementar nº 146/2019 traz definição de *startups* e investidor-anjo. Porém, o projeto ainda está em tramitação no congresso nacional.

⁹ MAYFIELD, William. *Angels, Syndicates and Venture Capital*. Saarbrücken: Lap Lambert Academic Publishing, 2016. p. 14.

¹⁰ MCKASKILL, T. *An Introduction to Angel Investing: A Guide to Investing in Early Stage Entrepreneurial Ventures*. Australia, June 2009. Disponível em: https://www.angelcapitalassociation.org/data/Documents/Resources/McKaskill_Intro_to_Angel_Investing.pdf?rev=CF33. Acesso em: 23 fev. 2021.

¹¹ KLONOWSKI, Darek. *The Venture capital deformation: value destruction throughout the investment process*. Manitoba: Palgrave Macmillian, 2018, p.8.

Por essa razão, os investidores-anjo costumam contribuir nas *startups* não apenas com recursos financeiros, mas também com mentoria, compartilhando sua experiência e aconselhamentos para o desenvolvimento do negócio, e *network*, ampliando a base de contatos/clientes dos empreendedores e da *startup*.¹² Este é um dos grandes diferenciais do investidor-anjo se comparado com outros agentes do mercado, como fundos de *venture capital* e FFF¹³ é o que se chama de *smart money*.¹⁴

Para a conceituação de *startup*, é necessário que se considerem alguns fatores determinantes que as identificam, em especial (i) a inovação atrelada às atividades que desenvolvem (modelo de negócio, produto ou serviço);¹⁵ e (ii) a incerteza, que decorre da inovação, tendo em vista que seu modelo de negócio, produto ou serviço são experimentais.

Para os fins deste artigo, entendemos como *startup* “a empresa de base tecnológica em fase inicial de desenvolvimento, que atua em condições de extrema incerteza, com perfil inovador e possibilidade de crescimento exponencial”.¹⁶

Do ponto de vista econômico, a tese de investimento dos investidores-anjo está fortemente baseada na relação de risco e retorno.¹⁷ Tendo em vista a

¹² PROWSE, S. Angel investors and the market for angel investments. *Journal of Banking and Finance*, v. 22, n. 6-8, p. 785-792, Aug. 1998.

¹³ Sigla de língua inglesa para denominar *family, friends and fools*, ou família, amigos e tolos (em tradução livre), que são ligados aos investidores por relação familiar ou que operam de forma não profissional e não sistematizada. ABRAMS, Eliot. *Securities Crowdfunding: More than Family, Friends, and Fools?* 19 Jan. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2902217>. Acesso em: 24 fev. 2021.

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Capital empreendedor*. Relator: José Humberto. Consultores legislativos: Marcos Pineschi Teixeira e Marcelo Sobreiro Maciel. Brasília: Edições Câmara, 2014. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/capital_empreendedor%20-3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018. p. 248.

¹⁵ Ries considera inovação no sentido amplo, podendo ser “descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos”. RIES, E. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Leya, 2012. Edição do Kindle. Posição 529.

¹⁶ SILVA FILHO, Emanuel Lima da. *Os riscos do investidor-anjo nos contratos conversíveis de investimento em startups*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019. p. 20.

¹⁷ Este é um cálculo para se fazer com cuidado e prudência. Uma das principais habilidades do investidor-anjo é a identificação de oportunidades de investimento. Porém, esta é uma atividade bastante complexa nos primeiros momentos de uma *startup*. Separar promessas de potencial efetivo para crescimento é a tarefa principal do investidor-anjo. Não por acaso, muitos inves-

grande probabilidade de insucesso das *startups* – ou alto grau de mortalidade –, resultante do cenário de incertezas em que estão inseridas, a sustentabilidade econômica do investimento-anjo escora-se na possibilidade de retorno financeiro extraordinário.

A apropriação desse retorno extraordinário ocorre, em regra, no evento de liquidez, ou de saída, que encerra o ciclo de participação do investidor-anjo na *startup*¹⁸ – materializado, de modo geral, pela venda de participação societária. Para isso, é primordial que o investidor-anjo possa capturar ganhos semelhantes aos dos fundadores, na qualidade de sócios ou em condições análogas às destes.

2.2 Riscos do investidor-anjo

Um dos principais fatores de risco a ser considerado pelos investidores-anjo nas operações de investimento em *startup* – além daqueles inerentes ao próprio negócio – diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, especialmente quanto aos limites da aplicação desse instituto no âmbito dos contratos conversíveis de investimento. Trata-se da possibilidade eventual de atingimento do patrimônio do investidor-anjo por obrigações que a princípio seriam exclusivamente da sociedade investida.

Cabe aqui diferenciar o risco do investimento e o risco de comprometimento do patrimônio pessoal do investidor-anjo. Ao realizar o investimento em uma *startup*, o investidor-anjo contabiliza o risco de perda total dos recursos investidos, uma vez que a sua aposta no crescimento de uma *startup* pode não se materializar. Para o investidor-anjo, tanto o retorno extraordinário derivado de seu investimento inicial quanto a perda total de seu investimento são resul-

tidores-anjo investem em segmentos em que conhecem o mercado de atuação da *startup*, em que já têm familiaridade com uma determinada tecnologia. Por esta razão, quando se fala em retornos extraordinários a partir de investimentos na categoria anjo, deveríamos também falar em risco de perdas extraordinárias neste mercado.

¹⁸ Conforme Allan Riding, os estágios do processo decisório do investidor-anjo são: (i) prospecção de negócios e primeiras impressões: (a) busca e engajamento de negócios com potencial de investimento e (b) primeira sinalização de avaliação informal; (ii) avaliação da proposta: (a) análise do plano de negócios e realização de auditoria, (b) reuniões entre investidor e fundadores, consultores e potenciais parceiros e (c) avaliação interna e externa da oportunidade e dos empreendedores; (iii) negociação e fechamento: negociação dos termos do negócio entre investidor-anjo e empreendedores; (iv) envolvimento pós-investimento: contribuição do investidor-anjo para desenvolvimento do negócio; e (v) saída: (a) venda da participação do investidor-anjo (conceito genérico de venda) ou (b) perda do investimento. RIDING, Allan; MADRILL, Judith; HAINES, George. Investment Decision Making by Business Angels. In: LANDSTRÖM, Hans (Ed.). *Handbook of Venture Capital*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. p. 232-346. p. 334.

tados possíveis no âmbito do financiamento de uma *startup*. Cenário distinto é o comprometimento do patrimônio pessoal do investidor-anjo por dívidas contraídas pela empresa no desenvolvimento de suas atividades. Para além do investimento realizado, o investidor-anjo no Brasil pode ter de responder com o seu patrimônio pessoal por dívidas da *startup* quando a personalidade jurídica desta for desconsiderada pelo Poder Judiciário, podendo gerar perdas ao investidor que ultrapassem significativamente o seu investimento.

Segundo Bruno Salama,¹⁹ a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo poder judiciário brasileiro fundamenta-se em: (i) normas específicas; (ii) norma geral do Código Civil e (iii) interpretação integrativa.

A desconsideração da personalidade jurídica com fundamento em norma específica baseia-se na aplicação de leis que preveem mecanismos próprios de responsabilização de sócios, administradores, representantes, procuradores e sociedades coligadas da pessoa jurídica devedora de determinada obrigação. Entre elas, podemos mencionar (i) art. 13 do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933,²⁰ que prevê responsabilização, por crime de usura, do “agente e [d] o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, [d]os que tiverem qualidade para representá-la”; (ii) o art. 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional (CTN)²¹ —, que estabelece responsabilidade por “obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” extensível aos sócios, mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas; e (iii) art. 28 do CDC, que possibilita a desconsideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

¹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truço: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 329, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24005/22760>. Acesso em: 15 dez. 2018. p. 329.

²⁰ “Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. [...] Parágrafo único. Serão responsáveis como coautores o agente e o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, os que tiverem qualidade para representá-la.”

²¹ “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

A norma geral da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada com base no art. 50 do Código Civil.²² Trata-se da possibilidade de acesso aos bens pessoais de sócios e administradores para cumprimento de obrigações da sociedade em caso de “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”.

A desconsideração da personalidade jurídica com base no art. 50 do Código Civil: (i) depende da verificação de desvio de finalidade e confusão patrimonial; e (ii) alcança, em tese, apenas os sócios e administradores da sociedade.

Já a interpretação integrativa da desconsideração da personalidade jurídica é verificada especialmente na esfera da justiça do trabalho e refere-se à aplicação, por analogia, de norma específica (como o § 5º do art. 28 do CDC) com base no princípio da equidade.²³

Essa questão, em tese, foi amenizada com o advento das Leis nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil – Novo CPC), e nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista). Isso porque (i) o Novo CPC introduziu procedimento específico para processamento da desconsideração da personalidade jurídica – o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137); e (ii) a Reforma Trabalhista introduziu regramento específico na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (art. 855-A), que deter-

²² Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.”

²³ SALAMA, Bruno Meyerhof. Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 329, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24005/22760>. Acesso em: 25 fev. 2021. p. 339.

mina a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo do trabalho.

Vale mencionar, ainda, a existência de riscos patrimoniais para o investidor-anjo relacionados à tipicidade contratual e à tipicidade societária, que não serão explorados neste trabalho.²⁴

2.3 Importância e tratamento conferido ao investidor-anjo no Brasil

As *startups* vêm transformando nossa realidade e a forma como nos relacionamos, vivemos e consumimos. Basta observar as transformações ocorridas nos últimos anos na maneira como nos comunicamos, pedimos comida, fazemos compras e nos locomovemos pelas cidades. Todas essas tecnologias foram desenvolvidas por *startups* ou empresas que, em algum momento, foram *startups* – em todos os casos, empresas com foco em tecnologia e inovação.

Qualquer nação que pretenda se desenvolver tecnologicamente e, como consequência, econômica e socialmente, deve dedicar atenção às *startups* e aos demais agentes desse mercado, especialmente aqueles responsáveis pelo fomento de tais iniciativas – investidores-anjo, aceleradoras, *venture capital* etc.

Conforme Josh Lerner APUD Alexandre Pacheco,²⁵ entre os motivos considerado por governos da Europeus e Asiáticos para o fomento ao *venture capital* (por meio de políticas públicas e incentivos) é o potencial de criação de “um ciclo virtuoso” que resulta na criação de novas empresas com potencial de crescimento e geração de riquezas elevado. Nesse ciclo, o sucesso das *startups* gera confiança quanto ao acesso a investimento e rede de relacionamento qualificados, encorajando cada vez mais empreendedores a iniciar novos projetos. Essa dinâmica acaba por fomentar outras atividades direta ou indiretamente relacionadas com as operações de investimento, como consultorias da área jurídica e contábil.

Segundo Alexandre Pacheco:²⁶

²⁴ Esse tema é tratado de forma detalhada em: SILVA FILHO, Emanuel Lima da. *Os riscos do investidor-anjo nos contratos conversíveis de investimento em startups*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019.

²⁵ SILVA, Alexandre Pacheco da. *Venture capital à brasileira: adaptações e limitações ao financiamento de startups*. 2019. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP. p. 142.

²⁶ SILVA, Alexandre Pacheco da. *Venture capital à brasileira: adaptações e limitações ao financiamento de startups*. 2019. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP. p. 143.

O crescimento no número de empresas de alto potencial de crescimento, a presença de profissionais capazes de dar suporte para essas atividades e o surgimento dos primeiros casos de sucesso criaram as condições de interesse e confiança para que fontes de recursos de maior porte, como bancos de investimento, fundos de pensão e empresas de grande porte optassem por capitalizar gestoras de recursos de venture capital, ampliando a demanda por novas *startups*, atraindo ainda mais profissionais do mercado e da academia, formando um ciclo virtuoso.

É esse ambiente de confiança que possibilita a formação de um ecossistema de *startups* efetivamente maduro, essencial para qualquer economia moderna, especialmente do ponto de vista do retorno para a sociedade.

O desenvolvimento do ecossistema e consequente fomento à inovação e tecnologia são tidos como fator determinante “para a construção de vantagens competitivas sustentáveis para os países em suas estratégias de crescimento de longo prazo”,²⁷ tendo em conta que possibilitam a criação de inovação pelas empresas, o que coloca o mercado (estado, região, país) em posição privilegiada de competitividade. Além disso, o incentivo à inovação reflete no aumento da arrecadação tributária e na geração de empregos qualificados e renda.²⁸

Nesse contexto, os investidores-anjo ocupam lugar de destaque, pois representam a principal fonte de recursos em um dos momentos de maior fragilidade das *startups*, quando a ideia de negócio está em processo de desenvolvimento e/ou validação, e antes de a empresa estar madura o suficiente para a captação em rodadas maiores (série A ou 1ª rodada),²⁹ geralmente encabeçadas por fundos de *venture capital* e *seed capital* ou “fundos de capital semente”.³⁰

Nessa fase, é improvável, por exemplo, a captação de recursos por uma *startup* por meio de operação de dívida bancária, especialmente pela ausência

²⁷ SILVA, Alexandre Pacheco da. *Venture capital à brasileira: adaptações e limitações ao financiamento de startups*. 2019. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP. p. 14.

²⁸ ANJOS, DO BRASIL; THORNTON, GRANT. *O estímulo como ferramenta para o fomento do investimento em startups: o caso do investidor anjo*. Disponível em: http://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/estudo_sobre_estimulo_para_investimento_em_startups_-_anhos_do_brasil_e_grant_thornton.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

²⁹ BAPTISTA LUZ ADVOGADOS. *Apresentação: direito e startups* (módulo 3). 18 out. 2017. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/apresentacao-direito-e-startups-modulo-3/>. Acesso em: 24 fev. 2021.

³⁰ A Instrução nº 578, de 30 de agosto de 2016, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) criou uma categoria de fundo de investimento e participação denominada FIP Capital semente, que realiza investimento em sociedades que, dentre outras especificações, tenham receita bruta anual de até R\$ 16 milhões.

de garantias. O investidor-anjo é o agente do mercado que preenche essa lacuna. Dessa forma, os investidores-anjo, como categoria, são diretamente responsáveis pelo fomento à inovação, bem como pela geração de riqueza e retorno social.

Conforme já mencionado, o investidor-anjo padrão é, em geral, pessoa física que aplica parcela do seu patrimônio em operações de investimento em *startups*, seja diretamente ou por meio de veículo de investimento. Porém, esse grupo não é homogêneo. Pode incluir desde pequenos investidores que se dispõem a aplicar parcela do seu patrimônio – muitos deles profissionais liberais, entusiastas de iniciativas inovadoras e com algum apetite para riscos – até grandes investidores, com disponibilidade relevante de recursos e mais familiarizados com o mercado e com o segmento específico – até mesmo *super angels*, capazes de investir grande volume de recursos (equiparados a fundos de *venture capital*) em um número relevante de empresa.³¹

Diferentemente dos fundos de *venture capital*, os investidores-anjos aplicam recursos próprios, limitados conforme a capacidade financeira de cada indivíduo. Pensando nesse perfil, especialmente considerando os pequenos investidores, as consequências do insucesso de um empreendimento têm impacto relevante, pois são sofridas diretamente pelo investidor, com a respectiva redução patrimonial. Dessa forma, a previsibilidade quanto à extensão das perdas – que devem idealmente se limitar ao montante investido – é essencial para o desenvolvimento de um ecossistema maduro no que se refere ao fluxo de investimento em *startups*.

Considerando os riscos mencionados no item 1.2, na realidade brasileira, o empresário, de um modo geral, e eventualmente os investidores-anjo (conforme analisaremos no item 3) convivem constantemente com a incerteza, especialmente com relação à desconsideração da personalidade jurídica, resultado do seu uso indiscriminado pelo poder judiciário brasileiro nos últimos anos, notadamente na esfera trabalhista.

O risco de desconsideração da personalidade jurídica, caso materializado, pode trazer consequências devastadoras ao investidor-anjo no caso de insucesso da sociedade investida, podendo tornar ilimitados os riscos a que está exposto, reduzindo sua previsibilidade. Dessa forma, o contrato utilizado para formalizar a operação de investimento-anjo deve conferir alguma proteção nesse sentido.

³¹ SÖDERBLOM, A. *The Current State of the Venture Capital Industry in Relation to Other Financing Sources for Startup Firms*. Disponível em: http://eng.entreprenorskapsforum.se/wp-content/uploads/2012/02/Rapport_Current-state-of-the-venture_webb.pdf. Acesso em: 26 fev. 2021.

Vale destacar que, conforme já mencionado, a interação do investidor-anjo com a *startup* e com os empreendedores é caracterizada pelas atividades de mentoria e compartilhamento de *network*. O investidor-anjo não interfere na gestão da sociedade, ocupando posição distinta da posição dos sócios fundadores na sociedade.

A distinção entre a atuação do investidor-anjo e dos sócios/administradores da sociedade está na interferência, aqui entendida como a ação decorrente do poder de sócio/administrador. É a tomada de decisões por conta própria ou interferência direta nas decisões tomadas por outros sócios/administradores. Desse modo, o investidor-anjo não interfere na sociedade. Sua atuação está na esfera do aconselhamento, por meio de recomendações quanto a mercados a serem explorados, conexão dos fundadores com fornecedores, clientes e prestadores de serviços e sugerindo movimentos estratégicos.³²

Destaque-se que as recomendações do investidor-anjo não são vinculantes. O contrato de mútuo conversível, em geral, não estipula penalidades ou negativas em caso de não cumprimento dessas recomendações pelos sócios fundadores. A adesão dos fundadores às recomendações do investidor-anjo está, na verdade, relacionada ao fato deles terem, em geral, conhecimento e experiência relevantes no mercado de atuação da *startup*.

Somando-se todos esses fatores, verifica-se que o investidor-anjo ocupa posição de extrema fragilidade, tendo em vista que (i) não tem ingerência sobre a condução dos negócios da sociedade; e (ii) poderá, caso integre o capital social da *startup*, estar exposto aos mesmos riscos que os sócios fundadores/empreendedores.

Conforme se depreende dos itens analisados acima, podemos concluir que os principais interesses dos investidores-anjo que devem ser contemplados no modelo contratual a ser utilizado em operações de investimento em *startup* referem-se a: (i) previsibilidade de perda, consistente no distanciamento do risco de desconsideração da personalidade jurídica; e (ii) possibilidade de captura do retorno do investimento por meio de mecanismos de saída (venda de participação societária).

³² SILVA, Alexandre Pacheco da. *Venture capital à brasileira: adaptações e limitações ao financiamento de startups*. 2019. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP.

3. MÚTUO CONVERSÍVEL, SUAS CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES

3.1 Conceituação

Apesar de não haver dados estatísticos gerais quanto aos modelos contratuais utilizados nas operações investimento em *startups* no Brasil,³³ tanto a doutrina quanto a mídia especializada atribuem a posição de predominância no nosso ecossistema ao contrato de mútuo conversível.³⁴ Essa predominância não é por acaso; deve-se, certamente, à sua maior aderência às necessidades dos investidores-anjo. Nesse contexto, buscaremos, nesta seção, identificar os fatores determinantes que o levaram a essa posição de destaque.

Para tanto, nos dedicaremos inicialmente à análise do modelo contratual do mútuo conversível, suas características, peculiaridades e as principais diferenças entre este e os demais contratos conversíveis, especialmente quanto aos mecanismos de proteção dos interesses dos investidores-anjo.

Segundo parte relevante da nossa doutrina, o contrato de mútuo conversível seria uma espécie de “tropicalização das *convertible notes*”³⁵ norte-americanas, modalidade contratual bastante disseminada nos Estados Unidos e utilizada para formalizar operações de investimento em *startups*. Pode-se dizer que as *convertible notes* são uma forma de contrato conversível de investimento, no conceito já mencionado neste trabalho (introdução), pois o investidor inicia sua relação com a sociedade/empreendedores sem que haja a aquisição imediata de participação societária, para só depois ingressar no quadro de sócios.³⁶

³³ Há pesquisa publicada em 2014 que aponta o percentual de operações realizadas via mútuo conversível, investimento direto e opção de compra. Porém, essa pesquisa refere-se exclusivamente a operações realizadas por aceleradoras. LUZ, Luis Felipe Baptista; RAMOS, Pedro Henrique Ramos. *O perfil das aceleradoras brasileiras*. 2014. Disponível em: <https://www.slideshare.net/startupbr/o-perfil-das-aceleradoras-brasileiras-baptista-luz-advogados>. Acesso em: 26 fev. 2021.

³⁴ ANJOS DO BRASIL. *Guia de investimento anjo & documentos legais*. Disponível em: <http://www.anjosdobrasil.net/guia.html>. Acesso em: 26 fev. 2021. p. 24.

³⁵ COELHO, G. T.; GARRIDO, L. G. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JUDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Orgs.). *Direito das startups*. São Paulo: Juruá, 2016. p. 121.

³⁶ GEORGE, C.; TOWNSHEND, P. N. Trends in Convertible Note Financing for Biotechs. *BioPharm International*, v. 21, n. 4, p. 42, Apr. 2008.

Há certas circunstâncias no investimento em *startups* que tornam um instrumento de dívida uma ferramenta financeira mais adequada³⁷ ao contexto da operação do que a aquisição de participação societária por parte do investidor. A emergência dos recursos para a *startup* financiar a sua operação de curto prazo é um dos fatores que podem tornar o instrumento de dívida mais propício do que a aquisição de participação societária. O investidor não teria tempo para conhecer profundamente a sociedade investida, mas enxergaria o investimento como uma oportunidade.

Outra situação é a necessidade de recursos financeiros entre rodadas de investimento para garantir a sustentabilidade do projeto. Novas despesas não projetadas surgem na operação da empresa e seus investidores não consideram que ela esteja madura para participar de uma nova rodada de investimento. A dívida é constituída entre investidores e *startup* como um respiro para suas atividades.

Estes arranjos baseados em dívida são conhecidos como *bridge loans*, empréstimos de curto prazo destinados a dar conta de necessidades próprias da relação entre o investidor e a empresa investida. Uma das espécies de *bridge loans* é o *convertible note*, em que se oferece a conversão do empréstimo concedido em participação societária da *startup*.³⁸ A peculiaridade nacional é o uso de instrumentos de dívida (contratos conversíveis) como ferramenta de resguardo do investidor diante dos riscos de responsabilização para além do seu investimento trazidos pelo sistema jurídico brasileiro, tema que trabalharemos mais à frente.

De uma forma bastante resumida, a operação formalizada por meio do contrato de mútuo conversível consiste em: (i) empréstimo, pelo investidor mutuante para a sociedade mutuária, de determinada quantia em dinheiro; e (ii) obrigação, da sociedade mutuária, de restituir o valor investido pelo mutuante em dinheiro ou, idealmente, na forma de participação societária – mediante conversão –, nos termos, prazos e condições estabelecidas contratualmente entre as partes.

No entanto, o mútuo conversível não se resume à relação de dívida (mútuo) com opção de conversão (pagamento por com participação societária). Essa modalidade contratual estabelece, ainda, diversos direitos e obrigações a serem observados pelas partes, podendo incluir, por exemplo, (i) previsões relacionadas à necessidade de transformação de tipo societário da sociedade inves-

³⁷ VRIES, Harm F.; VAN LOON, Menno J.; MOL, Sjoerd. *Venture Capital Deal Terms: A Guide to Negotiating and Structuring Venture Capital Transactions*. Des Plaines: HMS Media Vof, 2016, Kindle Edition.

³⁸ VRIES, Harm F.; VAN LOON, Menno J.; MOL, Sjoerd. *Venture Capital Deal Terms: A Guide to Negotiating and Structuring Venture Capital Transactions*. Des Plaines: HMS Media Vof, 2016, Kindle Edition.

tida; (ii) poder de veto – ou voto afirmativo – do investidor em determinadas matérias; e (iii) regras referentes a rodadas futuras de investimento.³⁹

A conversão é uma obrigação alternativa para o adimplemento do mútuo, cuja escolha cabe necessariamente ao credor, nos termos do art. 252 do Código Civil.⁴⁰ Desse modo, o resultado ideal almejado pelo investidor-anjo na operação formalizada por meio do mútuo conversível é o adimplemento do valor investido mediante conversão, com seu respectivo ingresso no quadro de sócios da sociedade investida, para que passe a gozar dos direitos de sócio, nos termos preestabelecidos no contrato.

O pagamento do mútuo em dinheiro investido é hipótese eventual. Serve como garantia para que o investidor-anjo possa reaver seus recursos em caso de insucesso da *startup*, mediante execução do valor devido acrescido dos encargos contratualmente estabelecidos.⁴¹ Do ponto de vista prático, no caso de insucesso da sociedade investida, o crédito acaba tornando-se irrecuperável, pois esta não terá condições de pagar o valor integral do mútuo ao investidor-anjo. Porém, essa ferramenta é útil ao investidor/credor, por exemplo, como proteção em caso de atuação fraudulenta dos sócios fundadores.

O mútuo conversível classifica-se como contrato atípico misto. Apesar de ter sua origem atribuída às *convertible notes*, conforme mencionado, para os fins de qualificação tipológica, entendemos tratar-se de uma versão modificada do contrato típico de mútuo, previsto no art. 586 e seguintes do Código Civil,⁴² do qual foi suprimido um de seus elementos essenciais, qual seja, a restituição da coisa mutuada por outra do mesmo gênero.⁴³ A supressão do referido elemento essencial afasta a tipicidade legal do contrato, que passa a ser enquadrado como atípico.

³⁹ ANJOS DO BRASIL. *Guia de investimento anjo & documentos legais*. Disponível em: <http://www.anjosdobrasil.net/guia.html>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁴⁰ “Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.”

⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. Capital empreendedor. Relator: José Humberto. Consultores legislativos: Marcos Pineschi Teixeira e Marcelo Sobreiro Maciel. Brasília: Edições Câmara, 2014. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/capital_empreendedor%20-3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018. p. 209.

⁴² Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

⁴³ O artigo 586 do Código Civil prevê, como elemento essencial do contrato de mútuo, a restituição da coisa mutuada por outra do mesmo gênero. O fato de o contrato de mútuo conversível prever o pagamento com quotas da sociedade investida (distinta da coisa mutuada, que foi dinheiro em espécie) o afasta do modelo legal a ponto de lhe afastar a tipicidade.

3.2 Mútuo conversível e os interesses do investidor-anjo

Conforme tratado anteriormente, os principais interesses dos investidores-anjo perseguidos no modelo contratual a ser utilizado em operações de investimento em *startup* referem-se à previsibilidade de perda e à possibilidade de captura do retorno do investimento por meio de mecanismos de saída. Nesse sentido, os contratos conversíveis de investimento são desenhados para (i) afastar o investidor-anjo da posição de sócio da sociedade investidas, pelo menos temporariamente, para o fim de proteção contra o risco de desconsideração da personalidade jurídica;⁴⁴ e (ii) aproximar o investidor-anjo da posição de sócio, em um determinado momento da relação contratual, para o fim de possibilitar a captura do retorno do capital investido, por meio de venda de participação societária.

Do ponto de vista do risco de desconsideração da personalidade jurídica, o contrato de mútuo conversível oferece importante garantia ao investidor-anjo: tempo, consistente no prazo em que ele permanece como credor até o momento da tomada de decisão pela conversão. Enquanto permanece na posição de credor, o investidor-anjo estará, em tese, afastado do risco de comprometimento do seu patrimônio em decorrência de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade investida (item 3).

Essa proteção é oferecida, no contrato de mútuo conversível, por meio de ferramenta que possibilita a pluralidade da posição do investidor-anjo com relação à *startup*. A depender do momento em que se analisa, o investidor pode ocupar a posição de credor – após a formalização do contrato e durante a sua vigência – ou sócio – após o exercício da conversão. O mútuo conversível possibilita ao investidor escolher a posição que ocupará com relação à *startup* e seus fundadores, a depender do momento e da fase de maturidade da sociedade.

Interessante notar a peculiaridade nacional. Enquanto na lógica do *bridge loan* são as necessidades operacionais da *startup* que justificam o uso de um instrumento de dívida (e.g. *convertible note*), no caso brasileiro, acrescenta-se o componente de risco trazido pelo ambiente de negócios nacional, em que o sistema jurídico autoriza a possibilidade de responsabilização de um investidor-anjo sócio de uma *startup* sobre dívidas que podem ultrapassar o valor do seu investimento da empresa. O mútuo conversível, neste sentido, torna-se uma ferramenta de proteção ao investidor, pois lhe oferece as condições de avaliação dos riscos envolvidos na conversão de seu investimento em participação societária.

⁴⁴ Considerando que o risco de desconsideração da personalidade jurídica está diretamente relacionado à posição de sócio ou administrador da sociedade, a quem a legislação vigente está direcionada, conforme trataremos no item 3 deste trabalho.

É por meio do direito de conversão que o contrato de mútuo conversível atende as necessidades do investidor-anjo relacionadas à captura do retorno do investimento. Com a conversão, o investidor-anjo passa a ser quotista/acionista da sociedade, mesmo que por um curto período, o que o permite vender participação societária para capturar os ganhos resultantes do desenvolvimento da *startup*.

Desse modo, o investidor se mantém afastado do quadro de sócios da sociedade até o momento da conversão, que pode ocorrer, a depender dos termos ajustados entre as partes, (i) a seu critério, em qualquer momento durante a vigência do contrato, o que o permite analisar o grau de maturidade da *startup* e o risco ao qual está exposto; ou (ii) em decorrência de evento específico, como a captação de investimento relevante pela sociedade, a venda do controle pelos fundadores ou vencimento do mútuo.⁴⁵

Pela análise dos pontos aqui levantados, podemos concluir que o contrato de mútuo conversível oferece as ferramentas de negócio necessárias para atender as necessidades dos investidores-anjo, notadamente quanto à proteção dos seus interesses econômicos, acomodando riscos e possibilitando a captura de eventual retorno.

Pode-se indagar, porém, se outros contratos conversíveis de investimento também não seriam capazes de entregar, na mesma proporção, as mesmas ferramentas de proteção que o contrato de mútuo conversível oferece. É o que analisaremos na seção subsequente.

3.3 Análise comparativa do contrato de mútuo conversível

Conforme foi possível concluir no item anterior, o contrato de mútuo conversível, sendo um *bridge loan*, oferece ao investidor-anjo o melhor conjunto de ferramentas para a mitigação dos riscos relacionados ao seu investimento. Para que possamos compreender quais especificamente são as peculiaridades que conferem ao mútuo conversível essa posição de destaque, é necessário analisá-lo de forma comparativa com os demais contratos conversíveis de investimento utilizados no ecossistema brasileiro: (i) AFAC; (ii) contrato de participação; e (iii) opção de compra de participação societária. É o que passamos a fazer.

O AFAC é operação de origem contábil por meio da qual o investidor aporta recursos em uma determinada sociedade para que sejam, futuramente, conver-

⁴⁵ Conforme modelo de mútuo conversível da Anjos do Brasil. ANJOS DO BRASIL. *Guia de investimento anjo & documentos legais*. Disponível em: <http://www.anjosdobrasil.net/guia.html>. Acesso em: 2 mar. 2021.

tidos em aumento de capital. O contrato de AFAC caracteriza-se pela irrevogabilidade do compromisso de destinação dos recursos aportados exclusivamente para aumento de capital. Dessa forma, diferentemente do que se verifica no mútuo conversível – bem como na opção de compra –, o ingresso do investidor no quadro de sócios da sociedade investida é obrigatório e resulta da conversão do adiantamento em efetivo aumento de capital.⁴⁶

Essa obrigatoriedade de conversão do aporte em participação societária coloca o AFAC em posição de desvantagem se comparado ao mútuo conversível, pois suprime a facultatividade do ingresso do investidor-anjo no quadro de sócios da sociedade, almejada como forma de proteção patrimonial. Esse fator pode explicar a predominância do mútuo conversível em relação ao AFAC no ecossistema brasileiro.

O contrato de participação é o modelo contratual de investimento em microempresa e empresa de pequeno porte introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Complementar nº 155 de 27 de outubro de 2016, que alterou a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte. Com base nos elementos estabelecidos na referida norma, podemos definir o contrato de participação como:

[O] contrato pelo qual o investidor-anjo realiza operação de dívida com microempresa ou empresa de pequeno porte, que não integra o capital social dessa sociedade, com a finalidade de fomento a inovação e investimentos produtivos, permanecendo o objeto social sendo exercido unicamente pelos sócios.⁴⁷

Por ser legalmente típico,⁴⁸ o contrato de participação traz em sua regulação uma série de regras (ou elementos essenciais e naturais) a serem observadas pelas partes, que limitam a liberdade contratual dos agentes envolvidos. Dentre elas, podemos destacar: (i) enquadramento obrigatório da sociedade investida como microempresa ou empresa de pequeno porte; (ii) prazo máximo de 7 anos de vigência do contrato; (iii) carência de 2 anos para resgate do valor

⁴⁶ Esse é o entendimento fixado no Parecer Normativo da Coordenação do Sistema de Tributação nº 17, de 20 de agosto de 1984, reforçado pelo Acórdão nº 3401004.338 da 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

⁴⁷ SILVA FILHO, Emanuel Lima da. *Os riscos do investidor-anjo nos contratos conversíveis de investimento em startups*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019. p. 63.

⁴⁸ Pois está previsto em lei (Lei Complementar nº 123/2006) e tem regulamentação suficientemente completa para fins de sua qualificação tipológica, interpretação e integração.

aportado; e (iv) limitação quanto ao montante do resgate do aporte, que não poderá ultrapassar o valor investido devidamente corrigido.

Além disso, com o contrato de participação, o legislador optou por criar uma modalidade contratual totalmente inédita, o que acrescenta um grau de complexidade, pelo menos aparente, se comparado com os demais modelos já conhecidos e testados pelos agentes do mercado.

As limitações impostas à autonomia privada e à vontade das partes, somadas à aparente complexibilidade do modelo colocam o contrato de participação em posição de desvantagem se comparado com o mútuo conversível, o que pode explicar a predominância deste em relação àquele no ecossistema brasileiro.

A opção de compra, por sua vez, é o modelo contratual por meio do qual o investidor-anjo adquire, mediante pagamento, o direito de comprar participação societária de uma determinada sociedade, conforme termos e as condições livremente negociados entre as partes. As principais características que diferenciam o contrato de opção de compra e de mútuo conversível estão relacionadas a: (i) natureza jurídica; (ii) momento do pagamento; e (iii) incidência tributária.⁴⁹

Primeiramente, vale ressaltar que o objetivo da identificação da natureza jurídica por traz de uma determinada relação econômica é possibilitar seu enquadramento em alguma categoria já existente no ordenamento jurídico.⁵⁰ Identificar e entender a natureza jurídica de um determinado instrumento contratual nos ajuda a compreender os limites aos quais as partes estão expostas quando da sua adoção.

Dessa forma, do ponto de vista da natureza jurídica, a opção de compra gera para o investidor um direito de aquisição/subscrição de participação societária, enquanto o mútuo conversível representa uma obrigação creditícia entre as partes, que pode ser adimplida em dinheiro ou, idealmente, em participação societária.⁵¹ A principal diferença nesse caso está na consequência do insucesso do investimento, tendo em vista que: (i) no caso do mútuo conversível, em tese, resulta no direito de cobrança, pelo investidor, do valor investido diretamente

⁴⁹ FEIGESLSON, Bruno *et al.* *Direito das startups*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 132.

⁵⁰ IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial*. 2011. 329 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 62.

⁵¹ SPINA, C. A. *Investidor anjo: como conseguir investidores para seu negócio*. São Paulo: Nversos, 2011. (*E-book*). Posição 2001.

da sociedade, acrescido dos encargos contratualmente previstos;⁵² e (ii) no caso da opção de compra, restaria ao investidor o não exercício da opção e consequente perda do valor investido, sem a possibilidade de cobrança em face da sociedade, tendo em conta que não há relação creditícia entre as partes.

Com relação ao momento do pagamento, tanto no contrato de mútuo conversível quanto na opção de compra, o desembolso do valor do investimento – e ingresso deste na sociedade – ocorre na etapa inicial da operação – realização do mútuo ou aquisição da opção de compra. O exercício da opção de compra pelo investidor é condicionado ao pagamento de um valor simbólico.⁵³ Na opção de compra, esse ingresso de recurso na etapa inicial da operação – a título de prêmio da opção – está sujeito à tributação pelo Importo de Renda, com alíquota de 15%,⁵⁴ nos termos do art. 764 do Regulamento do Imposto de Renda,⁵⁵ o que pode onerar demasiadamente a operação.

O mesmo não ocorre no contrato de mútuo conversível, tendo em conta que os recursos ingressam na sociedade na forma de dívida, contabilizada no seu passivo. A operação formalizada por meio do mútuo conversível está sujeita à tributação pelo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), nos termos do art. 3º, § 3º, do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, bastante inferior à tributação pelo Imposto de Renda incidente sobre a opção de compra.⁵⁶

Essas peculiaridades relacionadas à natureza jurídica, momento do pagamento e incidência tributária colocam a opção de compra em posição de desvantagem se comparada com o mútuo conversível, o que pode explicar a predominância deste em relação àquela no ecossistema brasileiro.

⁵² Como já mencionado, em geral, esses valores não chegam a ser cobrados. Porém, a possibilidade de cobrança é vantajosa tanto pela perspectiva, mesmo que remota, de retorno (total ou parcial) do valor investido quanto por servir de desincentivo à prática de condutas lesivas à empresa pelos fundadores.

⁵³ COELHO, G. T.; GARRIDO, L. G. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JUDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Orgs.). *Direito das startups*. São Paulo: Juruá, 2016. p. 121.

⁵⁴ RAMOS, Pedro H. *Guia de seed funding: como receber os primeiros investimentos de sua startup*. Disponível em <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/artigos/guia-de-seed-funding-como-receber-os-primeiros-investimentos-de-sua-startup/>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁵⁵ Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

⁵⁶ A alíquota do IOF para a operação de mútuo é de (i) 0,0082% ao dia para mutuário pessoa física e (ii) 0,0041% ao dia para mutuário pessoa jurídica (art. 7º da Instrução Normativa nº 907/2009, da Receita Federal do Brasil), ambas acrescidas da alíquota adicional de 0,38% (art. 7º, § 15, do Decreto nº 6.306/2007).

Em resumo, podemos explicar a predominância do mútuo conversível no ecossistema brasileiro, pelo menos em parte, por uma junção de fatores relacionados à (i) facultatividade da conversão, consistente no ingresso do investidor-anjo no quadro de sócios da sociedade; (ii) liberdade contratual, consistente em maior autonomia privada e flexibilidade na estipulação de direitos e obrigações pelas partes; (iii) recuperabilidade do crédito, consistente na possibilidade de cobrança do valor investimento em caso de insucesso da empreendimento; e (iv) eficiência tributária.

4. EFETIVIDADE DO MÚTUO CONVERSÍVEL NA PROTEÇÃO DO INVESTIDOR-ANJO

4.1 Proteção do investidor-anjo enquanto credor

Considerando a posição de predominância do mútuo conversível no ecossistema brasileiro, o questionamento que fazemos aqui é se o referido modelo contratual confere, do ponto de vista prático, a proteção pretendida pelos investidores-anjo que dele se utilizam na formalização de investimento em *startups*.

Tendo como base o investidor-anjo padrão,⁵⁷ aqui entendido como aquele que (i) realiza investimento em *startup* por meio de contrato conversível; (ii) não integra o quadro de sócios da sociedade investida na vigência do referido contrato; e (iii) não ocupa posição de administrador, procurador ou representante da sociedade (de fato ou de direito), a resposta para esse questionamento é sim!

Conforme já mencionado, o mútuo conversível possibilita a pluralidade da posição do investidor-anjo com relação à *startup*, de modo que este ocupe o lugar de credor ou de sócio, a depender do estágio da operação que se analisa – se antes ou após a conversão. Com isso, o investidor-anjo mantém relação meramente contratual com a sociedade investida até que se sinta suficientemente seguro para realizar a conversão.

Considerando a posição de credor do investidor-anjo, podemos concluir que não há base legal no nosso ordenamento jurídico que possibilite sua responsabilização por obrigações da sociedade investida em caso de descon-

⁵⁷ SILVA FILHO, Emanuel Lima da. Os riscos do investidor-anjo nos contratos conversíveis de investimento em startups. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019. p. 29.

sideração da personalidade jurídica. A aplicação do referido instituto depende: (i) de previsão legal que vincule o investidor-anjo, em se tratando de aplicação fundamentada em normas específicas, o que não se verifica na nossa legislação; e (ii) a configuração de abuso da personalidade jurídica, caso fundamentada na norma geral do Código Civil, o que é incompatível com os poderes e atribuições do investidor-anjo.

Em todas as hipóteses que fundamentam a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica pelo Poder Judiciário brasileiro, o alcance da responsabilização está restrito aos sócios, administradores, representantes, gerentes e procuradores, conforme tratado no item 1.2. deste trabalho.

Porém, não podemos deixar de considerar o histórico do nosso Poder Judiciário, que não raramente comete abusos na aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, especialmente na esfera trabalhista e em primeiro grau de jurisdição, o que agrava o risco de comprometimento do patrimônio do investidor-anjo para adimplemento de obrigações da *startup*.

Um exemplo claro desse tipo de abuso é o exemplo narrado por Bruno Salama,⁵⁸ em que a Justiça do Trabalho do Estado de São Paulo determinou a penhora *on-line* das contas bancárias de uma pessoa física que figurava como procuradora de um ex-sócio de determinada sociedade, sem que esse fosse sequer citado. Nessa situação, a medida judicial foi adotada mesmo não havendo, no nosso entender, base legal que a fundamente.

Porém, conforme mencionado no item 1.2, esse tipo de situação tende a se tornado menos frequentes com o advento do novo Código de Processo Civil e do art. 855-A da CLT, que reduziram a discricionariedade do Poder Judiciário para fins de desconconsideração da personalidade jurídica.

Adicionalmente, a introdução do contrato de participação no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Complementar nº 123/2006 tem o potencial de gerar efeitos positivos na interpretação do mútuo conversível pelo poder judiciário. Isso porque o contrato de participação é legalmente típico, e sua regulamentação prevê taxativamente que o investidor-anjo “não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil” (art. 61-A, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006). Referido artigo trata especificamente da desconconsideração da personalidade jurídica.

⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 329, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24005/22760>. Acesso em: 15 dez. 2018. p. 329.

Considerando as semelhanças entre os dois modelos contratuais – inclusive quanto à posição de credor do investidor-anjo na relação jurídica – é possível, por exemplo, que o poder judiciário entenda pela possibilidade de aplicação analógica das regras estabelecidas na Lei Complementar nº 123/2006 aos contratos de mútuo conversível, notadamente quanto aos limites de responsabilização do investidor-anjo.

Vale destacar que, para preservar as proteções conferidas pelo contrato de mútuo conversível – bem como por qualquer dos demais contratos conversíveis de investimento –, o investidor-anjo deve observar os limites das suas atribuições no relacionamento com a *startup* e os sócios fundadores. Nesse sentido, mesmo que a operação seja formalizada por meio de mútuo conversível, o investidor-anjo poderia estar exposto a riscos caso, por exemplo, ocupe posição de administrador, aja como seu verdadeiro representante/procurador da sociedade investida ou em caso de simulação, em que o investidor se vale de estrutura contratual para afastar riscos, mas resguarda para si, por disposição contratual, direitos típicos de sócio.⁵⁹

Assim, o contrato de mútuo conversível pode ser considerado efetivo para os fins a que se propõe, qual seja, o de afastar o risco de responsabilização do investidor-anjo na primeira etapa da sua relação com a sociedade, anteriormente ao seu ingresso no quadro de sócios.

4.2 Proteção do investidor-anjo enquanto sócio

A questão que se coloca é quanto à extensão das proteções ao investidor-anjo após o término da relação creditícia e seu respectivo ingresso no quadro de sócios da *startup*. Nessa fase, o vínculo contratual estabelecido no mútuo conversível é substituído pelo vínculo societário estabelecido nos termos dos atos constitutivos da sociedade investida.

Para essa fase, o ordenamento jurídico brasileiro não faz nenhuma diferenciação entre os sócios fundadores da sociedade, responsáveis pela condução de seus negócios, e a figura do investidor-anjo. Desse modo, em tese, este teria a mesma exposição ao risco de desconsideração da personalidade jurídica da *startup* que aqueles.

A análise das questões referentes aos riscos do investidor-anjo no presente trabalho retrata uma certa incompatibilidade do nosso ordenamento jurídico

⁵⁹ Nesse ponto, o risco do investidor-anjo está relacionado à possibilidade de configuração de sociedade em comum entre ele e a sociedade investida ou seus fundadores.

com as necessidades modernas do mercado. Tanto os interesses quanto as atribuições do investidor-anjo, mesmo após seu ingresso na sociedade resultante da conversão, são distintos dos interesses e atribuições dos sócios fundadores da sociedade. No entanto, nosso ordenamento jurídico – assim como o histórico da nossa jurisprudência – não possibilitam a formalização de uma estrutura societária efetivamente segura, capaz de conferir previsibilidade às operações de investimento em *startups* por meio da proteção do investidor-anjo frente às responsabilidades da sociedade investida.

Esse fato nos parece transparecer uma situação de exaustão dos paradigmas que norteiam a matéria, o que, segundo José Eduardo Faria,⁶⁰ verifica-se quando os paradigmas de determinada ciência “não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico”. A realidade social e econômica atual, fundada em constantes mudanças, cada vez mais repentinas, muitas vezes impulsionadas por novas tecnologias, exige adequações igualmente ágeis do nosso ordenamento jurídico, inclusive no que se refere à superação de paradigmas há muito dominantes.⁶¹

Dessa forma, considerando a relevância do investidor-anjo para o ecossistema das *startups* e, conseqüente, para o desenvolvimento da economia nacional, essa questão deve ser analisada com especial atenção pelos legisladores e pelos aplicadores do direito, em especial os juízes e tribunais.

O investidor-anjo não ocupa e nem pretende ocupar posição semelhante à dos fundadores da *startup*. Esses são os efetivos responsáveis por sua gestão e pela condução dos seus negócios. O investidor-anjo é importante peça na engrenagem do ecossistema das *startups*, responsável pelo financiamento dessas empresas (inovadoras e com alto potencial de crescimento) durante uma etapa específica do seu ciclo de vida. É um importante agente fomentador de desenvolvimento econômico e social e assim deveria ser entendido pelo legislador e pelo poder judiciário.

O amadurecimento do ecossistema de *startups* brasileira passa, necessariamente, pelo enfrentamento da questão do risco do investidor-anjo enquanto sócio, de modo a conferir segurança jurídica às operações de investimento, limitando os riscos e conferindo previsibilidade quanto às perdas possíveis em caso de insucesso da *startup*.

⁶⁰ FARIA, J. E.; WARAT, L. A. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 22.

⁶¹ DOWNES, Larry. *The Laws of Disruption: Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*. New York: Basic Books, 2009.

Nesse sentido, o poder público deveria ocupar-se mais ativamente de ajustar normas e compatibilizar a atuação dos seus órgãos no sentido de aproximá-los das necessidades do ecossistema de *startups*, “articulando os incentivos adequados para o estímulo de comportamentos que desencadeassem os efeitos esperados e contribuíssem para o crescimento do país”.⁶²

Enquanto o ordenamento jurídico não se adequa de modo a conferir essa proteção aos investidores-anjo, cabe ao Judiciário compreender os desafios e dar o encaminhamento mais adequado aos interesses da sociedade, interpretando os contratos conversíveis e a relação societária de modo a afastar riscos próprios da sociedade e seus fundadores, a fim de limitar as perdas dos investidores-anjo ao valor do investimento realizado, inclusive após seu ingresso no quadro de sócios da *startup*.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar a efetividade do contrato de mútuo conversível para proteção dos interesses dos investidores-anjo. Essa análise foi realizada considerando-se os riscos aos quais estão expostos no contexto da legislação e da jurisprudência brasileiras, notadamente o risco de desconsideração da personalidade jurídica e os limites da sua aplicação.

Para abordagem da questão referida acima, analisamos o contrato de mútuo conversível, suas características e as peculiaridades que o levaram à posição de destaque no ecossistema brasileiro. Nesse ponto, por meio de uma análise comparativa, concluímos que o mútuo conversível é a modalidade contratual que melhor atende os interesses dos investidores anjo, em especial quanto (i) ao afastamento do risco de desconsideração da personalidade jurídica; e (ii) às possibilidades oferecidas para captura do retorno do capital investido, por meio de venda de participação societária.

No que diz respeito à efetividade das ferramentas de proteção conferidas ao investidor-anjo, entendemos que o mútuo conversível é, de fato, eficaz para os fins a que se propõe, tendo em vista que possibilita a pluralidade da posição do investidor-anjo com relação à *startup*, de modo que este ocupe o lugar de credor ou de sócio, a depender do estágio da operação que se analisa. Com

⁶² SILVA, Alexandre Pacheco da. *Venture capital à brasileira: adaptações e limitações ao financiamento de startups*. 2019. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP. p. 143.

isso, o investidor-anjo mantém relação meramente contratual com a sociedade investida até que se sinta suficientemente seguro para realizar a conversão, o que afasta, pelo menos nessa primeira etapa da relação de investimento, o risco de desconsideração da personalidade jurídica. Essa proteção, porém, depende do comportamento do investidor-anjo, que não deve extrapolar as atribuições que lhe são peculiares na relação com a sociedade e os fundadores (mentoria/ aconselhamento e *network*).

Porém, a crítica que se faz é quanto à inexistência de tratamento específico em nosso ordenamento jurídico para o investidor-anjo após o término da relação creditícia e seu respectivo ingresso no quadro de sócios da *startup*. Considerando o histórico nos nossos tribunais quanto à matéria, o investidor-anjo teria, em tese, a mesma exposição ao risco de desconsideração da personalidade jurídica da *startup* que os sócios fundadores da sociedade.

Por esse motivo, entendemos que a adoção de medidas efetivas, tanto no âmbito da criação/modificação de normas quanto da sua aplicação, é urgente para o satisfatório desenvolvimento do ecossistema de *startups* brasileiro. É preciso que se crie um ambiente seguro e fértil, tanto para os empreendedores quanto para os investidores, que possibilite o atingimento do esperado ciclo virtuoso da inovação.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Eliot. *Securities Crowdfunding: More than Family, Friends, and Fools?* 19 Jan. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2902217>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ANJOS DO BRASIL. *Guia de investimento anjo & documentos legais*. Disponível em: <http://www.anjosdobrasil.net/guia.html>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ANJOS, DO BRASIL; THORNTON, GRANT. *O estímulo como ferramenta para o fomento do investimento em startups: o caso do investidor-anjo*. Disponível em: http://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/estudo_sobre_estimulo_para_investimento_em_startups_-_anhos_do_brasil_e_grant_thornton.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

ANJOS DO BRASIL. *Volume de investimento-anjo em startups ultrapassa a barreira de R\$ 1 bilhão em 2019*. 26 ago. 2020. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/blog/volume-de-investimento-anjo-em-startups-ultrapassa-a-barreira-de-r-1-bilhao-em-2019-expectativa-para-2020-e-de-recuo>. Acesso em: 23 fev. 2021.

ARRUDA, Carlos; NOGUEIRA, Vanessa. Causas da mortalidade das *startups* brasileiras: como aumentar as chances de sobrevivência no mercado. *DOM – Fundação Dom Cabral*, Nova Lima, v. 9, n. 25, p. 26-33, nov./fev. 2014/2015. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/artigo-29767>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BAPTISTA LUZ ADVOGADOS. *Apresentação: direito e startups* (módulo 3). 18 out. 2017. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/apresentacao-direito-e-startups-modulo-3/>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Capital empreendedor*. Relator: José Humberto. Consultores legislativos: Marcos Pineschi Teixeira e Marcelo Sobreiro Maciel. Brasília: Edições Câmara, 2014. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/acamara/estruturaadm/altosestudos/pdf/capital_empreendedor%20-3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

COELHO, G. T.; GARRIDO, L. G. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JUDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (orgs.). *Direito das startups*. São Paulo: Juruá, 2016.

DEALROOM; SIFTED. *What does it take? Europe's startup ecosystem navigating the Covid-19 crisis*. Disponível em: <https://dealroom.co/uploaded/2020/06/Launch-report-European-Startups-DRAFT.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

DOWNES, Larry. *The Laws of Disruption: Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*. New York: Basic Books, 2009.

FARIA, J. E.; WARAT, L. A. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988

FEIGESLSON, Bruno *et al.* *Direito das startups*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GEORGE, C.; TOWNSHEND, P. N. Trends in Convertible Note Financing for Biotechs. *BioPharm International*, v. 21, n. 4, p. 42, Apr. 2008.

KLONOWSKI, Darek. *The Venture capital deformation: value destruction throughout the investment process*. Manitoba: Palgrave Macmillian, 2018, p.8.

LANDSTRÖM, Hans. RIDING, Allan.; MADRILL, Judith, HAINES, George. Venture Capital as a Research Field. In: LANDSTRÖM, Hans (ed.). *Handbook of Venture Capital*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2007. p. 3-154.

LUZ, Luis Felipe Baptista; RAMOS, Pedro Henrique Ramos. *O perfil das aceleradoras brasileiras*. 2014. Disponível em: <https://www.slideshare.net/startupbr/o-perfil-das-aceleradoras-brasileiras-baptista-luz-advogados>. Acesso em: 26 nov. 2018.

MAYFIELD, William. *Angels, Syndicates and Venture Capital*. Saarbrücken: Lap Lambert Academic Publishing, 2016.

MCKASKILL, T. *An Introduction to Angel Investing: A Guide to Investing in Early Stage Entrepreneurial Ventures*. Australia, June 2009. Disponível em: https://www.angelcapitalassociation.org/data/Documents/Resources/McKaskill_Intro_to_Angel_Investing.pdf?rev=CF33. Acesso em: 26 nov. 2018.

PROWSE, S. Angel investors and the market for angel investments. *Journal of Banking and Finance*, v. 22, n. 6-8, p. 785-792, Aug. 1998.

RAMOS, Pedro H. *Guia de seed funding: como receber os primeiros investimentos de sua startup*. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/artigos/guia-de-seed-funding-como-receber-os-primeiros-investimentos-de-sua-startup/>. Acesso em: 26 nov. 2018.

RIDING, Allan; MADRILL, Judith; HAINES, George. Investment Decision Making by Business Angels. In: LANDSTRÖM, Hans (Ed.). *Handbook of Venture Capital*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. p. 232-346.

RIES, E. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Leya, 2012. Edição do Kindle.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 329, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24005/22760>. Aceso em: 15 dez. 2018.

SÖDERBLOM, A. *The Current State of the Venture Capital Industry in Relation to Other Financing Sources for Startup Firms*. Disponível em: http://eng.entreprenorskapsforum.se/wp-content/uploads/2012/02/Rapport_Current-state-of-the-venture_webb.pdf. Acesso em: 26 nov. 2018.

SPINA, C. A. *Investidor-anjo: como conseguir investidores para seu negócio*. São Paulo: Nversos, 2011. (E-book).

SILVA, Alexandre Pacheco da. *Venture capital à brasileira: adaptações e limitações ao financiamento de startups*. 2019. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, SP.

SILVA FILHO, Emanuel Lima da. *Os riscos do investidor-anjo nos contratos conversíveis de investimento em startups*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019.

UKTECH. *The “angels” of UK tech: 9 most active investors of 2020*. 01 dez. 2020. Disponível em: <https://www.uktech.news/featured/active-angel-investors-of-uk-tech-20201201>. Acesso em: 04 mar. 2021.

VRIES, Harm F.; VAN LOON, Menno J.; MOL, Sjoerd. *Venture Capital Deal Terms: A Guide to Negotiating and Structuring Venture Capital Transactions*. Des Plaines: HMS Media Vof, 2016, Kindle Edition.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 5

Gabriela Blanchet brinda a comunidade jurídica brasileira com uma versão sumarizada de sua dissertação, defendida com brilhantismo em banca do Mestrado Profissional da FGV Direito SP, que tive a honra de orientar. Ela examina, sob a perspectiva negocial, a cláusula conhecida como “*shotgun*”, usualmente adotada, em situações de impasse, como mecanismo para encerrar relações societárias conflituosas.

Como muitas importações advindas de outras culturas negociais, a cláusula “*shotgun*” foi objeto de um “choque de acomodação”, um momento de exercício de apreensão cognitiva de uma intrincada estrutura contratual que escapava aos modelos tradicionais de nossa praxe. Sua feição hoje, pode-se afirmar, já nos é bastante conhecida. Em uma conformação comum, trata-se de cláusula que prevê a outorga de direitos potestativos recíprocos, sequencialmente geradores, modificativos e extintivos. Exercida a faculdade (normalmente ante uma condição suspensiva, que é o impasse), cria-se nova relação jurídica, autônoma, de alienação de participação societária. Nesse momento, a parte notificada realiza a escolha sobre a posição jurídica pretende ocupar, de adquirente ou de alienante. Feita a escolha, observando-se o preço e a forma de pagamento previstos na cláusula, consuma-se o negócio jurídico de alienação, encerrando a relação societária pré-existente.

O trabalho de Gabriela vai além do imprescindível, porém frio exercício de qualificação jurídica. Ela desvela aspectos úteis e funcionais para o operador que irá desenhar a cláusula, sugerindo reflexões sobre circunstâncias relevantes (i.e. assimetrias) e modos de tratar sua existência e impacto. Apresenta, também, a racionalidade aplicada da cláusula e os limites funcionais de sua aplicação, no plano da eficácia. Ganhamos, assim, todos nós, ao recebermos esse potente e sobremaneira útil produto intelectual, de fácil e direta comunicação, e de singeleza que somente mentes sofisticadas são capazes de criar.

Lie Uema do Carmo

5

A CLÁUSULA *SHOTGUN* EM ACORDOS DE SÓCIOS

Gabriela Alves Mendes Blanchet

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo central analisar um dos principais mecanismos contratuais para a resolução de impasses societários, qual seja, a cláusula *shotgun*, que é a cláusula contratual que estabelece uma opção recíproca de compra ou venda forçada com inversão do poder decisório sobre a compra ou venda da participação societária. Para tanto, buscou-se identificar as suas vantagens e desvantagens, sua utilidade nos acordos de sócios e os limites para a sua utilização, levando-se em consideração o regime jurídico aplicável.

Importante ressaltar que, no decorrer deste artigo, optamos por nos referir ao acordo de sócios de forma geral e ampla, com o intuito de englobar também os acordos de acionistas das sociedades por ações, assim como acordos entre sócios de outros tipos societários, não se limitando às sociedades empresárias de responsabilidade limitada. Essa ressalva é relevante, uma vez que não há no Direito Brasileiro qualquer vedação à utilização da cláusula *shotgun* como mecanismo para solução de disputas societárias em acordos parassociais de sociedades diversas.

O escopo do presente artigo limita-se à discussão sobre o conceito, características, racionalidade, vantagens e desvantagens relacionadas ao exercício

da cláusula *shotgun*, especificamente quando inserida em acordo de sócios. Por essa razão, o intenção não é debater sobre: (i) contratos *shotgun* (*buy-sell agreements*), consistentes em contratos de compra e venda forçada, que preveem a venda da parte societária de um dos sócios, já com preço e condições do negócio pré-acordadas para casos específicos de morte ou incapacidade permanente de um dos sócios; (ii) análise de probabilidade de prevalência de uma parte sobre a outra, dependendo das diversas assimetrias e forças envolvidas na negociação da cláusula ou no seu exercício, e (iii) estudos relativos a cálculos e fórmulas matemáticas relacionadas à aplicação da cláusula.

A pesquisa realizada para o presente trabalho, no que tange à sua finalidade, é do tipo aplicada, uma vez que se procurou produzir conhecimento voltado à prática societária, com recomendações objetivas e que podem ser úteis ao operador do direito e às partes envolvidas na disputa societária. Do ponto de vista do seu objetivo, a pesquisa teve um caráter exploratório, ao contribuir para o estudo científico do tema, a partir da compilação, consolidação e análise de artigos, doutrina, jurisprudência nacional e internacional, documentos e informações. Em relação aos procedimentos, a pesquisa foi realizada com base em levantamento bibliográfico e não bibliográfico de estudos jurídicos e extrajurídicos, que foram posteriormente analisados.

Para a abordagem do tema, realizamos revisão bibliográfica, mediante análise do repertório teórico-internacional – o qual, no contexto atual, encontra-se mais avançado nos estudos e pesquisas sobre o tema, ainda que não se tenha identificado uma base doutrinária e jurisprudencial já consolidada. Adicionalmente, buscamos identificar, também mediante revisão bibliográfica, a base teórica e jurisprudencial nacional sobre o tema – mas, infelizmente, o repertório teórico e jurisprudencial mostrou-se bastante escasso.

Tendo em vista a escassez de repertório teórico e jurisprudencial pátrio sobre o tema, conforme acima mencionado, resta demonstrado que, no Brasil, a maior parte das discussões societárias sequer chega ao Poder Judiciário. Muito provavelmente são objeto de procedimentos arbitrais que têm caráter sigiloso, ou são resolvidas via outra forma alternativa de resolução de conflitos societários, tais quais: mediação ou conciliação, o que dificulta o acesso ao material relacionado ao referido tema.

Na parte introdutória do presente artigo, falaremos sobre a utilização da cláusula *shotgun* em acordo de sócios assim como o seu contexto atual e dificuldades enfrentadas.

Na segunda parte, trataremos do conceito, das características da cláusula *shotgun*, da sua racionalidade e limites, incluindo as respectivas assimetrias e procedimentos prévios para a negociação da inserção da cláusula *shotgun* em

acordo de sócios, com o objetivo de mitigar tais assimetrias entre as partes envolvidas na disputa societária.

Na terceira parte, trataremos de outros mecanismos contratuais para a resolução de disputas societárias que possuem similaridade à cláusula *shotgun*, objeto do presente estudo.

Na quarta e última parte do presente artigo apresentaremos as nossas considerações finais com relação ao tema em tela.

1.1 A utilização da cláusula *shotgun* em acordo de sócios

Um dos acontecimentos mais comuns em um contexto de disputa societária é a utilização de ferramentas, já predeterminadas, que tenham como finalidade solucionar um impasse (*deadlock*) entre sócios de uma sociedade empresarial.

Não raro, esses impasses podem comprometer a própria continuidade dos negócios e atividades sociais e, no limite, acarretar a dissolução total ou parcial da sociedade, o que, normalmente, é precedido de longas disputas judiciais, ou procedimentos arbitrais, com os custos inerentes a esse tipo de disputa: advogados, avaliadores, peritos, testemunhas, taxas, custas processuais, dentre outros.

Outrossim, tais situações podem e normalmente levam à uma perda de foco nos negócios sociais, por parte dos sócios, administradores e empregados, muitas vezes acarretando prejuízos e comprometendo a continuidade dos negócios.

Com a intenção de buscar meios para a solução destes conflitos, a prática societária lança mão de diversos recursos, dentre eles as consideradas *deadlock provisions*, que são mecanismos contratuais que funcionam como formas alternativas para a solução de impasses societários. Tais mecanismos são transcritos como cláusulas contratuais em acordos societários.

Dentre as *deadlock provisions* se destacam as cláusulas de opção recíproca de compra ou venda forçada com inversão do poder decisório sobre a compra ou venda da participação societária, também denominada “cláusula *shotgun*”, *Russian Roulette* ou *buy-sell clause*, cuja função primordial é a de solucionar disputas societárias sem que os sócios precisem recorrer ao Poder Judiciário ou mesmo a tribunais arbitrais.

1.2 Contexto atual e dificuldades enfrentadas

Consiste a cláusula *shotgun* em mecanismo contratual comumente utilizado para solução de disputas societárias, cuja redação clássica prevê que, dada a ocorrência de um impasse societário intransponível, um dos sócios apresenta ao outro uma oferta para comprar ou vender a sua participação societária

(Sócio Ofertante), sendo que o sócio que recebe a oferta (Sócio Ofertado) decidirá se comprará a parte do Sócio Ofertante ou se venderá a sua parte societária ao Sócio Ofertado pelo preço e condições da oferta.

Importada do direito anglo-saxão, a utilização da cláusula *shotgun* tem sido crescente no Brasil, mormente em acordos de sócios de sociedades empresárias limitadas e sociedades anônimas de capital fechado, com controle compartilhado ou que prevejam que determinadas matérias dependam, para a sua aprovação, do prévio consentimento de um ou mais sócios.

Não há no direito brasileiro, qualquer vedação para que a cláusula *shotgun* seja reproduzida em acordos de sócios, inclusive no âmbito das sociedades empresárias limitadas, prática esta que tem se tornado cada vez mais corriqueira nas operações societárias, apresentando as mais diversas redações e ritos de aplicação.

Porém, pouco se tem debatido ou escrito sobre tal cláusula em repertório teórico e jurisprudencial pátrios.

Neste cenário, afigura-se a complexidade da solução de conflitos societários, especialmente quando as partes detentoras do controle societário compartilhado não são capazes de estabelecer acordo sobre determinado impasse societário que possa vir a prejudicar o regular andamento dos negócios sociais em momento futuro.

Note que, ao falarmos em “controle compartilhado”, não estamos nos referindo apenas às sociedades cuja participação no capital social votante seja dividida em 50%-50%, uma vez que o “controle compartilhado” de uma determinada sociedade pode se dar também por acordos de voto que assegurem a um dos sócios, mesmo detentor de participação societária minoritária, o direito de veto sobre determinadas matérias relevantes, essenciais para o direcionamento e regular funcionamento da sociedade.

Ainda que as disputas societárias possam surgir em qualquer tipo de sociedade que não tenha um controlador definido, os impasses, *deadlocks* societários, surgem mais naturalmente e são mais comuns em sociedades que possuem controle societário compartilhado. Nesse cenário, a cláusula *shotgun* e demais mecanismos contratuais similares para a resolução de conflitos societários desempenham um papel fundamental.

A utilidade desse tipo de cláusula torna-se ainda mais relevante quando se verifica que, no Brasil, a maior parte das sociedades é constituída sob a forma societária de sociedade empresária limitada, em sua maioria compostas por sócios que detém cada um 50% (cinquenta por cento) das quotas sociais, ou seja, sociedades com controle societário compartilhado entre sócios.¹

¹ Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/radiografia_das_ltdas_v5.pdf. Acesso em: 11 ago. 2017.

2. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ASSIMETRIAS E LIMITES DA CLÁUSULA *SHOTGUN*

Nesta seção do artigo, trataremos da definição e características das cláusulas *shotgun*, assim como dos efeitos que decorrem do seu exercício por um dos sócios envolvidos em um impasse societário intransponível.

2.1 Conceito e características da cláusula *shotgun*

A cláusula de *shotgun* pode ser definida como opção recíproca de compra ou venda forçada com inversão do poder decisório sobre a compra ou venda de participação societária.

Qualquer dos sócios poderá executar a cláusula *shotgun* e efetuar uma oferta de compra ou venda forçada com inversão do poder decisório sobre a compra ou venda da participação societária, desde que ocorridas determinadas circunstâncias descritas no acordo de sócios, que caracterizem um impasse societário intransponível que, se não resolvido, afetará o regular funcionamento da sociedade.

Em sua redação clássica, a cláusula *shotgun* dispõe que um dos sócios faz uma oferta para a venda ou compra da sua participação societária (Sócio Ofertante) ao outro sócio (Sócio Ofertado), cabendo ao Sócio Ofertado a decisão sobre comprar a participação societária do Sócio Ofertante ou vender a sua participação pelo valor e condições estipulados na oferta. No silêncio do Sócio Ofertado, prevalecerá a oferta do Sócio Ofertante, que será vinculante para o Sócio Ofertado.

De qualquer forma, um dos sócios será necessariamente obrigado a comprar e o outro será obrigado a vender a sua participação societária, e a decisão sobre a compra ou a venda restará nas mãos do Sócio Ofertado, e não do Sócio Ofertante, razão pela qual optamos por utilizar a denominação “cláusula de opção recíproca de compra ou venda forçada com inversão do poder decisório sobre a compra ou venda da participação societária”, ou cláusula *shotgun*.

Note-se que, não obstante eventuais discussões sobre o conteúdo da primeira notificação do Sócio Ofertante, se de venda ou de compra, o resultado final será sempre próximo ao descrito no parágrafo acima, ou seja, sempre haverá uma compra e venda forçada de participação societária, cabendo a decisão sobre a compra ou venda ao Sócio Ofertado, atribuindo-se à cláusula uma característica de imprevisibilidade.

Nesse sentido, a parte que exercer a cláusula não tem certeza se será comprada ou se terá que comprar as quotas ou ações da parte que recebeu a

notificação de venda ou compra pelo preço acordado. Essa escolha caberá à parte que receber a notificação do exercício da cláusula *shotgun*, o que gera certa imprevisibilidade com relação ao desfecho da cláusula que, em situações nas quais a relação entre os sócios se dá de forma simétrica, impõe à parte ofertante a precaução de fixar preço em condições equitativas.

Jacques A. Schnabel ressalta a possibilidade da primeira oferta ser de venda ou de compra, sem, contudo, afastar o poder decisório do Sócio Ofertado:

Existe uma outra variante da cláusula *shotgun*, que tem sido discutida em ambos os sites de *business advisory* da empresa de auditoria e consultoria KPMG, e, no site do *The Canadian Business Financing Handbook* (1993) publicado pelo Instituto Canadense de Contadores Certificados, mas não abordado neste *paper*. Esta variação da cláusula estipula que o Sócio Ofertante atribua o valor para adquirir a participação societária do Sócio Ofertado na oferta. A rejeição da oferta pelo Sócio Ofertado desencadeia a obrigatoriedade do Sócio Ofertante de vender a sua participação societária pelo mesmo preço estipulado na oferta. Assim, ao invés da primeira oferta estipular o valor para a venda, ela define o valor para a compra da participação societária do Sócio Ofertado. (tradução nossa)²

No mesmo sentido é o magistério de Roberta Nioac Prado e Angela Rita Franco Donaggio, que assim definem a cláusula *shotgun*:

[...] em determinadas situações de impasse, o acordo pode prever um tipo de cláusula cuja estipulação se dará no sentido de que, um acionista oferecerá suas ações ao outro, por determinado preço, e o outro terá a opção de compra-las ou de vende-las ao ofertante, por esse mesmo preço. Tal cláusula é denominada *shotgun*.³

² "There is a variant of the *shotgun* clause, which is discussed in both the business advisory web site of the accounting and consulting firm KPMG (KPMG (Business Advisory Services), n.d.) and the *Canadian Business Financing Handbook* (1993) published by the Canadian Institute of Chartered Accountants but not broached in this paper. This variation of the clause stipulates that the offeror's initial offer is to buy out the offeree's interest in business at the offer price. The offeree's rejection of this offer then triggers the reciprocal requirement that the offeror sell his interest in the business to the offeree and that the offeree buy out the offeror's interest at the same offer price. Thus, instead of the initial offer being defined as one to sell, it is defined as one to buy." SCHNABEL, Jacques A. *The Shotgun Clause*. School of Business and Economics, Wilfrid Laurier University, Waterloo, Canada, 2008.

³ PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Angela Rita Franco. *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2013, página 51.

Claudia Landeo e Kathryn Spier, em extenso artigo sobre o tema, reforçam essa característica ínsita às cláusulas *shotgun*, consistente na segregação entre o poder de definir o preço e demais condições da oferta e o poder de decidir sobre quem efetivamente comprará ou venderá sua participação societária, nas condições estipuladas pelo Sócio Ofertante: A cláusula *shotgun* pressupõe que um sócio defina o preço de compra ou venda na oferta, e, o outro sócio é obrigado a ou comprar ou vender a participação societária no valor definido na oferta. (tradução nossa)⁴

Como mencionado anteriormente, é, portanto, característica típica das cláusulas *shotgun* ter-se, de um lado, o Sócio Ofertante, ou seja, aquele sócio que faz uma oferta para a venda da sua participação societária ou para a compra da participação societária do outro sócio, definindo o preço e demais condições da operação de compra e venda, e, de outro, o Sócio Ofertado, que recebeu a oferta de venda ou compra, a quem caberá a decisão final e vinculante sobre comprar ou vender sua participação societária pelo preço e demais condições contidas na oferta recebida.

Justamente pelas características intrínsecas à cláusula *shotgun*, possui ela papel fundamental como mecanismo de solução de impasses societários (*deadlocks*) e redutora de custos de transação. Isso porque, além de viabilizar a assinatura de acordos de sócios, em relação aos quais as partes tenham receio de impasses futuros que possam colocar em risco a existência da própria sociedade, pode permitir uma solução do impasse de forma mais célere e eficiente, na medida em que reduz a possibilidade de as partes terem que recorrer ao Poder Judiciário ou a um procedimento arbitral, com o dispêndio de tempo e custos elevados inerentes a essas soluções.

A cláusula *shotgun* pode ser redigida de diversas formas e com diversas nuances no acordo entre os sócios. Embora traga inúmeras vantagens, algumas delas citadas acima, sua utilização como mecanismo de solução de impasses societários pode também ensejar desvantagens associadas a movimentos oportunistas e com abuso de poder, que devem ser analisadas antes de sua utilização.

Nesse sentido, discurremos na sequência acerca de tais movimentos oportunistas, incluindo as assimetrias que acarretam a desigualdade da relação contratual/societária entre as partes.

⁴ “Under a *shotgun* provision, one owner names a single buy-sell price and the other owner is compelled to either buy or sell shares at that named price.” In: LANDEO, Claudia M.; SPIER, Kathryn E. *Shotguns and Deadlocks*. *Yale Journal on Regulation*, forthcoming, 2013.

2.2 Assimetrias

Em condições ideais, a assinatura de um contrato pressupõe que as partes estejam em posições de igualdade, ou que as obrigações decorrentes desse contrato respeitem um certo equilíbrio após a negociação dos seus termos e condições, do contrário, a parte em desvantagem não assinaria o contrato, dando o seu próprio consentimento ao instrumento contratual.

Porém, na prática, nem sempre este equilíbrio está presente nas negociações ou mesmo no exercício dos direitos e obrigações regulados nos contratos.

A doutrina estrangeira⁵ elencou uma série de situações nas quais o exercício da cláusula *shotgun* pode gerar os efeitos de desequilíbrio ou desbalançamento entre as partes, anteriormente mencionados, dentre os quais destacam-se as principais possíveis assimetrias entre os sócios quando da negociação para a inclusão da cláusula *shotgun* em acordo de sócios.

Abaixo trataremos das hipóteses de assimetria, que denotam desequilíbrio na relação contratual entre os sócios, capazes de gerar oportunismos e abuso de direito por um sócio em detrimento dos demais quando do exercício da cláusula *shotgun* em decorrência de um impasse societário.

2.2.1 Assimetria de Informação

Existe assimetria de informações quando um sócio detém mais informações do que o outro e está em melhor condição para tomar uma decisão, seja para fazer a proposta, seja para aceitar ou não uma proposta que lhe tenha sido feita.

No caso de haver um impasse societário capaz de desengatar a execução da cláusula *shotgun*, um sócio que esteja presente no dia a dia da sociedade, ocupando posição de sócio administrador, por exemplo, participando ativamente dos negócios da sociedade, tem muito mais vantagem informacional do que o sócio que atua apenas como um investidor, injetando capital na sociedade.

É, portanto, fundamental que se leve em consideração este fator quando diante da possibilidade de se inserir a cláusula *shotgun* nos contratos ou de executá-la.

2.2.2 Assimetria de poder econômico

Caso um dos sócios seja financeiramente mais forte que o outro, a existência da cláusula *shotgun* em acordo de sócios pode dar margem a um potencial abuso

⁵ LANDEO, C. M; SPIER, K. E. Shotguns and Deadlocks. *Yale Journal on Regulation*, forthcoming.

da parte mais forte que poderá forçar a saída da outra parte, determinando um preço para as quotas da sociedade que sabe, a outra parte não terá condições de pagar ou de buscar fontes de financiamento que lhe assegurem o livre exercício do direito de optar por comprar ou vender.

É evidente, nesse contexto, que uma das características da cláusula, que é exatamente a segregação entre a definição do preço e demais condições da oferta e o poder decisório sobre comprar ou vender, não estará mais presente, na medida em que a parte que recebeu a oferta não terá outra alternativa senão a de aceitá-la, uma vez que não terá, em termos pragmáticos, como adotar conduta diversa, por absoluta incapacidade financeira.

2.2.3 Assimetria de capacidade técnica

A falta de capacidade técnica/operacional, *know-how*, pela parte que permanecerá no negócio também poderá ser uma desvantagem quando do exercício da cláusula *shotgun* negociada em acordo de sócios.

A ausência de conhecimento da operação, do negócio e de relacionamento com clientes da sociedade pode gerar consequências desastrosas, afetando diretamente a continuidade do negócio e, conseqüentemente, o sócio remanescente.

Sendo esse o caso, questiona-se se a inclusão da cláusula *shotgun* no acordo de sócios seria o melhor mecanismo contratual. Mesmo que o seja, seria imprescindível associar à cláusula outros mecanismos que assegurem que a parte remanescente tenha condições de capturar ou reter o conhecimento técnico na sociedade, tais como as cláusulas de retenção ou *lock up* do sócio detentor da *expertise*.

Outras possibilidades poderiam ser aventadas, caso a caso, inclusive a utilização de opções de venda por parte do sócio não detentor do conhecimento técnico. De qualquer maneira, a assimetria de conhecimento técnico é fator relevante a ser considerado quando da negociação da cláusula *shotgun* no acordo de sócios.

2.2.4 Assimetria de interesses

A previsão de cláusula *shotgun* em acordo de sócios em situações nas quais um dos sócios não tenha interesse em sair do negócio, como comumente ocorre nos casos de empresas familiares, em que o fundador não tenha interesse em vender sua participação, pode não fazer sentido, mesmo que esse fundador não esteja em situação de desvantagem em relação à capacidade financeira do outro sócio (sócio investidor, por exemplo), hipótese na qual poderia ocorrer a venda contra sua vontade ou pagar preço acima do que seria razoável.

2.3 Procedimentos prévios de negociação capazes de afastar possíveis assimetrias entre sócios

Diante dos riscos de ensejar oportunismo por parte de um dos sócios, conforme exposto acima, é importante que a cláusula *shotgun* somente seja inserida nos acordos de sócios, mediante criteriosa análise dos riscos associados à sua aplicação para cada sócio, individualmente considerado.

Nos casos em que fizer sentido a sua inserção no acordo de sócios, algumas medidas devem ser consideradas na elaboração da cláusula *shotgun*, dentre as quais pode-se citar as que seguem, que não necessariamente devem ser utilizadas em sua totalidade:

2.3.1 *Lock up Period* relacionado à cláusula *shotgun*

Ao se inserir a cláusula *shotgun* em acordo de sócios, pode-se definir um “*Lock Up Period*” como sendo um período durante o qual a cláusula *shotgun* não poderá ser exercida por qualquer dos sócios, para evitar que, ao primeiro desentendimento, tão logo a sociedade seja formada, a cláusula *shotgun* já seja exercida desencadeando a saída de um dos sócios da sociedade.

Durante o período de *Lock Up*, o ideal seria estipular outros mecanismos de solução de impasse, como o adiamento das decisões, o escalonamento da discussão para níveis hierárquicos superiores, a mediação, a conciliação ou até mesmo a arbitragem.

2.3.2 Garantia do acesso à informação

Em um mundo ideal, todos os sócios, notadamente de uma sociedade empresária limitada ou sociedade anônima de capital fechado, deveriam ter o mesmo acesso a todas as informações da empresa, independentemente de o sócio estar presente ou não no dia a dia dos negócios.

Em um cenário como este, é evidente que qualquer uma das partes teria condições de exercer a cláusula *shotgun*, formulando oferta de venda ou compra, com base no mesmo nível de conhecimento do negócio, o que asseguraria, pelo menos no que diz respeito ao tópico informações, condições equitativas de exercício da cláusula. Ao contrário, caso uma das partes não detenha o mesmo nível de informação e conhecimento do negócio, terá menos possibilidade de formular oferta justa ou de avaliar eventual oferta recebida.

É importante, nesse sentido, que se garanta a todos os sócios o mesmo nível de conhecimento do negócio, ou, não sendo isso possível, que se estipule

que cabe ao sócio detentor das informações definir o valor da oferta quando do exercício da cláusula *shotgun*. O objetivo consiste em garantir que a oferta de compra ou venda da participação societária para a outra parte seja feita por quem tem maior conhecimento e mais informações sobre a empresa. Como esta parte, ao formular a oferta, não saberia se teria sua participação societária comprada ou se teria que adquirir a participação da outra parte, aumentar-se-ia as chances da oferta se dar por preço mais justo e equânime.

Nesse sentido, Claudia M. Landeo e Kathryn E. Spiers tratam, em artigo escrito para o *Yale Journal on Regulation*, de pesquisa empírica que conduziram nos Estados Unidos da América, na qual constataram que, quando a primeira oferta de compra ou venda no exercício da cláusula *shotgun* é realizada pelo sócio que detém a maior parte da informação sobre o valor do negócio, os resultados são mais equânimes, conforme segue:

O nosso experimento simulou um impasse societário em uma sociedade com dois sócios na qual apenas um dos sócios sabia o verdadeiro valor dos ativos do negócio. Dois tratamentos diferentes foram considerados. No primeiro tratamento, o sócio mais bem informado foi obrigado a fazer a oferta de compra ou venda, no segundo tratamento, o sócio menos informado foi obrigado a fazer a oferta de compra ou venda. Os nossos achados com estes experimentos dão suporte aos seguintes argumentos: (i) resultados não equânimes ocorreram quando o sócio menos informado fez a oferta de compra ou venda. Especificamente, quando o sócio mais bem informado foi obrigado a fazer a oferta de compra ou venda, ele verdadeiramente revelou a sua informação privada ao sócio menos informado. Como é do nosso melhor conhecimento, este experimento foi o primeiro estudo de mecanismos de *shotgun* mandatórios no qual uma parte sabia o valor dos ativos da sociedade e a outra não sabia. (tradução nossa)⁶

Cumpre-nos salientar que tal pesquisa empírica foi conduzida nos Estados Unidos da América, e, até a presente data, não temos conhecimento de nenhuma

⁶ Original: “Our experimental design simulated a deadlock business venture with two owners where only one of the two owners knew the true value of the business assets. Two different treatments were considered. In the first treatment, the better-informed owner was compelled to make buy-sell offer, in the second treatment, the less-informed owner was compelled to make the buy-sell offer. Our experimental findings support our arguments: (1) Inequitable outcomes arose when the less informed owner made the buy-sell offer. Specifically, when obligated to make a buy-sell offer the better-informed owner truthfully revealed his private information to the less-informed owner. To the best of our knowledge, ours is the first experimental study of mandatory Shotgun mechanisms where one party knows the value of the assets while the other does not” (LANDEO, Claudia M.; SPIER, Kathryn E. Shotguns and Deadlocks, *Yale Journal on Regulation*, forthcoming, 2013).

pesquisa semelhante ter sido realizada no Brasil. Adicionalmente, entendemos que, se conduzida aqui no Brasil, fatores como cultura, educação, conhecimento da legislação etc., das pessoas envolvidas com certeza influenciariam no resultado da pesquisa, a qual poderia vir a ter um viés diferente do resultante da pesquisa norte-americana.

2.3.3 Garantia do tempo para buscar financiamento

Como visto no item 2.3.2, a assimetria de poder econômico é fator que pode descaracterizar a cláusula *shotgun* e gerar abusos ou atitudes oportunistas por parte do sócio economicamente mais forte. Em se constatando esta assimetria, não há como se alterar a condição econômica do sócio menos favorecido, mas é possível e desejável que se assegurem a ele condições de buscar fontes de financiamento que lhe assegurem a capacidade de decidir entre comprar ou vender, seja mediante a contratação de empréstimos, busca de investidores ou de quaisquer outras formas.

Não foi outro o entendimento de Richard Brooks, Claudia Landeo e Kathryn Spiers, ao apontarem a situação de desigualdade de capacidade financeira entre sócios, como fator a exigir parcimônia na adoção da cláusula *Texas Shootout*, e o estabelecimento de prazo razoável para que a outra parte possa buscar algum tipo de financiamento para que o equilíbrio financeiro possa ser restabelecido:

[...] Cláusulas *Texas Shootout* devem ser adotadas com cautela quando os sócios não tenham igual capacidade financeira. De fato, problemas de liquidez enfrentados por um dos sócios podem criar uma vantagem para que o outro sócio adquira os ativos a um preço predatório. Quando um dos sócios tem uma capacidade financeira superior há uma desvantagem negocial para o outro sócio, e, não é incomum que o outro sócio em desvantagem alegue a sua exclusão de forma imprópria ou forçada. As Cortes estão atentas a estas questões, tratando as ofertas de compra ou venda como sendo presumidamente justas e permitindo que as obrigações fiduciárias, ainda que imperfeitas, limitem a compra ou venda predatória. (tradução nossa)⁷

⁷ “[...] *Texas Shootout clauses should be adopted with caution when owners do not have equal financial capabilities. Indeed, liquidity constraints faced by one partner can create an advantage for the other partner to acquire the assets at a predatory price. When one partner’s superior financial capacity creates a bargaining disadvantage for the other partner, it is not uncommon for the disadvantaged partner to claim improper exclusion or foreclosure. Courts are attentive to these complaints, treating buy-sell offers as only presumptively fair and allowing background fiduciary obligations to limit, though imperfectly, predatory buyouts. Shareholders agreements that give sufficient time to respond to a buy-sell offer and arrange finance and administrative matters*”

Atualmente, existem fundos de *private equity* constituídos com o objetivo específico de prover fundos e financiamento para sócios que recebem uma oferta de compra ou venda de participação societária decorrente do exercício de uma cláusula *shotgun* em acordo de sócios, como é o caso, por exemplo, da empresa *Shotgun Fund*, sediada em Toronto, no Canadá.⁸

Tais fundos são especializados em assessorar financeiramente sócios que se encontram em um impasse societário e estejam em uma posição de desvantagem financeira em relação ao outro sócio.

2.3.4 Tratamento relacionado às eventuais garantias da sociedade

Uma medida importante quando da negociação da inclusão da cláusula *shotgun* em acordo de sócios é a definição de qual tratamento será conferido a eventuais garantias que tenham sido prestadas pelo sócio em período anterior ao exercício da cláusula *shotgun*.

Considerando que a cláusula *shotgun* é um mecanismo de solução de impasse societário que implica automaticamente na saída de um dos sócios da sociedade, o ideal seria que houvesse um tratamento estipulado no acordo de sócios para tais situações, já que, na maioria das vezes, a saída de um dos sócios implica na renúncia deste às garantias e avais conferidos a empréstimos recebidos pela sociedade, bem como no vencimento antecipado das dívidas contraídas por esse sócio quando ainda fazia parte da sociedade.

A negociação prévia em acordo de sócios, com relação à substituição das garantias, avais, bem como a assunção da dívida pelo sócio remanescente junto aos credores da sociedade, pode minimizar os riscos de a cláusula ser aplicada por abuso de poder. Caso essa primeira opção não seja possível, ou afete a sociedade de forma negativa, outra possibilidade consiste no oferecimento, pelo sócio remanescente, comprador da parte societária em decorrência do exercício da cláusula *shotgun*, de contragarantia ao sócio que deixou o quadro societário.

2.3.5 Tratamento relacionado às eventuais contingências

Outra medida importante quando da negociação da inclusão da cláusula *shotgun* em acordo de sócios consiste na definição do tratamento a atribuído em relação

might be recommended" (BROOKS, Richard R. W.; LANDEO, Claudia M.; SPIER, Kathryn E. Trigger Happy or Gun Shy? Dissolving Common-value Partnerships with Texas Shootouts. *Harvard Law School Discussion Paper* n. 632, v. 3, 2009).

⁸ Disponível em: <http://www.shotgunfund.com/index.html>. Acesso em: 9 jan. 2018.

a eventuais contingências da sociedade, inclusive aquelas que possam surgir após a saída de um dos sócios da sociedade, mas que sejam relacionadas ao período no qual o sócio que se desligou ainda fazia parte do quadro societário da sociedade.

O ideal seria que houvesse uma negociação prévia no próprio acordo de sócios já prevendo as responsabilidades por eventuais contingências do passado surgidas após o exercício da cláusula *shotgun*, com o consequente desligamento de um dos sócios.

2.3.6 Contratação de um avaliador externo

Em determinadas situações, ao negociarem a inclusão de uma cláusula *shotgun* em um acordo, os sócios preferem que o preço a ser pago por uma parte a outra seja definido por um avaliador externo, e, portanto, independente, o que trará mais conforto para ambos os lados (comprador e vendedor), apesar de ser um procedimento mais custoso.

Como bem constatado por Kathryn Spier e Claudia Landeo, a contratação de um avaliador externo pode conferir a segurança de que a determinação do preço será realizada de forma independente e por quem já detém um conhecimento mais especializado para este trabalho, porém, tal contratação também pode ser problemática, conforme mencionam as autoras conforme segue:

Os acordos de negócios podem conferir ao sócio que recebeu a notificação do *deadlock* a opção de comprar do outro sócio ou vender para o outro sócio a um preço definido por um avaliador extern⁹ Todavia, o uso de avaliadores externos para determinar o valor de mercado de uma empresa também pode ser problemático. Em primeiro lugar, os avaliadores externos podem ser bem caros especialmente se a avaliação dos ativos requerer um conhecimento mais especializado do negócio. Segundo, as partes contratantes podem discordar com relação a escolha do avaliador extern⁹ Por fim, e muito importante, os avaliadores podem estar em desvantagem informacional em comparação aos sócios ao determinar um valor de mercado para a empresa. Em sociedades fechadas, muito do valor do negócio está intimamente ligado à expertise dos sócios, e, os mercados para tais sociedades são geralmente pequenos ou inexistentes. Assim, em muitas situações, os próprios sócios é que estão na melhor posição para determinar o valor da sua empresa. (tradução nossa)⁹

⁹ Original: “*Business agreements might give deadlocked owners the option to buy the stakes of other owners, or sell their own stakes to the other owners, at a price that is set by an external appraiser. Using external appraisers to determine market value may be problematic as well. First appraisals*

Portanto, as partes deverão avaliar a necessidade de contratar avaliador externo em cada caso concreto, visto que, apesar de a avaliação externa potencializar solução de disputa societária, pode gerar ineficiências, como maior custo de transação e atrasos no procedimento para o exercício da cláusula.

Ao decidir pela contratação de avaliador externo para definir o valor da empresa, no exercício da cláusula *shotgun*, faz-se necessário especificar no acordo de sócios quem será o avaliador externo, ou, ao menos o procedimento para a escolha do avaliador externo que deverá ser seguido pelos sócios, os critérios a serem utilizados, a vinculação das partes ao resultado da avaliação, dentre outros critérios.

2.3.7 Formação do preço na cláusula *shotgun* e possibilidade de *earn out* futuro

A formação do preço de compra ou venda de participação societária em decorrência do exercício de uma cláusula *shotgun* pode variar a depender da redação da cláusula no acordo de sócios.

O objetivo maior da cláusula é que a parte que primeiro enviar a notificação com a oferta de compra ou venda de participação societária não defina um preço nem tão alto para não ser obrigada a pagar a mais para a outra parte, caso seja a compradora, e, nem tão baixo para não ter que vender a sua participação societária a um preço muito mais baixo do que o valor efetivo das quotas ou ações, caso seja a vendedora em decorrência do exercício da cláusula *shotgun*.

Porém, tendo em vista a possibilidade da existência das assimetrias descritas no item 2.2 acima, algumas distorções na formação do preço pela parte que notifica a outra com a oferta de compra ou venda em decorrência do exercício da cláusula *shotgun* podem acontecer, especialmente quando falamos em assimetria financeira ou de informação.

Nesses casos, uma alternativa para se manter a cláusula *shotgun* seria a de se estipular previamente um valor mínimo para a compra ou venda da parti-

can be very expensive, especially if appraising the assets requires specialized business knowledge. Second, the contracting parties may disagree about the appropriate choice of the appraiser. Finally, and very importantly, the appraisers may be at an informational disadvantage relative to the members themselves at placing a value on the assets. In specialized closely-held business organizations, much of the value of the business is closely tied to the expertise of the partners, and outside markets for these organizations are often thin or non-existent. So, in many situations, the partners are themselves in the best position to determine the value of their business organization" (LANDEO, Claudia M.; SPIER, Kathryn E. Shotguns and Deadlocks, *Yale Journal on Regulation*, forthcoming, 2013).

cipação societária ou os mecanismos que serão utilizados para a formação do preço, como múltiplos do EBITDA, valor econômico, por exemplo, dentre outros.

Outro risco associado ao exercício da cláusula, seria a saída de um dos sócios em período imediatamente antecedente à uma posterior venda da sociedade, por preço superior ao pago em decorrência do exercício da cláusula de *shotgun*. Para mitigar este risco, as partes poderão também contratar previamente que, caso haja uma venda da empresa em um determinado período após o exercício da cláusula *shotgun*, por um valor muito maior que o valor pago por uma das partes ao exercer a cláusula *shotgun*, um valor complementar ou um *premium* pela venda (“*earn-out*”) deverá ser pago para o sócio que se retirou da sociedade antes da venda.

Nesses casos, embora nada impeça que as partes negociem e incluam a cláusula *shotgun* no acordo de sócios como mecanismo para a resolução de impasses societários, deve-se ter em mente que o sócio minoritário pode ser obrigado, dependendo de como a cláusula será negociada, a comprar os 75% (setenta e cinco por cento) de participação do sócio majoritário, aumentando, em relação a ele, a necessidade de recursos para conseguir acompanhar a oferta quando do exercício da cláusula *shotgun*.

2.3.8 Inserção de procedimentos prévios ao exercício da cláusula *shotgun*

Diante dos riscos de ensejar oportunismo por parte de um dos sócios de uma determinada sociedade, conforme exposto anteriormente, é importante que a cláusula *shotgun* somente seja inserida nos acordos de sócios, mediante criteriosa análise dos riscos associados à sua aplicação para cada caso concreto, levando-se em consideração a posição societária de cada sócio.

Nos casos em que fizer sentido a inserção da cláusula *shotgun* no acordo de sócios, é comum quando da negociação da inclusão da cláusula que haja a negociação de alguns procedimentos de mediação e/ou conciliação prévios ao seu exercício. Assim, em não ocorrendo a solução amigável do impasse societário, o exercício da cláusula *shotgun* seria, portanto, a última medida, a última *ratio*, nesse processo, visando à preservação da empresa.

3. MECANISMOS CONTRATUAIS SIMILARES

Alguns mecanismos contratuais para a solução de impasses societários são similares e não existe um consenso teórico com relação às suas denominações.

Não raro, a cláusula *shotgun* é também chamada de *mexican/texas shootout* ou *cake cutting mechanism*, por exemplo.

Tais mecanismos apesar de possuírem algumas variantes na sua redação contratual, possuem o mesmo efeito, qual seja, todos pressupõem a saída de um dos sócios, o qual terá a totalidade de sua participação societária adquirida pelo sócio remanescente.

Nesse contexto, com o objetivo de incrementar o estudo, trazendo um cenário mais complexo, e, buscando-se afastar a confusão que as cláusulas contratuais possam gerar em virtude da grande semelhança entre elas, inclusive no que diz respeito à sua aplicação e finalidade, faz-se mister tratarmos das diferentes tipologias de cláusulas contratuais para a resolução de impasses societários neste artigo.

Notem, porém, que listamos abaixo apenas as cláusulas contratuais que, ao serem exercidas por um dos sócios de determinada sociedade, na prática geram as mesmas consequências e efeitos que a cláusula *shotgun*.

Nesse sentido, não trazemos à baila cláusulas ou mecanismos contratuais similares que, assim como a cláusula *shotgun*, visam à resolução de conflitos societários, mas geram efeitos distintos como, por exemplo, a cláusula *solomon judgement*, que pressupõe uma medida mais drástica para a resolução do impasse societário resultando geralmente na (i) dissolução total da sociedade ou (ii) na cisão da sociedade em duas partes teoricamente iguais.¹⁰

Além da cláusula *shotgun*, também denominada *Russian Roulette* ou *Buy-Sell Clause*, mais utilizada atualmente, e objeto do presente artigo, encontram-se listados mecanismos contratuais para a resolução de impasses societários encontrados mais comumente em acordo de sócios. A diferença entre eles reside basicamente na forma de definição do valor a ser pago pela compra da participação societária do sócio que deixará a sociedade. As partes têm total autonomia para negociar a inserção no acordo societário da cláusula que melhor se aplica ao caso concreto.

¹⁰ “Teoricamente iguais”, vez que se afigura como desvantagem desse mecanismo contratual para resolução de um impasse societário o fato de que quando uma sociedade é avaliada pelo seu *goodwill*, pela sua rede de fornecedores, por determinada expertise ou por alguns dos sócios, dentre outros bens intangíveis, a cisão da sociedade em duas partes pode acarretar a perda de valor considerável da sociedade ou até mesmo na sua inviabilidade, resultando na descontinuidade dos negócios. Nessa hipótese, o valor de determinada sociedade nem sempre é estabelecido apenas pelo valor de seus ativos, ou, pelos seus dados financeiros, o que faz com que este mecanismo contratual para resolução de disputas societárias nem sempre seja eficiente.

3.1 *Texas Shoot-Out*

Na cláusula denominada *Texas Shoot-Out*, uma das partes (“Parte Notificante”) oferece comprar toda a participação societária detida pela outra parte (“Parte Notificada”) por um preço já especificado na oferta. A Parte Notificada pode aceitar a oferta, ou fazer uma contraoferta para comprar a participação societária da Parte Notificante por um preço mais alto. A outra parte poderá aceitar a contraoferta ou repetir este procedimento. A dinâmica da oferta e contraoferta poderá ter várias rodadas, cujo preço ofertado pode exceder o anterior em determinado percentual até que uma das partes aceite vender sua participação societária para a outra parte.

Outra forma de estabelecer esta cláusula consiste na submissão de envelopes fechados pelas partes do contrato a terceiro independente, cujo envelope com a maior oferta ou com a oferta mais justa (com o valor mais próximo do valor que tenha sido determinado por um terceiro independente para avaliar as quotas ou ações) atribuirá à parte que o apresentou o direito a adquirir a participação societária da outra parte.

3.2 *Sale Shoot-Out*

A cláusula *Sale Shoot-Out* funciona de maneira reversa à cláusula de *Texas Shoot-Out*, ou seja, a Parte Notificante apresenta oferta para vender sua participação societária para a Parte Notificada. Caso a Parte Notificada não aceite a oferta para adquirir a parte societária da Parte Notificante, a Parte Notificada deve vender a sua parte societária para a Parte Notificante, com um desconto, ou seja, por valor mais baixo que aquele estabelecido na primeira oferta de compra.

3.3 *Deterrent Approach*

A cláusula *deterrent approach* pressupõe que o procedimento especial abaixo descrito para determinar o valor justo para cada ação ou quota da sociedade deverá ser incluso no estatuto ou contrato social.

Depois de receber a notificação de exercício da cláusula, a Parte Notificada poderá comprar a participação societária da Parte Notificante por um preço pré-acordado com um desconto (pode ser qualquer percentual de desconto, desde que pré-acordado entre as partes no estatuto social ou em acordo de sócios), ou vender a sua participação societária pelo mesmo preço com o desconto pré-acordado.

O procedimento da cláusula *deterrent approach*, como o próprio nome enuncia, destina-se a encorajar as partes a buscarem soluções mutuamente aceitáveis, assim como impedir o uso indiscriminado deste procedimento em conflitos societários de menor importância.

São conflitos de menor importância aqueles que não têm um grande potencial de prejudicar o bom andamento dos negócios sociais ou até mesmo de acarretar a total paralização com a consequência de solução da continuidade da empresa. Não deve o uso dessa cláusula ser banalizado para pequenos conflitos, nem deve um dos sócios aproveitar-se de pequenos conflitos para utilizar a cláusula visando aos seus efeitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, apresentamos o conceito da cláusula *shotgun*, examinamos as suas principais características, vantagens, desvantagens, racionalidade e os limites da sua aplicação. Observamos que, embora se trate de um mecanismo contratual cada vez mais usado no Brasil para a resolução de impasses societários, há poucos trabalhos acadêmicos no país que se dediquem ao tema. O presente estudo representa uma contribuição no sentido de preencher essa lacuna, procurando produzir conhecimento voltado à prática societária, com recomendações objetivas e que podem ser úteis não somente às partes envolvidas, mas também ao profissional que atua na área do direito empresarial.

Ressaltamos a ausência de previsão legal específica no Brasil que defina e regule a cláusula *shotgun*, bem como a possibilidade de se estruturar a cláusula de diversas maneiras. Optamos, contudo, por usar a redação clássica da cláusula como parâmetro para o nosso trabalho.

Discorreremos acerca das suas principais características, ressaltando (i) o seu resultado imprevisível, posto que, uma vez exercida a opção descrita na cláusula, as partes não sabem quem ao final será o comprador e quem será o vendedor da participação societária, e (ii) a sua irrevogabilidade e irretratabilidade, pois, uma vez inserida a cláusula *shotgun* em acordo de acionistas, e exercida a opção contida na cláusula, os acionistas não poderão se eximir de firmar o futuro contrato de compra e venda de participação societária.

Posteriormente, abordamos as vantagens e desvantagens da cláusula e listamos as assimetrias eventualmente existentes no contexto de sua aplicação em acordo de acionistas – como, por exemplo: (i) assimetria de poder econômico ou financeira; (ii) assimetria informacional; (iii) assimetria de interesses; e (iv) assimetria de capacidade técnica –, concluindo que, para que haja o

melhor aproveitamento da cláusula, com a maximização dos seus resultados, deveria haver uma situação de equilíbrio de forças entre as partes envolvidas e/ou a adoção de mecanismos que minimize os efeitos de tais assimetrias, evitando-se, destarte, situações de oportunismo e abuso de poder.

Trouxemos ainda, para efeito de comparação e diferenciação, mecanismos contratuais similares, capazes de alcançar a mesma finalidade, qual seja, a solução do impasse societário com a saída de um dos acionistas da sociedade.

Adicionalmente, sugerimos recomendações e alguns procedimentos prévios que podem ser adotados pelas partes com vistas a afastar ou minimizar os efeitos das assimetrias acima mencionadas e equalizar as forças da relação associativa.

Assim, para que a cláusula possa funcionar como um eficiente mecanismo de resolução de disputas societárias, determinadas cautelas devem ser tomadas com o objetivo de verificar a existência ou não das condições ideais explicitadas. O profissional do direito deverá, portanto, fazer uma análise de certas peculiaridades da sociedade e dos sócios em questão antes de optar por incluir a cláusula *shotgun* em acordo de sócios ou utilizar mecanismos contratuais similares de proteção contra disputas societárias, visando reduzir o espaço para oportunismo, má-fé ou abuso de poder de um sócio com relação ao outro.

REFERÊNCIAS

ARDUIN, Ana Lucia Alves da Costa e LEITE, Leonardo Barém. A Tutela Jurídica do Sócio Minoritário das Sociedades Limitadas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de Castro; ARAGÃO, Leandro Santos (Coords.). *Direito Societário Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 365-387.

BRASIL. *Lei nº 6.404*, de 15 de dezembro de 1976. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. *Novo código civil*: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL, Deilton Ribeiro e MARTINS, Leandro José de Souza. Conexões entre os princípios da função social e o da preservação empresarial: uma releitura do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, p. 80-96, 2016.

BROOKS, Richard R. W.; LANDEO, Claudia M. e SPIER, Kathryn E. Trigger Happy or Gun Shy? Dissolving Common-value Partnerships with Texas Shootouts. *Harvard Law School Discussion Paper* Nº 632, 3/2009.

CARVALHAL-DA-SILVA, André, LEAL, Ricardo: *Corporate Governance, Market valuation and dividend policy in Brazil*. *Coppead Working Paper Series* n. 390, p. 3-9. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=477302>.

- CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *Estudos de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORVO, Erick. Acordo de sócios de sociedades limitadas à luz do Código Civil de 2002. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84-114.
- FLEISCHER, Prof. Dr. Holger e SCHNEIDER, Stephan. Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations – An approach from Comparative Law and Economic Theory. *Max Planck Private Law Research Paper* n. 11/13.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de Compra ou Venda de Ações no Direito Brasileiro: Natureza Jurídica e Tutela Executiva Judicial*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Comercial no curso de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- LANDEO, Claudia M.; SPIER, Kathryn E. Shotguns and Deadlocks, *Yale Journal on Regulation*, forthcoming, 2013.
- LANDEO, Claudia M.; SPIER, Kathryn E. Irreconcilable Differences: Judicial Resolution of Business Deadlock. *The University of Chicago Law Review*. Disponível em: http://uchicagolawjournalsmshaytiubv.devcloud.acquiasites.com/sites/lawreview.uchicago.edu/files/09_Landeo-Spier_SYMP.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018.
- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo et al. *Radiografia das Sociedades Limitadas*. Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos – FGV Escola de Direito SP, 2014. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv/files/arquivos/anexos/radiografia_das_ltdas_v5.pdf.
- MCAFEE, Preston. Amicable Divorce: Dissolving a Partnership with Simple Mechanisms. *Journal of Economic Theory*, v. 56, 1992, p. 266-284.
- NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Angela Rita Franco. *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2013.
- PINTO JUNIOR, Mario Engler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do Direito: uma introdução*. Coimbra, Almedina, 2007.
- SCHNABEL, Jacques A. *The Shotgun Clause*. School of Business and Economics, Wilfrid Laurier University, Waterloo, Canada, 2008.
- SCOTT, Robert E. and TRIANTIS, George G. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*, 2006, p. 814-879.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; JUNQUEIRA NETO, Ruy de Mello. *Direito societário aplicado: baseado nos precedentes das câmaras reservadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 6

Eu convido a todos a aprender sobre a securitização de recebíveis com o texto claro e cuidadoso que o José escreveu se valendo dos conceitos desenvolvidos e das conclusões extraídas do seu excelente trabalho de conclusão de curso no mestrado profissional. José aplica o conceito de securitização e os seus diversos elementos às propostas trazidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no âmbito da Audiência Pública SDM nº 5, de 2020, em relação à regulamentação das companhias securitizadoras, campo particularmente árido do arcabouço jurídico do mercado de capitais, mas que abarca um produto essencial para mobilização e crescimento do crédito em qualquer economia madura.

As propostas de alteração do regime jurídico das companhias securitizadoras trazidas pela Audiência Pública SDM nº 5, de 2020, se implementadas, vão modificar substancialmente alguns conceitos há muito consolidados na regulamentação e o modo de operação das companhias securitizadoras, aproximando as operações de securitização promovidas por essas empresas daquelas que acontecem por meio de fundos de investimento em direitos creditórios, por isso estamos diante de um momento de transição bastante relevante que José analisa com serenidade e competência usando o arcabouço teórico desenvolvido durante o seu mestrado.

Os mais curiosos, atizados por essa pequena amostra, podem e devem acessar o trabalho do José, publicado em livro e disponível também em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28074/Dissertação%20JRJ%20vFINAL%2017-09-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Luciana Pires Dias

6

NOTAS SOBRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS COMPANHIAS SECURITIZADORAS

José Alves Ribeiro Júnior

1. INTRODUÇÃO

A securitização de recebíveis é transação cada vez mais relevante no ambiente econômico brasileiro. No ano de 2020, segundo dados da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA), ofertas públicas de títulos de securitização no mercado primário – consideradas em conjunto aquelas realizadas com esforços restritos de distribuição, conforme o procedimento previsto na Instrução CVM nº 476, de 16 de janeiro de 2009, assim como com amplos esforços, de acordo com o rito da Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003 – perfizeram o montante de R\$ 61,5 bilhões.¹

¹ A ANBIMA classifica, para fins do seu Boletim de Mercado de Capitais, as ofertas públicas de certificados de recebíveis do agronegócio (CRA), certificados de recebíveis imobiliários (CRI) e cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) como operações de securitização. Não são incluídas nesse cômputo emissões de debêntures realizadas por companhias securitizadoras de créditos financeiros, regidas pela Resolução nº 2.686, de 26 de janeiro de 2000, ou emissões de debêntures realizadas por companhias securitizadoras sem previsão legal específica (no jargão de mercado chamadas de “securitizadoras de recebíveis comerciais”) (ASSOCIAÇÃO Brasileira

Esse número corresponde, também segundo dados da ANBIMA, a aproximados 16,6% do total de recursos captados em ofertas públicas primárias de valores mobiliários no mercado de capitais local, o que foi atingido em um universo de 706 operações individuais – representando, portanto, 52,68% do total de ofertas públicas realizadas no Brasil em 2020 em número de transações.²

Diante dessa expressividade e da amplamente noticiada popularização do mercado de capitais para o público investidor brasileiro, a Comissão de Valores Mobiliários colocou em audiência pública sugestão de nova resolução que objetiva regulamentar o registro das companhias securitizadoras emissoras de valores mobiliários ofertados publicamente no Brasil (“Resolução”).

O presente artigo busca analisar de forma breve a pertinência da proposta normativa contida no Edital de Audiência Pública SDM nº 05/20, de 27 de agosto de 2020 (“Edital”), sob o prisma dos elementos constitutivos da securitização de recebíveis no direito brasileiro e as peculiaridades relativas às companhias securitizadoras como veículos de propósito específico utilizados no âmbito de tais transações.

Em outras palavras, indagar-se-á se é justificado que seja criada categoria específica de registro para as companhias securitizadoras perante a CVM, tendo em vista as características peculiares de suas atividades.

Nesse intento, iniciaremos apresentando um conceito instrumental de securitização de recebíveis, correlacionando-o àquele sugerido pela autarquia federal no âmbito do Edital. A seguir, discorreremos brevemente sobre as companhias securitizadoras e suas características básicas, sublinhando suas peculiaridades em relação às demais companhias.

das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. *Boletim de Mercado de Capitais – Dezembro 2020*. Abas 2 e 12. Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/relatorios/mercado-de-capitais/boletim-de-mercado-de-capitais/emissoes-domesticas-registraram-volume-de-r-370-bilhoes-em-2020.htm. Acesso em: 21 jan. 2021).

² A disparidade da participação percentual das operações de securitização em montante financeiro da participação percentual em número de transações aponta, consequentemente, para o valor médio menor de cada transação de securitização em relação a outras espécies de títulos ofertados publicamente, o que indica uma maior pulverização de operações em relação aos primeiros. Acreditamos que isso possa ser um indício da propagada características de tais operações de serem porta de acesso ao mercado de capitais, ainda que de forma mediata (isto é, por intermédio de um veículo de securitização), a empresas e negócios que, de outro modo, não acessariam diretamente tal mercado (ASSOCIAÇÃO Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais. *Boletim de Mercado de Capitais – Dezembro 2020*. Abas 2 e 12. Disponível em https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/relatorios/mercado-de-capitais/boletim-de-mercado-de-capitais/emissoes-domesticas-registraram-volume-de-r-370-bilhoes-em-2020.htm. Acesso em: 21 jan. 2021).

Após esse contraste, destacaremos em seção específica breve análise sobre a possibilidade de constituição de patrimônios separados no âmbito de tais sociedades, para prosseguir com uma análise sobre a regulamentação hoje incidente sobre o registro das companhias securitizadoras enquanto emissoras de valores mobiliários em relação à norma proposta no Edital.

Por fim, a última seção apresenta as conclusões do artigo, em que apontamos o acerto, em princípio, das medidas em estudo pela CVM.

2. A SECURITIZAÇÃO DE RECEBÍVEIS

Como o autor já teve a oportunidade de discutir, a securitização de recebíveis não possui uma definição legal de caráter amplo no direito brasileiro, em que pese existirem definições legais voltadas a segmentos econômicos específicos e definições normativas em sede infralegal, no contexto da regulamentação financeira.³

Em face desse cenário, cumpre ao intérprete buscar um conceito instrumental de securitização de recebíveis que permita abordar o objeto de estudo e apartar o fenômeno em análise de outros que dele divergem.

A partir de uma análise histórica das práticas de mercado que foram denominadas operações de securitização de recebíveis, assim como da experiência regulatória e doutrinária brasileira e estrangeira, propusemos uma delimitação com base nos elementos distintivos que caracterizam o instituto, abaixo reproduzida:

A partir desta abordagem, propomos um conceito de securitização que aponta que esta consiste na coligação de dois conjuntos de negócios jurídicos distintos, para produção de um fim comum: o primeiro será o conjunto de negócios jurídicos que formaliza a aquisição, por qualquer meio, de direitos sobre entradas de caixa futuras (recebíveis) por um veículo de propósito específico, o qual pode adotar variadas formas jurídicas, tais como de uma sociedade de propósito específico ou fundo de investimento; e o segundo conjunto será aquele dos negócios jurídicos que operam a aquisição, por investidores, de títulos de crédito ou valores mobiliários emitidos pelo VPE

³ Para análise completa do panorama de definições positivadas de securitização de recebíveis no direito brasileiro, veja-se RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. *Securitização de Recebíveis – Elementos Constitutivos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 158-167. Essa obra é fruto do trabalho de conclusão de curso do autor apresentado para obtenção do título de mestre em Direito, no âmbito do programa de Mestrado Profissional em Direito da Fundação Getúlio Vargas, em 2019.

[Veículo de Propósito Específico] cujos pagamentos serão condicionados (econômica e/ou juridicamente), primariamente, ao recebimento dos pagamentos dos recebíveis que os lastreiam.⁴

O Edital, por seu turno, também propõe uma definição instrumental de “operações de securitização” para informar a matriz de incidência da norma a transações concretas, que se mostra, em linhas gerais, consistente com a proposta acima referida. Veja-se abaixo o conceito constante da Resolução submetida à audiência pública:

Art. 2º Para fins da presente Resolução, entende-se por: [...] VI – operações de securitização: operações de emissão e colocação de valores mobiliários junto a investidores, cujo pagamento é primariamente condicionado ao recebimento de recursos dos direitos creditórios que o lastreiam; [...]⁵

Note-se que a norma em discussão estabelece a incidência de suas disposições às “*companhias securitizadoras, bem como suas emissões públicas de valores mobiliários com lastro em direitos creditórios*”, contudo ressalva que permanecem aplicáveis as demais normas incidentes sobre a emissão de valores mobiliários por tais sociedades anônimas que “*não configurem operações de securitização*”.⁶

Dessa forma, incidirão as disposições da Resolução em discussão às sociedades anônimas que sejam consideradas “*companhias securitizadoras*”, assim como às “*emissões públicas*” de valores mobiliários de sua emissão no contexto de operações de securitização.

Ressalta-se, também, que a observância dos requisitos estabelecidos na Resolução é condição para que sejam realizadas “*emissões públicas*” de valores mobiliários no contexto de operações de securitização, como se depreende do art. 3º da Resolução proposta.⁷

⁴ RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. *Securitização de Recebíveis – Elementos Constitutivos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 196.

⁵ CVM. Edital de Audiência Pública SDM nº 05/2020, p. 16-17 em http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2020/sdm0520_edital.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁶ “Art. 1º Esta Resolução disciplina o regime aplicável às companhias securitizadoras, bem como suas emissões públicas de valores mobiliários com lastro em direitos creditórios. Parágrafo único. Esta Resolução não afasta a observância a outras normas aplicáveis no caso de emissão, pelas companhias securitizadoras, de valores mobiliários que não configurem operações de securitização.”

⁷ “Art. 3º As companhias securitizadoras devem requerer o registro na CVM em uma das seguintes categorias:

I – S1: a qual permite a emissão pública de valores mobiliários exclusivamente com a instituição de regime fiduciário; ou

II – S2: a qual permite a emissão pública de valores mobiliários com ou sem instituição de regime fiduciário.”

Utilizando a terminologia constante da Resolução em discussão, é o mesmo que dizer apenas que os “valores mobiliários com lastro em direitos creditórios” que sejam emitidos por “*companhias securitizadoras*” registradas perante a CVM na forma da Resolução poderão ser objeto de “*emissão pública*”.⁸

Trocando em miúdos, propõe a CVM que os títulos de securitização⁹ emitidos por sociedades anônimas com objeto social de realização de operações de securitização somente possam ser ofertados publicamente caso a respectiva emissora esteja registrada na forma da Resolução perante a CVM.

3. AS COMPANHIAS SECURITIZADORAS

Cabe, então, indagar o que são as companhias securitizadoras que a proposta de Resolução busca regular e a quem são destinadas as regras contidas na norma em audiência pública. O próprio normativo proposto as define como a “*companhia com propósito de realização de operações de securitização*”.¹⁰

Essa definição se coaduna com os conceitos de “*companhia securitizadora de direitos creditórios do agronegócio*” e de “*companhia securitizadora de créditos imobiliários*”, respectivamente constantes do art. 38 da Lei nº

⁸ Entendida aqui como sinônima de “oferta pública de distribuição” ou “distribuição pública” de valores mobiliários. Os conceitos de valor mobiliário e de oferta pública de distribuição de valores mobiliários, embora sejam subsídios relevantes para as discussões propostas neste artigo, não é objeto de análise deste estudo. Para referência a estes conceitos, veja-se: PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2ª edição. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 06, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 145-282 e 488-490; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos Valores Mobiliários*. Tomo 1, Volume 1. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 157-190; e EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 59-96 e 205-223

⁹ Servimo-nos, aqui, para fins de clareza e síntese na escrita, da definição instrumental de “títulos de securitização” proposta pelo autor em obra sobre a securitização de recebíveis; embora a Resolução não introduza esta terminologia, parece-nos não haver conflito ou inconsistência com o quanto nela previsto: “Em terceiro lugar, é elemento essencial a emissão, pelo VPE, de títulos de crédito ou valores mobiliários, adquiridos por investidores previamente conhecidos ou indeterminados, mediante uma colocação privada ou oferta pública. Para fins terminológicos, vamos nos referir a eles como “títulos de securitização”. Estes títulos, via de regra, possuirão maior liquidez em comparação aos recebíveis que os lastreiam, por serem títulos voltados à livre negociação. O pagamento, pelo VPE aos investidores, dos títulos de securitização dependerá primariamente do pagamento dos recebíveis.” (RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. *Securitização de Recebíveis – Elementos Constitutivos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 179-181).

¹⁰ Art. 3º, III, da Resolução.

11.076, de 30 de dezembro de 2004,¹¹ e do art. 3º da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.¹²

Ambas as definições legais enxergam a companhia securitizadora como entidade não financeira (isto é, que não é apta a praticar a atividade privativa de instituição financeira delineada no art. 17 da Lei nº 4.595/64 e, portanto, não sujeita à regulamentação e fiscalização pelo Banco Central do Brasil),¹³ que tem por “*finalidade*” a prática de operações de securitização de créditos imobiliários ou de direitos creditórios do agronegócio,¹⁴ conforme o caso.

Vale recordar, ainda, da companhia securitizadora de créditos financeiros a que se refere a Resolução nº 2.686, de 26 de janeiro de 2000, que é aquela companhia que tem por “*objeto exclusivo*” atuar como cessionária de

créditos oriundos de operações praticadas por bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades de arrendamento mercantil, companhias hipotecárias, associações de poupança e empréstimo e pela Caixa Econômica Federal.¹⁵

¹¹ “Art. 38. As companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio são instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações e terão por finalidade a aquisição e securitização desses direitos e a emissão e colocação de Certificados de Recebíveis do Agronegócio no mercado financeiro e de capitais.”

¹² “Art. 3º As companhias securitizadoras de créditos imobiliários, instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.”

¹³ Entendida por SALOMÃO NETO, em exegese teleológica do artigo 17 da Lei nº 4.595/64, como aquela em que, cumulativamente, estão presentes os seguintes elementos: “(i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletados; (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual” (SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29).

¹⁴ Também não integram o escopo do presente estudo os conceitos de “crédito imobiliário” e de “direito creditório do agronegócio” para fins de avaliação da atração das regras específicas a cada tipo de operação de securitização conforme o segmento econômico em que inseridas. Para essa análise, veja-se: RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. *Securitização de Recebíveis – Elementos Constitutivos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 77-89 e 109-114; OIOLI, Erik F., LISBOA, Henrique V.; RIBEIRO JR., José Alves. *Falta de Definição do Conceito de Crédito Imobiliário Gera Incertezas*. Consultor Jurídico, São Paulo, 07.07.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/opiniao-falta-definicao-credito-imobiliario-gera-incertezas>; e BURANELLO, Renato; OIOLI, Erik Frederico. *Certificados de Recebíveis do Agronegócio: Os Sistemas Agroindustriais e o Mercado de Capitais*. Londrina: Toth, 2019, p. 123-143.

¹⁵ Conforme o art. 1º da Resolução CMN nº 2.686/2000. A companhia securitizadora de créditos financeiros deve se sujeitar, ainda, às limitações dispostas na regra em comento, notadamente

Apesar da heterogeneidade terminológica, pode-se depreender que as três espécies de companhias referidas possuem um traço comum: seu objeto social é restrito à realização de operações de securitização de recebíveis, abarcando exclusivamente as atividades atinentes a esse mister – sendo certo que essa limitação, no caso das companhias securitizadoras de créditos imobiliários, de direitos creditórios do agronegócio e de créditos financeiros, decorre de disposição normativa (legal ou infralegal) expressa.

Assim, é de rigor afirmar que a operação de securitização, em relação às companhias aqui referidas, constitui não apenas uma transação de mercado de capitais de que tomam parte, mas também a atividade econômica (atividade-fim) por elas exercida com intuito de lucro, e que consiste na própria finalidade de existência das companhias securitizadoras.¹⁶

Com efeito, Carvalhosa aponta que o objeto social é “a atividade econômica em razão da qual se constitui a sociedade e em torno da qual a vida social se realiza e desenvolve”.¹⁷

Portanto, a companhia securitizadora é aquela cujo objeto social se limita à realização de operações de securitização, em posição peculiar: não como participante na condição de cedente de créditos ou como investidor na condição de adquirente dos títulos de securitização, mas na posição de veículo de propósito específico, entidade que adquire os recebíveis e os atrela aos títulos de securitização.

Ressalta-se, ainda, que o universo das companhias securitizadoras não se restringe àquelas que praticam securitização de créditos imobiliários, de direitos creditórios do agronegócio ou de créditos financeiros, conforme as previsões normativas já mencionadas anteriormente.

a utilização de denominação específica, limitações à transferência de controle acionário e regras específicas para captação de recursos. Note-se, ainda, que a Resolução CMN nº 2.686/2000 tem como destinatárias instituições financeiras, que somente podem transferir os recebíveis oriundos de operações por eles praticadas às sociedades anônimas que preencham os requisitos da norma. Em se tratando de recebíveis oriundos de operações praticadas por instituições financeiras que também se enquadrem no conceito de crédito imobiliário para fins da Lei nº 9.514/1997, aplica-se o permissivo exposto constante do art. 6º da Resolução CMN nº 2.686/2000, o qual se aplica, por analogia, à cessão de recebíveis que sejam considerados direitos creditórios do agronegócio.

¹⁶ Isso porque a companhia é sociedade empresária por excelência e, como tal, tem como finalidade a busca do lucro, em consonância com a definição legal de empresário e por disposição legal expressa da própria Lei nº 6.404/1976: “Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”. Nesse mesmo sentido, VERÇOSA aponta que “o objeto social é campo dentro do qual a sociedade atuará em busca de lucros a serem divididos entre seus acionistas” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120).

¹⁷ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Sociedades Anônimas*. Coleção Tratado de Direito Empresarial, 2. ed., v. 3, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 129.

Também será securitizadora a companhia que estreitar seu objeto social à realização de operações de securitização em geral, independentemente da natureza dos recebíveis por ela adquiridos ou dos títulos de securitização por ela emitidos.¹⁸

4. O PATRIMÔNIO SEPARADO E AS MÚLTIPLAS EMISSÕES DE TÍTULOS DE SECURITIZAÇÃO

Especificamente em relação às companhias securitizadoras de créditos imobiliários e de direitos creditórios do agronegócio, agrega-se uma segunda peculiaridade relevante, para além do objeto social restrito à realização de operações de securitização na condição de veículo de propósito específico que vincula os recebíveis-lastros aos respectivos títulos de securitização.

Trata-se da faculdade de instituição de regime fiduciário sobre os créditos imobiliários ou sobre os direitos creditórios do agronegócio, por meio do qual tais direitos passam a constituir patrimônio separado.

Esse patrimônio separado permanece sob a titularidade pela companhia securitizadora, mas se destaca de seu patrimônio geral e passa a ser vinculado a uma finalidade específica, que informa o modo de sua gestão e da qual decorrem limitações dos direitos sobre os bens que o integram tanto em relação ao próprio titular – a companhia securitizadora – quanto de quaisquer terceiros em relação aos ativos que o compõem.¹⁹

¹⁸ Nesse sentido, de se notar a existência concreta de transações de securitização de recebíveis em que o veículo de propósito específico é uma companhia cujo objeto social é restrito à securitização de recebíveis, mas que não se subsume a uma das categorias previstas expressamente em lei ou regulamento. Exemplo é o famoso caso do Mesbla Trust de Recebíveis de Cartão de Crédito S.A., sobre cuja história pode-se obter mais detalhes consultando CHAVES, Natália Cristina. *Direito Empresarial – Securitização de Créditos*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 29-35.

¹⁹ “A titularidade não funciona, nos casos de patrimônio segregado, como expediente de atribuição de poderes ao titular do direito em benefício próprio. Em outros termos, se o patrimônio de afetação tem unificação no fim a que se destina, o qual pode servir a tutelar interesses outros que não os do titular do patrimônio afetado, perde relevância a base personalista, pois pouco importa o sujeito que titulariza tal patrimônio. A titularidade, repita-se ainda uma vez, traduz, nos casos de separação patrimonial, técnica destinada a possibilitar a realização do escopo unificador de tais patrimônios, não já expediente para atender aos interesses daquele que titulariza referidos núcleos patrimoniais autônomos. A destinação a que se refere determina os interesses que promove e, por conseguinte, a proteção que necessita.” (BURANELLO, Renato Macedo. *Securitização do crédito como tecnologia para o desenvolvimento do agronegócio – Proteção jurídica do investimento privado*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 192).

Com efeito, a partir da instituição do regime fiduciário pela companhia securitizadora, por declaração lançada no próprio termo de securitização, o patrimônio da companhia securitizadora desdobra-se em patrimônio comum e em patrimônio separado. Este último estará sujeito às disposições previstas na Lei nº 9.514/1997,²⁰ entre as quais se destacam:

- i) os bens e direitos integrantes do patrimônio separado respondem apenas pelas obrigações inerentes aos certificados de recebíveis imobiliários ou do agronegócio a que estejam vinculados;²¹
- ii) deste modo, os bens integrantes do patrimônio separado não são passíveis de ações ou execuções por quaisquer credores da companhia securitizadora que não os titulares dos respectivos CRI ou CRA;²²
- iii) cada patrimônio separado deverá ser objeto de registros contábeis específicos e à companhia securitizadora é atribuída obrigação de levantar demonstrações financeiras para cada patrimônio separado;²³
- iv) uma vez instituído o regime fiduciário, salvo disposição em contrário no termo de securitização ou em caso de prejuízos causados pela securitizadora por “*descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária*”, o patrimônio comum da companhia securitizadora não responde pelo pagamento dos CRI ou CRA;²⁴
- v) a insolvência da companhia securitizadora não afeta os patrimônios separados que tenha constituído, e, nessa hipótese, o agente fiduciário deverá assumir imediatamente sua administração;²⁵ e
- vi) em caso de insuficiência de ativos do patrimônio separado para fazer frente aos seus passivos, não haverá, consoante o texto legal, “*declaração de sua quebra*”, mas o agente fiduciário deverá convocar os titulares dos CRI ou CRA respectivos para deliberar novas normas de administração ou de liquidação do patrimônio separado em questão.²⁶

Nota-se, pois, que a instituição do regime fiduciário sobre créditos imobiliários ou direitos creditórios do agronegócio e o consequente surgimento do respectivo patrimônio separado constitui verdadeira afetação patrimonial, de

²⁰ Aplicável também aos CRA conforme o art. 39 da Lei nº 11.076/2004.

²¹ Conforme art. 11, III, da Lei nº 9.514/1997.

²² Conforme art. 11, IV, da Lei nº 9.514/1997.

²³ Conforme art. 12 da Lei nº 9.514/1997.

²⁴ Conforme art. 11, §3º, e art. 12, § único, da Lei nº 9.514/1997.

²⁵ Conforme art. 15 da Lei nº 9.514/1997.

²⁶ Conforme art. 14, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.514/1997.

tal modo que os bens integrantes desse patrimônio apartado, embora sigam titularizados e geridos pela companhia securitizadora, passam a se destinar a finalidade específica – qual seja, o pagamento dos CRI ou CRA a que estão vinculados e que constituem o passivo do patrimônio separado em questão.²⁷

Desse modo, a própria gestão, pela companhia securitizadora, dos bens e direitos integrantes do patrimônio separado deixa de ser livre, porquanto deve ser exercida de modo consentâneo à finalidade atribuída no termo de securitização e na legislação aplicável, ainda que contrário aos interesses da própria companhia securitizadora.²⁸

Portanto, a companhia securitizadora imobiliária ou do agronegócio possui também a peculiar característica de ter seu patrimônio subdividido em uma miríade de patrimônios separados, apartados de seu patrimônio comum e afetados a finalidades restritas e delimitadas, quais sejam, o adimplemento integral dos CRI ou CRA respectivos, cada qual com suas demonstrações financeiras próprias.

Cada um desses patrimônios separados ainda não se comunica com os demais patrimônios separados constituídos pela securitizadora. Vale dizer: os titulares de CRI ou CRA de uma certa emissão não possuem quaisquer direitos relativamente aos créditos imobiliários ou direitos creditórios do agronegócio relativos a outras emissões.

²⁷ Nesse sentido, assevera COELHO que “[A] pesar de o legislador retratar a afetação patrimonial de securitização imobiliária e do agronegócio como “patrimônio separado”, não podemos deixar de destacar que o patrimônio separado não representa apenas a separação patrimonial do patrimônio comum da companhia securitizadora, representa efetiva afetação patrimonial, mediante destaque de parcela do patrimônio da companhia securitizadora o qual é afetado a um fim específico, o adimplemento das obrigações assumidas no âmbito da emissão dos CRI ou dos CRA a que está vinculado tal patrimônio separado” (COELHO, Diego Gonçalves. *Securitização de Recebíveis Imobiliários e do Agronegócio*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 198).

²⁸ “Daí decorre que a função de administração do patrimônio separado abrange necessariamente o devido cumprimento de sua finalidade constitutiva. Recorde-se que o patrimônio separado se constitui a título de negócio fiduciário, tendo por causa fiducial a destinação a finalidade específica prevista em lei, para a qual a companhia securitizadora, na condição de fiduciária, fica obrigada a cumprir. Dessa forma impõe-se à companhia securitizadora o dever fiduciário de administrar os créditos recebidos, bem como perseguir a finalidade para a qual lhe foram cedidos os créditos.

Portanto, o dever de administração dos créditos-lastros de securitizações de CRI e de CRA é, em realidade, um desdobramento do dever fiduciário de perseguir a finalidade constitutiva daquele patrimônio separado. Em razão disso, toda a relação da companhia securitizadora com o patrimônio separado adquirido para fins de emissão de CRI e de CRA deverá ser orientada em função da causa fiducial que o constituiu, sendo essa a única razão de direito para a companhia securitizadora deter a sua titularidade” (COELHO, Diego Gonçalves. *Securitização de Recebíveis Imobiliários e do Agronegócio*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 199).

Disso decorre que as informações que são relevantes para que um investidor tome decisão de investimento adequada sobre a aquisição, venda ou manutenção de CRI ou CRA sujeito ao regime fiduciário acima descrito são, naturalmente, diversas daquelas informações que seriam relevantes para a tomada de decisão de investimento em uma debênture de uma companhia que exerça outro tipo de atividade econômica.

Com efeito, o fluxo de caixa que levará ao pagamento da debênture do exemplo do parágrafo anterior não decorrerá do pagamento de um certo e delimitado conjunto de recebíveis a ela vinculados, mas à receita operacional decorrente do exercício da atividade econômica da respectiva companhia emissora.

Como vimos acima por ocasião da delimitação dos elementos constitutivos da securitização de recebíveis, a vinculação primária entre o pagamento dos recebíveis lastreadores e dos títulos de securitização é a pedra de toque deste tipo de transação.

Essa relação se torna ainda mais íntima em operações de securitização que contem com a instituição do regime fiduciário, porquanto os bens e direitos que serão utilizados para o pagamento dos títulos de securitização se destacam, quase que por completo, do patrimônio comum da companhia devedora dos CRI ou CRA respectivo.

Desse modo, passam a ter pouco relevo as demais entradas ou saídas de caixa da companhia securitizadora em virtude de outras operações de securitização ou de atividades econômicas acessórias por ela exercidas.

Vale dizer: outros bens e direitos de titularidade da securitizadora e outras obrigações (sejam elas de qualquer natureza) da securitizadora são pouco relevantes para informar o adimplemento ou inadimplemento dos CRI ou CRA em transações sujeitas ao regime fiduciário, de modo que a sua divulgação ao investidor de títulos de securitização se torna menos relevante em comparação com as informações atinentes ao patrimônio separado e aos meios empregados para a sua gestão.

5. REGRAS ATUAIS DE REGISTROS DE COMPANHIAS SECURITIZADORAS

Desse modo, por exercer atividade econômica que consiste na prática reiterada de certa transação específica de mercado de capitais e em decorrência das próprias características de tal transação, que se mostram ainda mais eloquentes quando aplicável e exercida a faculdade de instituição de regime fiduciário, a

companhia securitizadora se distingue das demais sociedades anônimas, que exercem outros tipos de atividade econômica.

Em virtude desse marcado contraste, cabe a reflexão sobre a adequação das normas atualmente existentes para reger o registro de companhias de que trata o art. 4º da Lei nº 6.404/1976²⁹ às companhias securitizadoras.

Atualmente, as companhias securitizadoras estão sujeitas às mesmas regras básicas de registro perante a Comissão de Valores Mobiliários e de divulgação de informações periódicas e eventuais relativas a quaisquer outras companhias, notadamente a Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009, e a Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002.

Em decorrência do exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 4º, §3º, da Lei nº 6.404/1976,³⁰ a Instrução CVM nº 480/2009 estabelece duas categorias de registro de companhias que desejarem ter seus valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados.

A obtenção do registro na categoria “A” autoriza a negociação de quaisquer valores mobiliários, inclusive ações, certificados de depósito de ações ou quaisquer valores mobiliários neles conversíveis ou permutáveis; e a obtenção do registro na categoria “B” importa autorização para admissão em mercados regulamentados de quaisquer valores mobiliário exceto aqueles expressamente referidos para a categoria anterior.

Em decorrência de limitação do rol de valores mobiliários passíveis de negociação, o emissor registrado na categoria “B” possui diversas dispensas do ponto de vista informacional, que é menos rigoroso em comparação àquele

²⁹ Como pontua PITTA acerca das diferenças das regras incidentes sobre as companhias abertas em relação às companhias fechadas, “o regime jurídico aplicável a ambas as espécies de sociedades por ações difere, basicamente, em três aspectos principais, a saber:

(i) nos direitos protetivos daqueles que investem seus recursos, na medida em que o investidor de uma companhia aberta, que realiza seu investimento no mercado primário ou secundário de valores mobiliários, possui menor poder de barganha com relação aos seus direitos, em comparação com aqueles que dispõem de seus recursos para a formação de uma companhia fechada; (ii) no regime informacional aplicável às companhias abertas, em decorrência de sua inserção no mercado de valores mobiliários; e (iii) na existência de uma maior quantidade de regras cogentes aplicáveis às companhias abertas” (PITTA, André Grünspun. *O Regime de Informação das Companhias Abertas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 191-192).

³⁰ “Art. 4º. [...].

§ 3º A Comissão de Valores Mobiliários poderá classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos negociados no mercado, e especificará as normas sobre companhias abertas aplicáveis a cada categoria.”

aplicável à categoria “A”.³¹ Em virtude da natureza dos títulos de securitização, ordinariamente as companhias securitizadoras se registram na categoria “B”.

Além das obrigações informacionais, as companhias abertas se sujeitam a normas societárias de caráter cogente, tanto dispostas de modo expresse na Lei nº 6.404/1976, quanto decorrentes das regras expedidas pela própria CVM, conforme delegação de competência contida no parágrafo 6º do art. 21, no art. 21-A e no parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 6.385/1976.³²

³¹ Como assevera PITTA, “[C]omo contrapartida dessa limitação, os emissores “categoria B” se sujeitam a um regime informacional menos rigoroso, modulado justamente em função da natureza dos valores mobiliários de sua emissão que são passíveis de negociação em mercados públicos” (PITTA, André Grünspun. Artigo 21. In CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (Coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais – Lei nº 6.385/1976*. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 447).

³² Veja-se abaixo o rol de aspectos que compete à CVM normatizar, conforme o artigo 22 da Lei nº 6.385/1976:

“Art. 21. [...].

[...]”

§ 6º – Compete à Comissão expedir normas para a execução do disposto neste artigo, especificando:

I – casos em que os registros podem ser dispensados, recusados, suspensos ou cancelados;

II – informações e documentos que devam ser apresentados pela companhia para a obtenção do registro, e seu procedimento.

III – casos em que os valores mobiliários poderão ser negociados simultaneamente nos mercados de bolsa e de balcão, organizado ou não.”

“Art. 21-A. A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas aplicáveis à natureza das informações mínimas e à periodicidade de sua apresentação por qualquer pessoa que tenha acesso a informação relevante.”

“Art. 22. [...].

§1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre:

I – a natureza das informações que devam divulgar e a periodicidade da divulgação;

II – relatório da administração e demonstrações financeiras; (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

III – a compra de ações emitidas pela própria companhia e a alienação das ações em tesouraria;

IV – padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes;

V – informações que devam ser prestadas por administradores, membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários, relativas à compra, permuta ou venda de valores mobiliários emitidas pela companhia e por sociedades controladas ou controladoras;

VI – a divulgação de deliberações da assembléia-geral e dos órgãos de administração da companhia, ou de fatos relevantes ocorridos nos seus negócios, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia;

VII – a realização, pelas companhias abertas com ações admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão organizado, de reuniões anuais com seus acionistas e agentes do mercado de valores mobiliários, no local de maior negociação dos títulos da companhia no ano anterior, para a divulgação de informações quanto à respectiva situação econômico-financeira, projeções de resultados e resposta aos esclarecimentos que lhes forem solicitados;

VIII – as demais matérias previstas em lei.”

Ainda no âmbito da Instrução CVM nº 480/2009, a autarquia reguladora do mercado de capitais estabelece que cada patrimônio separado relativo a CRI ou CRA é considerado entidade que deve reportar informações à CVM, devendo a companhia securitizadora – em linha com o mandamento legal correlato – produzir e divulgar as demonstrações financeiras de cada patrimônio, o qual deve ser auditado por auditor independente registrado na CVM e divulgado ao mercado.³³

Também em caráter complementar àquilo já exigido ordinariamente das companhias abertas categoria “B”, as regras expedidas pela CVM relativamente às ofertas públicas de CRA e CRI expedidas pela CVM³⁴ contêm obrigações informacionais adicionais que devem ser observadas pelas companhias securitizadoras, notadamente a obrigação de envio das informações mensais que são objeto dos Anexos 32-II e 32-III da Instrução CVM nº 480/2009.

As normas aplicáveis a todas as companhias abertas de categoria “B” abrangem a divulgação e atualização periódica do Formulário de Referência, cujo modelo não contempla especificidades relativas à atuação das companhias securitizadoras.

Da mesma forma, as regras de divulgação de atos e fatos relevantes que constam da Instrução CVM nº 358/2002, embora sejam amplas o suficiente para comportar interpretação de caráter finalístico que as adeque à realidade das companhias securitizadoras, não contêm comandos suficientemente claros para direcionar a incidência de responsabilização do administrador da companhia securitizadora na decisão pela divulgação ou não de certos fatos concernentes a patrimônios separados específicos, por exemplo.

³³ Veja-se o que dispõe a este respeito a Instrução CVM nº 480/2009:

“Art. 25-A Para efeitos desta Instrução, em se tratando de companhia securitizadora, cada patrimônio separado é considerado uma entidade que reporta informação para fins de elaboração de demonstrações financeiras individuais, desde que a companhia securitizadora não tenha que consolidá-lo em suas demonstrações conforme as regras contábeis aplicáveis a sociedades anônimas.

§ 1º As demonstrações financeiras individuais de cada patrimônio separado devem ser:

I – elaboradas de acordo com as práticas contábeis aplicáveis às companhias abertas;

II – auditadas por auditores independentes registrados na CVM; e

III – entregues à CVM, por meio de sistema disponível em sua página na rede mundial de computadores, na data em que forem colocadas à disposição do público, o que não deve ultrapassar 3 (três) meses do encerramento do exercício social.”

³⁴ A saber, a Instrução CVM nº 414, de 30 de dezembro de 2004, para os CRI, e a Instrução CVM nº 600, de 1º de agosto de 2018, para os CRA.

Por outro lado, faltam em tais regras disposições informacionais e requisitos de estrutura e governança das companhias securitizadoras que sejam adequadas à especificidade de sua atividade econômica.

Nesse sentido, poderia haver requisitos informacionais expressamente voltados à adequada estruturação as operações de securitização, ou de descrição das estruturas de governança e formalização de tais transações; no entanto, demanda-se um extenso rol de informações, sobretudo no Formulário de Referência, que possuem menor relevância no contexto de atuação das securitizadoras.³⁵

6. A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS COMPANHIAS SECURITIZADORAS

O registro de emissor de valores mobiliários perante a CVM possui caráter eminentemente instrumental, pois consiste em mecanismo para assegurar a adequada divulgação de informações relativas ao emissor e aos respectivos valores mobiliários ao público investidor (*disclosure*), assegurando a adequada precificação desses títulos e o subsídio à decisão de investimento.³⁶

A delimitação das informações que serão objeto de divulgação ao público investidor (*disclosure*), por seu turno, deve ser orientada pelas finalidades e objetivos da atuação regulatória da CVM, que envolvem não apenas a proteção

³⁵ Por exemplo: (i) descrição dos fatores de risco relacionados a fornecedores e clientes da companhia securitizadora, bem como a países estrangeiros em que a securitizadora atua e segmentos econômicos de suas atividades; (ii) comentários dos diretores sobre destinação de lucros da companhia securitizadora; (iii) descrição de operações societárias envolvendo a companhia securitizadora, dentre outros elementos que, especialmente quando estamos diante de companhias securitizadoras autorizadas a constituírem patrimônios separados, são pouco relevantes para a informação adequada do investidor.

³⁶ “A implementação do regime de disclosure efetiva-se por meio de um sistema de registros administrados pela CVM por força do previsto na LMVM, cuja concessão possui a serventia de atestar que as informações exigidas pelo regime regulatório foram prestadas na extensão e na qualidade desejada, sem implicar, entretanto, em qualquer opinião meritória sobre os valores mobiliários em questão.

Daí decorre a natureza instrumental do registro de emissores e de ofertas públicas de valores mobiliários administrado pela CVM: ambos consistem em meios (instrumentos) pelos quais se procede a prestação de informações a CVM, objetivando sua divulgação aos investidores” (PITTA, André Grünspan. *O Regime de Informação das Companhias Abertas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 204).

ao investidor, mas também o funcionamento eficiente do mercado de capitais brasileiro e o estímulo à sua expansão.³⁷

Com base nos elementos referidos e na competência de criação de categorias específicas de companhias abertas, a Resolução propõe a criação de duas novas categorias voltadas especificamente às securitizadoras, em virtude das características dos valores mobiliários por elas emitidos.

A primeira delas, denominada S1, é aplicável às companhias securitizadoras que pretendam emitir exclusivamente títulos de securitização sujeitos ao regime fiduciário. Em razão disso, suas exigências informacionais são reduzidas em relação àquelas aplicáveis à categoria S2, destinada às companhias securitizadoras que desejarem emitir títulos de securitização não sujeitos ao regime fiduciário.

Essa segmentação se afigura justificada, na medida em que a instituição do regime fiduciário tem como finalidade e consequência a criação de um patrimônio de afetação destacado do patrimônio comum da securitizadora e aos demais patrimônios separados que sejam por ela titularizados, conforme já acima debatido, o que mitiga de forma relevante a relevância dos aspectos relativos ao patrimônio comum da securitizadora em relação aos investidores adquirentes dos CRI ou CRA integrantes do patrimônio apartado em questão.

A obtenção do registro nessas novas categorias demanda o cumprimento de requisitos diferentes daqueles que se aplicam às categorias de registro “A” e “B”, propostos em linha com as peculiaridades das securitizadoras.³⁸

Tais requisitos podem ser sistematizados em 3 eixos principais: (i) regras informacionais de caráter periódico e eventual voltadas especificamente às companhias securitizadoras; (ii) normas de conduta voltadas à atuação das securitizadoras; e (iii) regras organizacionais mínimas que informarão a atuação e estrutura destas entidades.

³⁷ Conforme dispõe a Lei nº 6.385/1976:

“Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

I – estimular a formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários;

II – promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;

III – assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão; [...]”.

³⁸ Vale registrar que o Edital é fruto de intercâmbio de informações entre a CVM e a ANBIMA havido entre os anos de 2019 e 2020, de que o autor teve o privilégio de participar, a convite da ANBIMA e no âmbito interno desta. Desse modo, a proposta normativa partiu de uma reflexão das entidades integrantes do mercado de capitais, mediante provocação do regulador, e é fruto da dialética entre ambas as esferas, algo que reputamos muito positivo e digno de elogio.

No primeiro eixo, destacam-se:

- i) a previsão de um modelo de Formulário de Referência que passa a contemplar informações aderentes à realidade das companhias securitizadoras, limando dados que se mostravam pouco afeitos à sua atuação ao passo que, igualmente, inclui elementos novos e voltados ao entendimento, pelo investidor, da atuação da emissora como estruturadora e gerenciadora de operações de securitização;³⁹ e
- ii) a criação de um regime próprio de divulgação de atos e fatos relevantes, focado nas operações de securitização, abrangendo tanto as emissões quanto os respectivos lastros e a própria emissora.

Em relação às normas de conduta, a CVM reforça o papel da companhia securitizadora como agente auxiliar da atuação fiscalizatória da autarquia (*gatekeeper*),⁴⁰ atribuindo-lhe o poder-dever de atuar como garante do cumprimento da regulamentação aplicável às operações de securitização em relação aos agentes por ela contratados no âmbito destas transações.

Ainda nessa linha, são atribuídos à companhia securitizadora diversos deveres positivos e negativos de conduta que buscam assegurar o alinhamento de interesses entre a emissora e seus investidores, além do adequado funcionamento das operações de securitização.⁴¹

Por último, o terceiro eixo abrange tanto comandos diretos contidos na própria Resolução quanto elementos estruturais que podem ser depreendidos dos requisitos informacionais previstos ao longo do normativo proposto.

No primeiro grupo, estão as obrigações:

- i) de indicação de dois diretores estatutários responsáveis, respectivamente, pelas atividades de securitização, que também é o responsável pela prestação das informações periódicas e eventuais previstas na Resolução (Diretor de Securitização) e outro pela observância das normas previstas na Resolução e das regras, políticas, procedimentos e controles internos que a companhia securitizadora é obrigada a adotar nos termos da Resolução (Diretor de *Compliance*), os quais substituem a figura do Diretor de Relações com Investidores previsto na Instrução CVM nº 480/2009; e

³⁹ Destaca-se, aqui, a seção 8 do modelo de Formulário de Referência de Companhia Securitizadora proposto na Resolução, que demanda minuciosa descrição da estrutura operacional e administrativa da emissora.

⁴⁰ Conceito definido por Haensel como “indivíduos ou instituições dotadas de qualificações especializadas (por vezes ligadas a uma profissão) que se valem da confiança e da reputação adquiridas para assegurar, ao mercado de valores mobiliários e aos investidores, a conformidade ao ordenamento jurídico das operações que passarem por seu exame” (HAENSEL, Taimi. *A Figura dos Gatekeepers*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 70).

⁴¹ Destacando-se, neste passo, as obrigações dispostas nos arts. 19 a 22; 26, 28 e 29 da Resolução.

- ii) de segregação de atividades de securitização das demais exercidas por outras pessoas jurídicas integrantes de seu grupo econômico.

No segundo grupo estão os elementos organizacionais que decorrem de obrigações específicas de manutenção de políticas exigidas pela Resolução ou de descrição de processos e procedimentos internos da companhia securitizadora em informações a serem divulgadas ao mercado.⁴²

Embora essas regras não exijam forma específica de cumprimento, são indutivas da adoção de elementos organizacionais que sejam, a critério da companhia securitizadora, suficientes para o cumprimento das regras correlatas.

Tendo em vista a análise traçada nas seções anteriores do presente artigo, as normas propostas no âmbito da Resolução são consistentes com as finalidades da regulação da CVM e adequadas ao aprimoramento do regramento incidente às companhias securitizadoras, porque mais aderentes à realidade dessas peculiares emissoras de valores mobiliários.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou avaliar a adequação da criação de novas categorias de registro de companhias abertas voltadas especificamente às companhias securitizadoras, conforme proposta de Resolução submetida a audiência pública pela CVM.

⁴² Nesse sentido, a leitura atenta da Resolução permite deduzir as seguintes exigências em termos de regras, políticas e procedimentos internos obrigatórios:

- Manutenção de um Código de Ética (art. 34, II, da Resolução);
- Política de negociação de títulos de sua emissão por seus administradores, empregados, colaboradores, sócios controladores e pela própria companhia (art. 17, VI, da Resolução);
- Política de compliance (art. 19, I, da Resolução e item 9.3 do Formulário de Referência);
- Política de confidencialidade (art. 20, I, da Resolução);
- Política de seleção, contratação e supervisão de prestadores de serviços (item 9.1 do Formulário de Referência);
- Política de assembleias especiais de investidores (item 13.1 do Formulário de Referência)
- Política de segurança da informação, contingência e continuidade de negócios (art. 20, II, da Resolução e item 9.2 do Formulário de Referência);
- Política de treinamento de administradores, empregados e colaboradores que tenham acesso a informações confidenciais ou participem de processo de distribuição de certificados e valores mobiliários (art. 20, III, da Resolução);
- Regras para cadastro de clientes (*know your client*) e prevenção à prática de crimes de lavagem e ocultação de bens e direitos (*anti-money laundering*) (art. 31, I, “a” e “c”, da Resolução); e
- Política de *Suitability* (art. 31, I, “b”, da Resolução).

O cumprimento de todas essas regras internas, bem como das normas emanadas da CVM e aplicáveis à companhia securitizadora, deve ser aferido em relatório anual de *compliance* elaborado pelo Diretor de Compliance, que deve conter manifestação do Diretor de Securitização e ser amplamente divulgado, consoante o art. 21 da Resolução.

Para tanto, de início se resgatou uma definição instrumental de securitização de recebíveis, com a qual a definição de “operação de securitização” constante da proposta de Resolução se mostrou substancialmente consistente.

A seguir, foi feita breve exposição sobre a natureza das companhias securitizadoras, ocasião em que se salientou como sua característica peculiar o fato de seu objeto social ser restrito à finalidade de realização de securitizações de recebíveis. Desse modo, do ponto de vista da companhia securitizadora, a securitização de recebíveis não é apenas uma transação de mercado de capitais, mas atividade econômica exercida em caráter empresarial.

A companhia securitizadora se insere no contexto das operações de securitização como entidade de propósito específico responsável pela aquisição dos recebíveis lastreadores e pela emissão dos títulos de securitização respectivos, constituindo o elemento que dá concretude à coligação contratual que é elemento constitutivo fundamental das referidas transações.

O caráter peculiar da atividade das companhias securitizadoras, em contraste com as companhias que exercem outras atividades econômicas, ganha ainda maior destaque quando possível a instituição de regime fiduciário no âmbito das operações de securitizações.

Nesse caso, o patrimônio da securitizadora se desdobra em um patrimônio comum e em patrimônios separados, que constituem verdadeiros patrimônios de afetação compostos pelos recebíveis lastreadores das operações de securitização, no ativo, e pelos títulos de securitização, no passivo.

Embora ainda titularizados pela companhia securitizadora, tais patrimônios separados se sujeitam a diversas limitações ao exercício, sobre ele, de direitos pela própria securitizadora quanto por seus credores, em virtude do caráter fiduciário do vínculo que se forma entre os patrimônios separados, a companhia securitizadora e os respectivos investidores.

Em decorrência dessas características, as regras aplicáveis às categorias “A” e “B” de registro de companhias abertas ora vigentes apresentam limitações quanto à adequada informação das operações de securitização praticadas pelas companhias securitizadoras aos respectivos investidores, ora demandando a prestação de informações que apresentam pouco relevo em relação à realidade desses emissores, ora deixando de lado aspectos que são mais nevrálgicos para a espécie em questão.

Desse modo, afigura-se adequada a criação de novas categorias de registro de companhias abertas, voltadas especificamente às companhias securitizadoras e estabelecendo requisitos informacionais, normas de conduta e regras organizativas que melhor se adequam às características peculiares desses emissores e em consonância com as finalidades legais de atuação regulatória da CVM.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS. *Boletim de Mercado de Capitais – Dezembro 2020*. Abas 2 e 12. Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/relatorios/mercado-de-capitais/boletim-de-mercado-de-capitais/emissoes-domesticas-registraram-volume-de-r-370-bilhoes-em-2020.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BURANELLO, Renato; OIOLI, Erik Frederico. *Certificados de Recebíveis do Agronegócio: Os Sistemas Agroindustriais e o Mercado de Capitais*. Londrina: Toth, 2019.

CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Coleção Tratado de Direito Empresarial*, 2. ed., v. 3. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CHAVES, Natália Cristina. *Direito Empresarial – Securitização de Créditos*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

COELHO, Diego Gonçalves. *Securitização de Recebíveis Imobiliários e do Agronegócio*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

CVM. Edital de Audiência Pública SDM nº 05/2020. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2020/sdm0520_edital.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

HAENSEL, Taimi. *A Figura dos Gatekeepers*. São Paulo: Almedina, 2014.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos Valores Mobiliários*. Tomo 1, Volume 1. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

OIOLI, Erik F.; LISBOA, Henrique V.; RIBEIRO JR., José Alves. *Falta de Definição do Conceito de Crédito Imobiliário Gera Incertezas*. Consultor Jurídico, São Paulo, 07.07.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/opiniao-falta-definicao-credito-imobiliario-gera-incertezas>. Acesso em: 24 jan. 2021.

PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais*. 2. ed. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. 06, coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PITTA, André Grünspun. Artigo 21. In: CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (Coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais – Lei nº 6.385/76*. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

PITTA, André Grünspun. *O Regime de Informação das Companhias Abertas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. *Securitização de Recebíveis – Elementos Constitutivos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário*. São Paulo: Atlas, 2014.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Volume 3. São Paulo: Malheiros, 2008.

7

OBSTÁCULOS PARA A AMPLIAÇÃO DO USO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NAS OPERAÇÕES ESTRUTURADAS VIA EMIÇÃO DE CERTIFICADOS DE RECEBÍVEIS IMOBILIÁRIOS (CRI)

Luiz Paulo Lago Daló
André Rodrigues Corrêa

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se refere à alienação fiduciária de bens imóveis, instituída pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, voltada às operações estruturadas, procurando contemplar as características dessa modalidade de garantia para, ao final, chegar a uma conclusão sobre os benefícios e os desafios desse instituto, em especial no âmbito da emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), regido pela lei anteriormente descrita e pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários nº 414 de 30 de dezembro de 2.004.

A captação de recursos por meio dos CRI é decorrência da criação do Sistema Financeiro Imobiliário, por intermédio da Lei nº 9.514/1997, que tem por finalidade solucionar ou atenuar o problema de escassez de recursos da poupança e

que, entre outros avanços, regulamentou a alienação fiduciária de bem imóvel¹ e criou a securitização de recebíveis imobiliários por meio da emissão de CRI.

Ocorre que há inúmeras controvérsias acerca da alienação fiduciária sobre bens imóveis em operações estruturadas que podem dificultar ou obstar negócios jurídicos. Há exemplos de tais questionamentos nos debates sobre a possibilidade de o credor fiduciário executar o saldo devedor remanescente se o valor obtido com o leilão extrajudicial do bem imóvel não for suficiente para quitar a dívida, sobre os efeitos da alienação fiduciária de bem imóvel em caso de recuperação judicial do devedor fiduciante e impossibilidade de consolidação do imóvel ao credor fiduciário se vier a recair indisponibilidade de bens sobre o imóvel objeto de garantia.

Os desafios hoje encontrados nas operações estruturadas: a excussão da alienação fiduciária de bens imóveis; sua judicialização; a possibilidade ou não de as partes afastarem a quitação da dívida e a exoneração de devedor em caso de não arrematação do imóvel no segundo leilão (quando se tratar de operações não consumeristas, sendo que já há algumas exceções previstas em lei e um projeto de lei que visa afastar tal quitação quando decorrente de operações estruturadas); a execução de vários imóveis; a recuperação judicial e o bem essencial; e, ainda, a indisponibilidade de bens e o risco de não consolidação do imóvel em nome do credor.

A princípio poder-se-ia perguntar se os desafios descritos a seguir seriam vinculados ou não ao inadimplemento do devedor fiduciante e qual seria o elemento comum a todos eles. Entendemos que tais desafios e problemas estejam vinculados porque, se o credor deixar de tomar medidas céleres na execução da alienação fiduciária para satisfazer seu crédito, esses eventos podem ocorrer sequencial e conjuntamente, razão pela qual passamos a demonstrar os principais desafios quando do inadimplemento do devedor fiduciante numa operação estruturada.

O objetivo deste estudo é realizar um mapeamento dos principais obstáculos enfrentados pela alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas, por meio da emissão de CRI, com vistas a expor estratégias e mecanismos contratuais que permitam a utilização mais segura da alienação

¹ Para Melhim Namem Chalhub, a regulamentação do instituto da alienação fiduciária de imóvel “representa, sem dúvida alguma, uma valiosa colaboração à tentativa de recuperação dos investimentos produtivos que a sociedade tanto exige e, conseqüentemente, à redução do chamado “custo Brasil”, que se impõe para que o país possa progredir adequadamente” (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, Prefácio).

fiduciária nas operações supramencionadas e, dessa forma, contribuir para o maior desenvolvimento do mercado imobiliário, incluindo a desintermediação bancária e a redução dos custos da transação, para que os empreendedores imobiliários não se limitem a empréstimos bancários.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA EXCUSSÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Como vimos, a celeridade com que o credor fiduciário pode consolidar a propriedade do imóvel vem suscitando questionamentos, inclusive nas operações estruturadas, as quais decorrem da celebração de diversos contratos complexos e coligados, em que se questiona, em caso de inadimplemento do devedor fiduciante, o procedimento a ser adotado – por exemplo, a execução conjunta ou segregada dos imóveis em garantia, nas operações em que vários imóveis são outorgados em alienação fiduciária para garantir o financiamento de projetos.

Nesse sentido, os titulares dos CRI passaram a encontrar algumas dificuldades na execução da alienação fiduciária, principalmente por conta da judicialização de seu procedimento de excussão, em que, para procrastinar a execução, os devedores fiduciantes procuram suspender a realização dos leilões por meio de liminares, em que questionam o valor de avaliação do imóvel para efeitos de leilão, mesmo que previamente acordado contratualmente, a validade da operação e alegam, ainda, a ocorrência da teoria da imprevisão.² A reunião desses fatores acaba comprometendo a segurança jurídica e a viabilidade jurídica e econômica da emissão de CRI.

Podemos ainda citar como questionamentos à execução da alienação fiduciária os seguintes casos: (i) se a excussão de um dos imóveis outorgados em alienação fiduciária extinguiria a totalidade da dívida, de acordo com os §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, gerando a obrigatoriedade da liberação e a extinção das garantias adicionais eventualmente outorgadas (comum em operações estruturadas, tais como a cessão fiduciária de direitos creditórios,

² A teoria da imprevisão constitui uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda* e tem origem no princípio da *rebus sic stantibus*, que é assim entendida pela doutrina: “A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3: Contratos e atos unilaterais, p. 51).

a alienação fiduciária de quotas ou ações da sociedade de propósito específico [SPE] desenvolvedora do empreendimento ou os seguros-garantia), (ii) se se deve fazer um único leilão dos imóveis em conjunto, observando que os imóveis podem estar localizados em diferentes circunscrições imobiliárias, e ainda (iii) se se poderia dar continuidade à cobrança do saldo devedor residual, desde que isso seja prévia e expressamente acordado entre as partes e que não decorra de relação consumerista (financiamento habitacional).

Tais questionamentos geram insegurança jurídica, pois, apesar de a operação estruturada ter sido idealizada para afastar a execução pelo Poder Judiciário, os credores, temendo não receber o crédito concedido, antes de iniciar o leilão extrajudicial dos imóveis outorgados em alienação fiduciária, poderiam passar a optar por cobrar a dívida por meio de processo de execução, para evitar o risco de receber apenas o valor de um dos imóveis alienados fiduciariamente e executados por leilão extrajudicial e ser obrigados a outorgar a quitação da dívida se não houver licitante no segundo leilão.

Em razão de tais questionamentos e da insegurança jurídica gerada, há o aumento de risco para os investidores, que procuram, pela aquisição dos CRI, uma forma alternativa de poupança de longo prazo, até porque tais operações são idealizadas para afastar a execução da garantia pela Poder Judiciário de modo que, em vez de aproveitarem a celeridade prometida pela Lei nº 9.514/1997, os credores fiduciários, por vezes, veem-se obrigados a se submeterem à morosidade da Justiça para tentar receber seu crédito, maculando a celeridade pretendida pela referida lei.

Portanto, para evitar o perdão e a quitação da dívida prevista no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 e possibilitar a cobrança do saldo devedor em caso de inadimplemento dos devedores, os credores podem, antes da execução extrajudicial da alienação fiduciária, optar pela execução judicial das demais garantias pessoais ou reais, o que não tem sentido nas operações estruturadas, em que o imóvel em alienação fiduciária em garantia deveria ser suficiente para o pagamento integral do saldo devedor financiado.

Desta forma, a Lei nº 9.514/1997 perderia um “importante diferencial em relação às demais modalidades de garantia, a despeito de ter criado um procedimento rápido de satisfação do crédito, este procedimento acaba não sendo adotado de imediato, diante da necessidade de executar previamente outra garantia pelo procedimento judicial, a fim de assegurar a integral recuperação da quantia financiada”.³

³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina

Vale lembrar que “o principal pilar que sustenta o direito das garantias: a certeza da plena recuperação da quantia mutuada”⁴ não pode ser afetado pelo perdão de dívida imposto pela Lei nº 9.514/1997 quando se tratar de operações não residenciais, pois os credores visam ao retorno de seu investimento quando, por exemplo, fazem uma operação de CRI distribuída entre diversos investidores que, procurando formar uma poupança de longo prazo, aderem aos termos e às condições dos CRI.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino e Marcos Alberto Rocha Gonçalves destacam que “o §5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 consubstancia regra particular, própria para a tutela de devedor vulnerável, não sendo razoável a sua incidência em relações paritárias, nas quais deveria prevalecer a disciplina geral das garantias reais, aplicável também à alienação fiduciária de bens móveis. Dada a especificidade da regra especial, que tem por finalidade proteger o contratante vulnerável, notadamente no financiamento imobiliário, sua aplicação poderia ser validamente afastada por contratantes em relações paritárias”⁵.

3. A QUITAÇÃO DA DÍVIDA E EXONERAÇÃO DO DEVEDOR SE O IMÓVEL NÃO É ARREMATADO NO SEGUNDO LEILÃO

A alienação fiduciária de bem imóvel tem grande utilidade para operações realizadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, por se tratar de uma forma célere de execução de garantia em caso de inadimplemento do devedor, a qual se dá extrajudicialmente, de acordo com os procedimentos específicos previstos no art. 27 da Lei nº 9.514/1997.

Assim, mesmo sendo obrigatória a venda do imóvel pelo credor, em razão da vedação do pacto comissório “o credor fiduciário se encontra em posição privilegiada em relação aos demais titulares de outras garantias, já que tem a sua disposição rápido e sólido mecanismo extrajudicial de satisfação do crédito

legal. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 215-240, p. 233-234.

⁴ TERRA e GUEDES (2017a), p. 235.

⁵ TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. Consultor Jurídico, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>. Acesso em: 19 fev. 2019.

diante do inadimplemento, além de não se subordinar aos efeitos da falência ou do procedimento de recuperação”.⁶

Não obstante, sob a ótica do direito e economia, há determinadas externalidades negativas relativas à alienação fiduciária de bem imóvel em operações estruturadas envolvendo a emissão de CRI, como se pode observar o disposto no §5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, de acordo com o qual, se o imóvel não for arrematado no segundo leilão extrajudicial, o credor o adjudicará e deverá outorgar a quitação da dívida ao devedor, inclusive no caso em que o valor do débito seja superior ao da dívida,⁷ não podendo o credor continuar a cobrar-lhe o saldo remanescente.

Tal regra é especial e se diferencia da execução das outras garantias, nas quais, mesmo depois da execução do bem, o devedor continua obrigado ao pagamento do saldo remanescente, sendo facultado ao credor executar judicialmente a cobrança dessa diferença, bem como incluir a execução das outras garantias eventualmente outorgadas.

Dessa forma,

a questão assume particular relevância em razão de o legislador ter imposto ao credor o dever de, sendo-lhe adjudicado o bem, dar ao devedor quitação da dívida. Imperioso, portanto, investigar o real âmbito de incidência da norma, a fim de que seja possível extrair da alienação fiduciária todos os potenciais benefícios não apenas às partes contratantes, mas sobretudo ao mercado creditício, que se expande e se fortalece com o incremento dos mecanismos de satisfação do crédito.⁸

Ocorre que, por óbvio, o maior interesse do credor não é manter o imóvel para si, mas receber os valores devidos pelo devedor, e, tratando-se de operação estruturada por emissão de CRI, pode haver vários credores, pois os CRI são distribuídos no mercado financeiro e de capitais e representam a poupança do credor que busca uma forma alternativa de investimento em longo prazo. Por essa razão, não interessa aos credores/investidores ficarem com o imóvel.

Vale lembrar que, nas operações estruturadas, é sempre recomendável ao credor angariar imóveis em garantia de valor superior ao da dívida, para que sempre haja um excedente e para forçar o devedor a pagar a dívida, já que este

⁶ TERRA; GUEDES, 2017a, p. 220.

⁷ “Art. 27 [...] §5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no §2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o §4º”.

⁸ TERRA; GUEDES, 2017a, p. 231.

não terá interesse em correr o risco de perder seu bem e os valores até então pagos em favor do credor.

Apesar de ser permitido contratar a alienação fiduciária livremente entre as partes, a Lei nº 9.514/1997 foi essencialmente concebida no âmbito do financiamento imobiliário em geral e como alternativa ao SFH, como esclarece sua exposição de motivos onde se destaca que:

As operações de financiamento serão livremente contratadas entre as partes e deverão apenas observar as seguintes condições mínimas: reposição integral do valor emprestado, remuneração do capital, capitalização dos juros e contratação de seguros considerados essenciais, como aqueles que garantem a liquidação do financiamento no caso de morte ou invalidez permanente do tomador do empréstimo. [...] o projeto de lei permite a aplicação, na negociação de bens imóveis, do contrato de alienação fiduciária, que já integra nosso ordenamento jurídico quanto aos bens móveis. Reside aí a grande inovação; por oferecer segurança quanto à execução sem delongas da garantia, o contrato de alienação fiduciária constitui poderoso estímulo ao crédito [...]. Trata-se de verdadeira pedra angular do novo modelo de *financiamento habitacional* ora proposto. [...] estamos convictos de que o presente projeto de lei cria as condições para *mobilizar volume crescente de recursos para o setor habitacional*, com redução tendencial dos custos dos financiamentos, seja pela ampliação da oferta de imóveis, seja pela diminuição dos riscos implícitos na concessão de crédito (grifos nossos).⁹

Assim, o objetivo da quitação da dívida ao devedor decorre do espírito da Lei nº 9.514/1997, destinada a proteger os consumidores, ou seja, os adquirentes hipossuficientes, de forma que, em caso de inadimplemento, o devedor “não continuará obrigado pessoalmente por qualquer valor que não seja eventualmente satisfeito pela perda do imóvel”.¹⁰

Em razão do problema com a quitação da dívida, se o imóvel alienado fiduciariamente não for arrematado em leilão, a Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017, estabeleceu regras relativas à contratação, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, de abertura de limite de crédito, bem como no âmbito das operações realizadas no sistema de consórcios, nos termos do § 6º do art. 14 da

⁹ Exposição de Motivos da instituição da Lei nº 9.514/1997. Apresentada por Antonio Kandir e Pedro Malan, então ministros do Planejamento e da Fazenda, respectivamente, em 9 de junho de 1997, p. 3-4.

¹⁰ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 157.

Lei nº 11.795/2008,¹¹ que, entre as medidas estabelecidas para a cobrança do crédito concedido, inovou ao excluir a aplicação dos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 dos casos de garantia por alienação fiduciária de imóvel.

De acordo com a nova regra aplicável a esse tipo de contrato, depois dos leilões, se houver dívida remanescente, o credor poderá continuar cobrando do devedor ou do garantidor o saldo da dívida e os encargos, ainda que o imóvel já tenha sido leiloadado ou adjudicado, nos termos do art. 9º da Lei nº 13.476/2017.¹²

Nesse sentido, a possibilidade de cobrar o saldo residual só existe na hipótese de excussão das garantias constituídas no instrumento de abertura de crédito e no sistema de consórcios. Nas palavras de Afranio Dantzer, a “regra de quitação automática da dívida do fiduciante só é excepcionada nas operações realizadas no sistema de consórcios, regulado pela Lei nº 11.795/2008, e naquelas de abertura de limite de crédito, realizadas exclusivamente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.”¹³

Portanto, nas operações estruturadas, entendemos que essa restrição também poderia ser tratada de outra forma, sem a quitação e a extinção da dívida em caso de não arrematação do imóvel em segundo leilão, assim como em caso de excussão das garantias constituídas no instrumento de abertura de crédito, pois essa quitação impede a cobrança de toda e qualquer garantia adicional constituída, tais como fiança, aval, cessão fiduciária de créditos, alienação fiduciária de bens móveis etc., até porque, às vezes, a alienação fiduciária do imóvel pode não ser suficiente para o pagamento integral da dívida contratada.

Dada essa insegurança no que tange ao desenvolvimento de operações estruturadas, em algumas situações pode-se cogitar substituir a alienação fiduciária pela hipoteca, em razão do disposto no art. 1.430 do Código Civil, tendo em conta que, se o produto da execução da hipoteca não for suficiente para pagar a dívida e as respectivas despesas, o devedor continua responsável pelo

¹¹ Art. 14, §6º, Lei nº 11.795/2008: “Para os fins do disposto neste artigo, o oferecedor de garantia por meio de alienação fiduciária de imóvel ficará responsável pelo pagamento integral das obrigações pecuniárias estabelecidas no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, inclusive da parte que remanescer após a execução dessa garantia”.

¹² Art. 9º Se, após a excussão das garantias constituídas no instrumento de abertura de limite de crédito, o produto resultante não bastar para quitação da dívida decorrente das operações financeiras derivadas, acrescida das despesas de cobrança, judicial e extrajudicial, o tomador e os prestadores de garantia pessoal continuarão obrigados pelo saldo devedor remanescente, não se aplicando, quando se tratar de alienação fiduciária de imóvel, o disposto nos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

¹³ DANTZER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31

pagamento do saldo devedor remanescente. A nosso ver, isso seria um retrocesso, posto que, apesar da possibilidade de transcorrer extrajudicialmente em casos específicos, nos termos do Decreto-Lei nº 70/1966, a hipoteca é geralmente executada por via judicial.

Nesse sentido, destacamos o art. 1.366 do Código Civil, o qual estabelece que, quando o produto da venda não bastar para quitar a dívida e as despesas, o devedor continuará obrigado ao pagamento do saldo devedor remanescente. Ocorre que tal dispositivo não é e não pode ser aplicado aos casos em que se constitui alienação fiduciária de bem imóvel, por ser a Lei nº 9.514/1997 uma lei especial. De acordo com o art. 1.367 do Código Civil, a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis se sujeita às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial do Código Civil, e, *no que for específico, à legislação especial pertinente*, e o art. 1.368-A do Código Civil prevê ainda que a propriedade fiduciária ou a titularidade fiduciária se submetem à disciplina específica das respectivas *leis especiais, e só se aplicam as disposições desse Código àquilo que não for incompatível com a legislação especial*.

Segundo nosso melhor entendimento, tal interpretação é correta e não poderia ser afastada pelas partes por se tratar de uma norma cogente.¹⁴ Não obstante, entendemos que a Lei nº 9.514/1997 deveria ser alterada para que tal restrição se aplicasse notadamente aos financiamentos imobiliários voltados à aquisição de imóveis em geral (fins habitacionais) pois, coerentemente, visa proteger o adquirente do imóvel.

Nesses termos, a Lei nº 9.514/1997 poderia dispor uma exceção à quitação prevista em seu art. 27, exclusivamente para as obrigações paritárias que não decorram de aquisição de imóvel (habitacional ou comercial), considerando que é da natureza das obrigações que o devedor permaneça responsável pelo pagamento integral de seu débito, pois a garantia, outorgada em garantia de pagamento dívida, mesmo que por um terceiro garantidor, é uma obrigação acessória à principal, qual seja, a dívida contratada com o credor.

Assim, ao se prever que a alienação fiduciária pode ser celebrada para garantir qualquer tipo de obrigação, inclusive entre partes que não sejam insti-

¹⁴ “Ora, nesse caso, e conforme expresse regramento legal, é vedada a alienação, por inexistência ou insuficiência do lance, se inferior ao valor da dívida, e o bem imóvel transferido em garantia deve permanecer com o credor fiduciário, livre das restrições características da resolubilidade, considerando-se, em contrapartida, a dívida extinta, outorgando-se ao devedor quitação do débito, mediante termo próprio, consoante o §6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1.002.050-35.2015.8.26.0073. Comarca de Avaré. Apelante: Icaro Demarchi Araújo Leite. Apelado: Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Avaré-SP. 2 jun. 2016, grifo nosso.

tuições financeiras, fica claro que faltou o legislador disciplinar que, a operações não decorrentes de financiamento imobiliário (habitacional ou comercial), deveriam ser aplicadas as disposições gerais previstas no art. 1.366 do Código Civil, em que o devedor continua obrigado ao pagamento do saldo devedor remanescente da dívida.

Nesse sentido, há julgado precedente da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em acórdão da relatoria do desembargador Francisco Loureiro, o qual entendeu que não se aplicaria a extinção da dívida no segundo leilão se não houvesse licitante, como prevê o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, mas apenas se referindo à hipótese em que o imóvel foi dado em garantia juntamente com outros imóveis:

Antecipação de Tutela. Pleito de sustação da consolidação das propriedades fiduciárias sobre dois imóveis. Garantias, *relativas a diversos bens móveis e imóveis, outorgadas em favor de um grupo de credores que decorreu de complexo negócio jurídico*. Interpretação teleológica do art. 26, §5º, da Lei nº 9.514/1997, em consonância com a causa do contrato. Excussão de um dos imóveis que não pode provocar a extinção da totalidade da dívida e nem a liberação das demais garantias, porquanto a excussão conjunta dos três imóveis rurais, situados em Estados variados da Federação, certamente seria difícil. Recurso desprovido (grifo nosso).¹⁵

Quanto à quitação da dívida em caso de não licitante, Fábio Rocha Pinto entende que deveria “ser lícito às partes afastar a incidência da quitação da dívida decorrente da extinção da garantia, conforme prevista nos §§4º ao 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997”,¹⁶ sobre o fundamento de que “na ausência de óbices à autonomia da vontade, de hipossuficiência e de custos da transação que descarreguem desproporcionalmente alguma das partes, estas tenderão a negociar seus contratos, alocando entre si os riscos do negócio, de forma a maximizar o benefício total conjunto, atingindo o ponto considerado mais eficiente.”¹⁷

Gustavo Tepedino e Marcos Alberto Rocha também defendem o afastamento, desde que contratual e expressamente previsto, da regra legal contida

¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2.034.093-33.2015.8.26.0000. Nona Câmara Cível, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em: 8 abr. 2015.

¹⁶ SILVA, 2014, p. 159.

¹⁷ POLINSKI, A. Mitchell. An Introduction to Law and Economics. 2. ed. Boston/Toronto: Little Brown, 1989, p. 27 *apud* ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance*: financiamento com foco em empreendimentos – parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 195.

no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 – e desde que o fato não decorra de relação consumerista. Vejamos:

[...] consubstancia regra particular, própria para a tutela de devedor vulnerável, não sendo razoável a sua incidência em relações paritárias, nas quais deveria prevalecer a disciplina geral das garantias reais, aplicável também à alienação fiduciária de bens móveis. Dada a especificidade da regra especial, que tem por finalidade proteger o contratante vulnerável, notadamente no financiamento imobiliário, sua aplicação poderia ser validamente afastada por contratantes em relações paritárias. Enquanto não prevalecer tal entendimento, parece inevitável o aumento das garantias exigidas, com repercussão negativa para os tomadores de financiamento. [...] *Afastar-se-ia a regra especial quando se tratar de relações paritárias*, desde que as partes assim convencionem, aplicando-se então a norma constante nos arts. 1.366 e 1.430 do Código Civil, que visa a evitar enriquecimento sem causa. Neste caso, o devedor continuará responsável pelo saldo remanescente, se o valor do imóvel dado em garantia fiduciária não for suficiente para o integral pagamento do credor. (grifo nosso)¹⁸

Quando passou a admitir que a alienação fiduciária sobre bem imóvel fosse utilizada para garantir obrigações em geral, o art. 51 da Lei nº 10.931/2004¹⁹ deveria ter previsto a não aplicação do § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 quando a obrigação não fosse destinada a fins habitacionais, mas que se aplicasse a regra geral prevista no art. 1.366 do Código Civil.

Dessa forma, para que as partes possam afastar a quitação da dívida prevista nos §§ 4º ao 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 como forma de eliminar a atual insegurança jurídica, já há alguns estudos e anteprojetos tramitando na Câmara dos Deputados, inclusive o Projeto de Lei nº 4.714/2016,²⁰ de autoria do deputado federal Carlos Bezerra, que visa alterar o § 5º art. 27 da Lei nº 9.514/1997 para que passe a ter a seguinte redação: “no caso de financiamento

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas. Consultor Jurídico, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>. Acesso em: 19 fev. 2019.

¹⁹ “Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel”.

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.714/2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1442671&filename=PL+4714/. Acesso em: 24 out. 2018.

de imóvel habitacional, se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º”.

O projeto de lei visa incluir o § 8º no mesmo artigo, com a seguinte disposição: “§ 8º As disposições dos §§ 5º e 6º deste artigo não se aplicam às operações de financiamento não habitacional e às de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio”. É importante salientar que essa última disposição já está abarcada pela Lei nº 11.795/2008, conforme anteriormente descrito.

Tal projeto de lei se encontra apensado ao Projeto de Lei nº 6.525/2013,²¹ elaborado pelo próprio deputado federal Carlos Bezerra para alterar a Lei nº 9.514/1997. O autor propõe que as partes afastem o disposto no § 5º de seu art. 27 quando não se tratar de transações voltadas ao financiamento imobiliário em geral ou de relações consumeristas, autorizando-as a contratarem livremente em operações estruturadas, que decorrem “do natural desenvolvimento das atividades comerciais”.²²

Quando esse projeto de lei se transformar em lei será de fato importante para o mercado financeiro e de capitais, especialmente nas operações estruturadas por meio da emissão de CRI, que geralmente são formalizadas com garantias diferentes, e não só a alienação fiduciária de bem imóvel, devendo assim, de acordo com o nosso entendimento, ser mantida a regra de extinção da dívida quando se tratar de financiamento habitacional, até com o fim de se manter o objetivo e a função social da Lei nº 9.514/1997, de que o devedor não seja prejudicado.

Nesse sentido, não podemos deixar de mencionar a recente Lei nº 3.874, de 20 de setembro de 2019, cujo objetivo é instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecer garantias de livre mercado, entre outras providências, e também dispor sobre relações entre particulares no exercício de atividades econômicas, privilegiando a independência e a responsabilidade das partes, de modo que a resolução de dúvidas hermenêuticas prestigie a autonomia da vontade das partes, e outorgue caráter subsidiário às normas de direito empresarial, mesmo de ordem pública, diante da prevalência do que for pactuado entre as partes num negócio jurídico empresarial, bem como presume

²¹ Projeto de Lei nº 6.525/2013: “Art. 27. [...] §9º A extinção da dívida e a exoneração do devedor da respectiva obrigação, previstas nos §§4º e 5º deste artigo, aplicam-se tão somente às operações de financiamento imobiliário, não se estendendo, em hipótese alguma, a qualquer outra modalidade de financiamento na qual se utilize contratualmente da alienação fiduciária em garantia”.

²² MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 111.

a simetria das partes nas relações interempresariais, notadamente nos termos do § 2º de seu art. 1º,²³ incisos V e VIII de seu art. 3º,²⁴ em que se prevaleceria a autonomia de vontade das partes.

Portanto, com a edição da Lei da Liberdade Econômica, entendemos que, na alienação fiduciária de imóveis que tenham por objeto uma operação estruturada, composta por contratos paritários, seria lícito às partes afastarem a quitação da dívida decorrente da extinção da garantia, de modo que, como destacou Fábio Rocha Pinto, tenderiam a negociar seus contratos, alocando entre si os riscos do negócio²⁵ para maximizar o benefício total conjunto, atingindo o ponto considerado mais eficiente.

Embora esses entendimentos mereçam destaque, devem-se aprofundar tais estudos com o fim de analisar os fundamentos jurídicos e a validade legal das cláusulas contratuais que visam renunciar e afastar a quitação da dívida contida no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, em razão de a lei possuir um regime jurídico especial, bem como o fundamento e as razões de serem constituídas diversas garantias nas operações estruturas por emissão de CRI, de

²³ “Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal. [...] § 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”.

²⁴ “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição: [...] V – gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; [...] VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato”.

²⁵ A Lei da Liberdade Econômica alterou o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e incluiu o artigo 421-A por meio do qual: “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, *ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais*, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

tal sorte que o conjunto de garantias contratadas seja suficiente para saldar as obrigações contraídas, sem onerar excessivamente o devedor.

Por fim, enquanto não se resolve a questão para operações estruturadas, devem-se tomar algumas medidas em favor dos investidores, entre elas: (i) reavaliação do bem com vistas a atualizar seu valor antes de sua excussão e de forma previamente estabelecida entre as partes no contrato de alienação fiduciária, (ii) controle da destinação dos recursos por terceiros, (iii) em caso de imóvel em construção, realização dos desembolsos somente mediante comprovação de andamento da obra, (iv) controle do fluxos de pagamentos por terceiros que não o próprio devedor, (v) esclarecimento dos investidores sobre os riscos inerentes às operações estruturadas e (vi) permissão de participação apenas de investidores considerados qualificados e profissionais,²⁶ em razão do alto risco.

4. EXCUSSÃO DE VÁRIOS IMÓVEIS OUTORGADOS EM GARANTIA E O RISCO DE QUITAÇÃO DA DÍVIDA

Outro problema da excussão da alienação fiduciária ocorre quando há vários imóveis outorgados em alienação fiduciária e a possibilidade excussão de um deles implica a extinção da totalidade da dívida – de acordo com os §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997²⁷ – e a obrigatoriedade da liberação dos demais

²⁶ Nos termos dos arts. 9º-A e 9º-B da Instrução CVM nº 539, de 13 de novembro de 2013, são considerados investidores profissionais: (i) instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a funcionar; (ii) companhias seguradoras e sociedades de capitalização; (iii) entidades abertas e fechadas de previdência complementar; (iv) pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10 milhões e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor profissional mediante termo próprio; (v) fundos de investimento; (vi) clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por administrador de carteira de valores mobiliários autorizado pela CVM; (vii) agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; (viii) investidores não residentes. São considerados investidores qualificados: (i) investidores profissionais; (ii) pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1 milhão e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio; (iii) as pessoas naturais que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisitos para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios; e (iv) clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por um ou mais cotistas, que sejam investidores qualificados.

²⁷ “Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. [...] § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou

imóveis e garantias, a não ser que seja possível fazer um único leilão conjunto dos imóveis, observando-se que eles podem se localizar em diferentes circunstâncias imobiliárias.

Esse ponto é importante quando se trata de operações estruturadas em que, para obter de crédito para financiar determinado projeto, o devedor outorga em alienação fiduciária em garantia da totalidade do saldo devedor diversos imóveis, às vezes situados em diferentes comarcas. Em caso de inadimplemento do devedor, os prazos e os procedimentos para a execução extrajudicial e a realização dos leilões poderiam não ser simultâneos e, se num segundo leilão não houver arrematante, um único imóvel poderia quitar a totalidade da dívida.

Nesses casos, geralmente a indicação é que, no contrato de alienação fiduciária, cada imóvel represente uma fração da dívida contratada, para evitar eventuais questionamentos por parte do devedor no sentido de pleitear a extinção integral da dívida. O efeito negativo de tal indicação é que se pode perder a compensação entre as garantias em caso de valorização ou desvalorização dos imóveis.

Se o credor fiduciário não seguir tal orientação, devem-se aplicar os princípios gerais inerentes às execuções previstas no Código de Processo Civil, “de modo que sejam ofertados à venda todos os imóveis objeto da propriedade fiduciária, suspendendo-se o leilão assim que alcançado o valor do crédito, acessórios e despesas de execução”.²⁸ Nesses termos, pode haver leilões em datas e horários distintos, conforme se venha a consolidar cada imóvel em nome do credor fiduciário, sem o risco de o credor ser impelido pelo devedor a outorgar a quitação da dívida, respeitando-se, assim, o princípio da indivisibilidade da garantia, conforme o art. 1.421 do Código Civil, o qual dispõe que “o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação”.

No mesmo julgado citado anteriormente,²⁹ o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestou sobre a possibilidade de excussão de vários imóveis outorgados em garantia sem que se quite a dívida.

superior ao valor referido no §2º, *considerar-se-á extinta a dívida* e exonerado o credor da obrigação de que trata o §4º. §6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, *o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio*” (grifo nosso).

²⁸ CHALHUB, 2017, p. 293.

²⁹ “Antecipação de Tutela. Pleito de sustação da consolidação das propriedades fiduciárias sobre dois imóveis. Garantias, relativas a diversos bens móveis e imóveis, outorgadas em favor de um

5. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL, FALÊNCIA DO DEVEDOR E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO GARANTIA EXTRACONCURSAL

A Lei nº 11.101/2005, que trata da recuperação judicial e extrajudicial e da falência, é posterior à Lei nº 9.514/1997, de modo que tratou coerentemente da exclusão dos bens objeto de propriedade fiduciária, nos termos do § 3º do seu art. 49,³⁰ transcrito a seguir, em que “o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis não se sujeita à recuperação judicial, prevalecendo o direito de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais originalmente contratadas (inclusive com a manutenção dos juros estipulados)”.³¹

Segundo Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, “o crédito garantido por alienação fiduciária é extraconcursal, tendo em vista que o imóvel objeto da alienação fiduciária “constitui patrimônio separado da esfera do patrimônio do fiduciante para ser afetado ao credor”.³² Além disso, tal regra “vale independentemente da titularidade do bem dado em garantia – ou seja, *ainda que o crédito seja garantido por propriedade fiduciária prestada por terceiro*”.³³

grupo de credores que decorreu de complexo negócio jurídico. Interpretação teleológica do art. 26, §5º, da Lei nº 9.514/1997, em consonância com a causa do contrato. Excussão de um dos imóveis que não pode provocar a extinção da totalidade da dívida e nem a liberação das demais garantias, porquanto a excussão conjunta dos três imóveis rurais, situados em Estados variados da Federação, certamente seria difícil. Recurso desprovido”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrução nº 2.034.093-33.2015.8.26.0000. Nona Câmara Cível, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Desembargador Francisco Loureiro Julgado em: 8 abr. 2015.

³⁰ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] §3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

³¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 307.

³² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária de imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

³³ SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA, 2017, p. 308.

Contrariamente ao que asseveram João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, em 18 de fevereiro de 2019, o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou o Enunciado VI,³⁴ pelo qual entende ser “inaplicável o disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor.” Logo, a orientação predominante do Tribunal é considerar que o crédito garantido por bem de terceiro no âmbito da recuperação judicial passaria, perante a recuperanda, a se sujeitar como crédito quirografário.³⁵

No entanto, a despeito da previsão legal e do entendimento doutrinário e jurisprudencial, é importante salientar que, em situações excepcionais, é possível incluir créditos de alienação fiduciária na recuperação judicial, se o bem em tela for essencial para a atividade da empresa. E, de acordo com decisão da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, relator ministro Luis Felipe Salomão, essa decisão deve ficar a cargo do juízo universal da recuperação judicial:

[...] credor titular da posição de proprietário fiduciário ou detentor de reserva de domínio de bens móveis ou imóveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º), *ressalvados os casos em que os bens gravados por garantia de alienação fiduciária cumprem função essencial à atividade produtiva da sociedade recuperanda.* (grifo nosso)³⁶

De acordo com o entendimento do STJ, quaisquer atos que possam comprometer a recuperação da empresa devem ser analisados pelo juiz da recuperação judicial e podem mesmo definir se o crédito garantido por tais bens pode ou não estar sujeito ao processo de plano de recuperação. Por esse entendimento, a despeito de o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 dizer que o proprietário de bem alienado continua com a propriedade e que a dívida não entra no rol dos créditos da recuperação, há exceções; por exemplo, quando os bens forem essenciais à atividade da empresa, caso em que devem permanecer com a devedora.

³⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Enunciados do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

³⁵ Nos termos do inciso VI, do artigo 83 da Lei nº 11.101/2005, os créditos quirografários são: “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: [...] VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo [...]”.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgIn no Conflito de Competência nº 149.561 (2016/0287355-8 de 24.08.2018)*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?-tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602873558&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 22 out. 2018.

Assim, o entendimento do STJ é no sentido de que qualquer ato judicial que possa pôr em risco a eficiência do plano de recuperação deve ser tomado pelo juízo universal. Isso significa dizer que o juiz da recuperação também tem competência para definir quais créditos serão extraconcursais e quais se submetem ao plano de recuperação, como se verifica no voto proferido pelo ministro Luis Felipe Salomão:

Nessa linha de raciocínio, também consolidou a tese de que o Juízo universal é o competente para decidir acerca da essencialidade do bem, ainda que se trate de créditos garantidos por alienação fiduciária, afastando-se, desse modo, a exceção do §3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005. Outrossim, dentro de suas competências, insere-se a definição acerca do caráter extraconcursal das dívidas contraídas pela recuperanda a esse título, de modo que, estando os bens litigiosos em posse da suscitante (fl. 672), *e tendo o Juízo da recuperação já declarado a sua essencialidade ao soerguimento da empresa, há de prevalecer o entendimento desta Corte Superior sobre a questão* (grifo nosso).

Ademais, o STJ transcreveu um precedente (Conflito de Competência nº 153.473/PR), também da 2ª Seção, que, por maioria de votos, pacificou o tema:

Claro está, segundo parece, que somente o juízo de primeiro grau, com cognição plena, poderá avaliar todas as nuances e classificar adequadamente o crédito. [...] 4. De fato, segundo entendo, não há como definir aqui – nem é esse o ponto principal do conflito de competência – que os bens objeto de alienação fiduciária ou os créditos objeto de cessão fiduciária estejam sujeitos indistintamente aos efeitos da recuperação judicial. Na verdade, no âmbito restrito de cognição deste conflito de competência, o que se afirma é tão somente que – consoante a jurisprudência pacífica desta Casa –, o exame sobre a natureza concursal ou extraconcursal do crédito é de competência do Juízo da recuperação, a partir daí cabendo, se for o caso, os recursos pertinentes. [...] É que – nesse ponto há absoluta convergência entre doutrina e jurisprudência –, *em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizada pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação* (art. 49, §3º, LRF, grifo nosso).³⁷

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 153.473/PR*. Segunda Seção. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742938&num_registro=201602873558&data=20180824&formato=PDF. Acesso em: 22 out. 2018.

Portanto “durante o período de proteção (*stay period*), eventual ação visando à retomada do bem alienado fiduciariamente fica suspensa sempre que o ativo em discussão puder ser enquadrado no conceito de bem de capital essencial a atividade empresarial (art. 6º, §4º³⁸ c/c art. 49, §3º) – desde que assim se demonstre.”³⁹

Quanto aos bens imóveis objetos das operações estruturadas, tendo em conta que são investimentos relevantes aos devedores fiduciantes, certamente podem ser considerados bens essenciais; portanto, em operações estruturadas por emissão de CRI para financiar a construção de plantas industriais ou prédios, é preciso fazer previamente uma auditoria legal e financeira e uma análise de crédito do devedor fiduciante para avaliar e ponderar o risco de, em caso de recuperação judicial ou falência do devedor fiduciante, o bem imóvel outorgado em alienação fiduciária estar sujeito a ser enquadrado como bem essencial à atividade empresarial do devedor fiduciante, impedindo e suspendendo sua execução.

Ocorre que, em conformidade com a já mencionada decisão do STJ, cabe ao juízo da recuperação judicial definir o caráter concursal do crédito garantido por alienação fiduciária quando este for essencial à atividade da empresa, tratando-se, portanto, de um risco razoável às operações estruturadas, já que, por se tratar de projetos imobiliários de grande monta e relevância para os devedores, são facilmente enquadráveis como bem essenciais.

Em sessão de 18 de fevereiro de 2019, a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial aprovaram o Enunciado III, segundo o qual “escoado o prazo de suspensão de que trata o §4º, do art. 6º da Lei nº 11.101/2005 (*stay period*), as medidas de expropriação pelo credor titular da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor, poderão ser retomados, ainda que os bens a serem executados sejam essenciais à atividade empresarial”.

Assim, preservou-se o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, por meio do qual, como já vimos, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

³⁸ “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...] §4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

³⁹ SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA, 2017, p. 312.

6. INDISPONIBILIDADE DE BENS E O RISCO À CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO

Para Caio Mário da Silva Pereira, o direito de dispor “é a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha”.⁴⁰ No entanto, tão abrangente direito pode sofrer restrições de natureza judicial, por meio da indisponibilidade de bens prevista no art. 247 da Lei de Registros Públicos,⁴¹ que é a ordem judicial que visa assegurar o adimplemento de determinada dívida e impedir a dilapidação de bens do proprietário inadimplente pela privação do poder de dispor da tal propriedade em prol da garantia do pagamento da dívida do credor.

Como afirma Flaviano Galhardo, há nos cartórios de registro de imóveis um fenômeno que deve ser observado cuidadosamente, pois impacta direta e negativamente a efetividade, a eficácia e a manutenção do instituto da alienação fiduciária, qual seja, a alta incidência de indisponibilidade de bens do devedor fiduciante.⁴²

Com efeito, as indisponibilidades de bens têm constantemente entrado em conflito com a alienação fiduciária de bem imóvel, afetando a consolidação e a continuidade do procedimento da execução extrajudicial, característica essencial da natureza da alienação fiduciária de bens imóveis.

Portanto, a indisponibilidade de bens impossibilita a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mesmo tendo a propriedade fiduciária sido registrada previamente. Nesses casos, o credor fiduciário deve pedir ao juízo que proferiu a decisão sobre a indisponibilidade que expeça o respectivo mandado autorizando a averbação da consolidação correspondente, conforme já decidido pela 1ª Vara de Registros Públicos do Estado de São Paulo.⁴³ Assim, o procedimento extrajudicial da execução da alienação fiduciária passa a depender de uma decisão judicial, perdendo-se, conseqüentemente, sua celeridade típica e, potencialmente, sua eficácia.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 3.

⁴¹ “Art. 247 – Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei”.

⁴² GALHARDO, Flaviano. Averbação de penhora e indisponibilidade sobre direitos de fiduciante e o futuro da alienação fiduciária. ARISPJus, v. 2, p. 43-48, maio/ago. 2017, p. 43.

⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processos nº 1.080.175-33.2015.8.26.0100. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpog/show.do?processo.codigo=2S000HSPM0000&processo.foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha_a62cc38bce9b4ff1a31031a060c9c20d. Acesso em: 28 out. 2018.

A existência de penhora, indisponibilidade, arresto ou qualquer outro ato de constrição sobre os direitos do fiduciante não obsta a consolidação da propriedade no patrimônio do credor-fiduciário, sua averbação no Registro de Imóveis e a venda do bem, pois a constrição determinada contra o bem do patrimônio do fiduciante tem por objeto seu direito aquisitivo e não vai além desse direito real, e, sobrevindo o inadimplemento da obrigação garantida, esse direito passa a ter objeto o quantum que remanescer depois de vendido o bem que já se encontra consolidado no patrimônio do credor-fiduciário.⁴⁴

Nesse sentido, a indisponibilidade prejudica a execução extrajudicial da alienação fiduciária, pois os cartórios de registro de imóveis não autorizam a consolidação da propriedade quando há indisponibilidade de bem posterior ao registro da alienação fiduciária. Não obstante, entendemos que deveria ser possível registrar a consolidação da propriedade sem a necessidade de recorrer ao Judiciário ou conceder aos demais credores o direito à propriedade superveniente ou ao saldo que venha a sobejar depois do leilão.

Portanto, entendemos que a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário deveria ser averbada independentemente da obtenção de decisão judicial no juízo originador das ordens de indisponibilidades, para que a Lei nº 9.514/1997 não perca a celeridade e a eficácia.

Isso porque se deve levar em conta que o imóvel já foi transferido ao credor, sob condição resolutiva, bem como que a excussão da alienação fiduciária se dá pela inadimplência do devedor e, não raro, o devedor responde por diversos débitos que, uma vez judicializados, originam diversas ordens de indisponibilidade de bens, ficando a consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor sempre condicionada à obtenção de decisões judiciais de diversos juízos, o que pode levar anos para ser solucionado.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 6.525/2013 visa possibilitar o registro da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel mesmo em caso de restrições de indisponibilidade. O projeto propõe a inclusão do § 10 no art. 27 da Lei nº 9.514/1997, com o fim de prever que:

os direitos reais de garantia ou constrições, inclusive penhoras, arrestos, bloqueios e indisponibilidades de qualquer natureza, incidentes sobre o direito real de aquisição do devedor fiduciante não obstem sua consolidação no patrimônio do credor e a venda do imóvel para realização da garantia, mas sub-rogam-se no direito do fiduciante à percepção do saldo que eventualmente restar do produto da venda.

⁴⁴ CHALHUB, 2017, p. 165.

Em razão dessas disposições, podemos concluir que não seria preciso mudar a legislação para dispor sobre a possibilidade de consolidar a propriedade em caso de indisponibilidade do bem, considerando que, na celebração da alienação fiduciária, o imóvel terá sido disponibilizado e transferido ao credor fiduciário sob condição resolutiva, não pertencendo mais ao devedor e devendo ser considerado indisponível seu direito expectativo e o eventual saldo decorrente da venda do imóvel no leilão.

7. CONCLUSÃO

Originalmente mais usada no âmbito do sistema financeiro habitacional, a alienação fiduciária de imóveis é hoje um instituto muito importante no mercado financeiro e de capitais e imobiliário, posto que é a forma de se garantir o cumprimento de financiamentos específicos, vultosos e relevantes envolvendo securitização de créditos imobiliários por meio da emissão de CRI, as chamadas operações estruturadas.

Por meio da Lei nº 9.514/1997, as securitizações de créditos imobiliários “trouxeram importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, visando viabilizar e tornar mais seguras as operações, especialmente no que diz respeito à segregação patrimonial e ao controle dos recursos por parte dos investidores”.⁴⁵

O principal escopo da referida lei foi “criar as condições necessárias para a revitalização e expansão do crédito imobiliário”,⁴⁶ e, quanto à execução da alienação fiduciária decorrente do inadimplemento do devedor, ela possibilitou que os credores retomem o imóvel e seus investimentos em menos tempo pelo fato de a execução ser extrajudicial.

Para tanto, a despeito das garantias existentes em nosso ordenamento jurídico (fiança, aval, penhor e hipoteca), a alienação fiduciária de bens imóveis é hoje a mais eficaz, uma vez que se caracteriza essencialmente pela transferência da propriedade resolúvel ao credor e pela constituição de um patrimônio separado, além de ser a única que permite a rápida recuperação do crédito emprestado, atendendo à principal preocupação dos investidores do setor imobiliário, notadamente no âmbito das operações estruturadas.

⁴⁵ CAMINHA, Uinie. Notas sobre a securitização. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coord.). *Direito, gestão e prática: mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle, l. 3819-3821.

⁴⁶ CHALHUB, 2017, p. 235.

A despeito das características notáveis do instituto da alienação fiduciária, os vários obstáculos apontados acima podem prejudicar seu uso nas operações estruturadas vindo a, no limite, afetar a ampla realização dos objetivos estipulados pela legislação que criou e estruturou nosso atual Sistema Financeiro Imobiliário (SFI).

Para dar mais segurança às operações que envolvem grandes financiamentos garantidos por alienação fiduciária de imóveis e que não estejam no âmbito do financiamento habitacional, entendemos que se deveria aprovar o quanto antes o Projeto de Lei nº 4.714/2016, em trâmite na Câmara dos Deputados, de modo a prever que não se aplicaria o disposto nos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 às operações de financiamento não habitacional. Com isso, se corrigiria a Lei nº 9.514/1997, considerando que sua linha mestra foi criada no âmbito do financiamento habitacional e lembrando que, após o art. 51 da Lei nº 10.931/2004, se permitiu a alienação fiduciária para quaisquer obrigações, sem sua reformulação para operações fora do ambiente habitacional. Com a aprovação do Projeto de Lei nº 4.714/2016, seria afastado o risco de o credor/investidor não ver seu crédito satisfeito em razão da quitação da dívida no segundo leilão se o bem não for arrematado, podendo-se executar as demais garantias outorgadas no âmbito das operações estruturadas, fortalecendo ainda mais o instituto da alienação fiduciária e sua segurança jurídica.

Não obstante a aprovação do Projeto de Lei nº 4.714/2016, com a edição da Lei da Liberdade Econômica, as partes já poderiam, em operações estruturadas, afastar a quitação da dívida no segundo leilão se o imóvel não for arrematado, sendo possível executar as demais garantias, de forma que as partes podem alocar entre si os riscos do negócio.

Independentemente de todas essas ponderações, é recomendado aos operadores de mercado (advogados, consultores, estruturadores) que estruturarem tais operações de forma preventiva, para evitar ao máximo o perecimento das garantias constituídas, notadamente a alienação fiduciária e o não pagamento dos créditos imobiliários lastros dos CRI mediante um rigoroso controle da operação, antes e depois de sua conclusão.

Outra recomendação importante é a realização de uma auditoria jurídica, financeira e técnica e o acompanhamento da situação creditícia do devedor e de seus garantidores. Além disso, convém que todos os recursos captados por emissão de CRI fiquem retidos com a securitizadora e só sejam liberados quando do cumprimento das obrigações estabelecidas nos documentos da operação e conforme o andamento do empreendimento objeto do financiamento, a ser aferido em medições periódicas realizadas por terceiros.

Finalmente, recomenda-se que todo e qualquer fluxo de pagamento destinado ao pagamento do CRI ou objeto de garantia seja centralizado na securitizadora ou em um agente de garantias contratado e que, igualmente, só seja liberado mediante a comprovação do cumprimento das obrigações do devedor previstas nos documentos da operação estruturada.

Além das estratégias apresentadas neste artigo há outras que podem ser combinadas com vistas à produção de um ganho de segurança na tutela do crédito imobiliário, entre essas, a que vem ganhando maior atenção nos últimos anos pela doutrina brasileira é o estabelecimento de um pacto adjeto ao negócio fiduciário, o chamado “pacto marciano”.⁴⁷

Vimos também que o mercado de capitais é sensível aos riscos de tais operações, e as dificuldades na excussão da alienação fiduciária, tais como a sua judicialização; a possibilidade ou não de as partes afastarem a quitação da dívida e a exoneração de devedor em caso de não arrematação do imóvel no segundo leilão; a execução de vários imóveis e o risco de redução do valor da garantia; a recuperação judicial e o bem essencial; e, ainda, a indisponibilidade de bens e o risco de não consolidação do imóvel em nome do credor, podem implicar uma diminuição dos participantes desse mercado; portanto, a alienação fiduciária deve ser uma efetiva proteção ao crédito.

Vale acrescentar ainda que “a cada dia a atividade econômica abre perspectivas de inovação, daí surgindo novas modalidades de negócio em alta velocidade e grande variedade, de modo que, não dispondo o ordenamento de meios adequados ao atendimento dessas inovações no momento em que

⁴⁷ Há que observar determinados procedimentos em caso de inadimplemento do devedor em razão do procedimento extrajudicial de excussão dessa garantia, que deve ser levada a leilão, uma vez que nosso ordenamento jurídico veda o pacto comissório. Por outro lado, há a possibilidade de o imóvel ser utilizado como forma de pagamento da dívida por meio da dação em pagamento ou do chamado *pacto marciano*, a ser objeto de estudo e artigo específico, ainda em fase de desenvolvimento, mas uma importante alternativa de resolução em caso de inadimplemento do devedor, pela possibilidade de se prever contratualmente que o bem dado em garantia seja transferido ao credor mediante preço justo, conforme avaliação de um terceiro independente, prévia e contratualmente escolhido pelas partes. Assim, se houver diferença entre o valor da dívida e o do bem, o credor deve restituí-la ao devedor. Conforme destacam Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “No cenário contemporâneo, em que se avolumam transações cada vez mais céleres e complexas, intensifica-se a necessidade de fortalecer o mercado de crédito, desiderato apenas alcançável por meio de desenvolvimento de mecanismos capazes de garantir aos credores a rápida e eficaz recuperação do crédito”. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017b, p. 73.

se põem no mercado, são elas colocadas em prática mediante utilização de velhas formas contratuais.”⁴⁸

Portanto, isso é feito de modo a não comprometer tais inovações; dar segurança jurídica a seu andamento e fazer com que os operadores continuem realizando operações de securitização de créditos imobiliários tendo como garantia a alienação fiduciária de bens imóveis.

Diante disso e ao longo do presente estudo, foi possível concluir que, mesmo com mais de 23 anos, a alienação fiduciária ainda está em fase de consolidação e deve ser aprimorada para não perder sua eficácia jurídica em operações estruturadas, pois se trata de uma garantia relevante no âmbito do mercado financeiro e de capitais.⁴⁹

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo. Quorum: 2008.

CAMINHA, Unie. Notas sobre a securitização. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coord.). *Direito, gestão e prática: mercado de capitais*. São Paulo: Saraiva, 2013. Kindle.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DANTZER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos – parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins*. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.714/2016*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1442671&filename=PL+4714/. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgIn no Conflito de Competência nº 149.561 (2016/0287355-8 de 24.08.2018)*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602873558&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 153.473/PR*. Segunda Seção. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&se>

⁴⁸ CHALHUB, 2017, p. 30.

⁴⁹ Conforme destaca Tullio Ascarelli, “é através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, se vai desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das funções”. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo. Quorum: 2008, p. 154.

quencial=1742938&num_registro=201602873558&data=20180824&formato=PDF. Acesso em: 22 out. 2018.

GALHARDO, Flavia. Averbação de penhora e indisponibilidade sobre direitos de fiduciante e o futuro da alienação fiduciária. *ARISP/ius*, v. 2, p. 43-48, maio/ago. 2017.

GONÇALVES, Calos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3: Contratos e atos unilaterais.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 3.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária de imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2.034.093-33.2015.8.26.0000*. Nona Câmara Cível, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Desembargador Francisco Loureiro. Julgado: em 8 abr. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1.002.050-35.2015.8.26.0073*. Comarca de Avaré. Apelante: Icaro Demarchi Araújo Leite. Apelado: Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Avaré-SP. 2 jun. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo nº 1.080.175-33.2015.8.26.0100*. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000HSPM0000&processo.foro=100&uui-dCaptcha=sajcaptcha_a62cc38bce9b4ff1a31031a060c9c20d. Acesso em: 28 out. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Enunciados do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamara-sEmpresariaisEnunciados.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 1.101/2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária*. São Paulo: Almedina, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>. Acesso em: 19 fev. 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 215-240.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017b.

8

GARGALOS TRIBUTÁRIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

César de Lucca

1. INTRODUÇÃO

Desde a adoção da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei nº 11.101/2005), nunca foi tão alto o número de pedidos de recuperação judicial apresentados ao Poder Judiciário. A média dos últimos cinco anos é de 1.451 pedidos por ano (com 1.221 recuperações sendo deferidas), de acordo com os dados mais recentes do Serasa Experian.²

Em razão do atual contexto da pandemia no Brasil, que demanda a adoção de medidas de isolamento mais severas pelo Estado, é provável que mais empresas sejam levadas a utilizarem os mecanismos de insolvência previstos na legislação brasileira, a recuperação judicial entre eles.

Sistemas de insolvência bem desenhados são importantes em momento de crise, não só para as empresas que precisam utilizá-los, mas também para

¹ Artigo adaptado da dissertação apresentada para a obtenção de Mestre em Direito na área de concentração em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), sob a orientação da prof.^a dr.^a Vanessa Rahal Canado.

² SERASA EXPERIAN. Indicador Econômicos. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 6 mar. 2021.

as demais. Um sistema adequado de recuperação de crédito contribui para o desenvolvimento econômico e aumento de competitividade, em razão da maior disponibilidade de crédito, o que é validado pela literatura econômica nacional³ e internacional.⁴

A comparação do cenário brasileiro com outras economias ajuda a demonstrar que ainda há espaço para muita melhoria na legislação brasileira.

Os dados mais recentes do Relatório Doing Business mostram que o Brasil possui taxa de recuperação de crédito de apenas 18,2 centavos por dólar, enquanto países da América Latina e Caribe chegam a 31,2 centavos. O índice chega a 70,2 nos países integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), perdendo também em tempo gasto (4 anos no país contra 2,9 anos na América Latina e Caribe e 1,7 anos nos países de alta renda da OCDE).⁵

Ainda que os números sejam piores do que a média dos demais países, é de se considerar que a realidade pode ser ainda pior, já que a metodologia utilizada pelo Banco Mundial leva em consideração a possibilidade de execução forçada de garantia real por instituição financeira credora, o que levaria a um desfecho mais rápido do cenário de insolvência (e com maior probabilidade de recuperação para o banco).⁶

Nesse cenário, que já necessitava de melhorias, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020 (Lei nº 14.112/2020), responsável pela reforma parcial da Lei nº 11.101/2005, ao incorporar alterações que visavam à melhoria dos processos de recuperação judicial e falências.

Apesar de trazer inovações bem-vindas e tentar solucionar diversos problemas do cenário da insolvência, em matéria fiscal, a lei foi tímida em alguns aspectos e até mesmo temerária em outras.

A perseguição dos temas mais afligentes sobre a questão tributária no âmbito da recuperação judicial brasileira foi feita através de uma análise da

³ LISBOA, Marcos de Barros. Instituições e crescimento econômico. *Revista de Economia e Relações Internacionais*, vol. 9, n. 18, jan. 2011, p. 67-83. Disponível em: http://www.fAAP.br/pdf/faculdades/economia/revistas/ciencias-economicas/revista_economia_18.pdf#page=68. Acesso em: 6 mar. 2021.

⁴ LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. *Law and Finance After a Decade of Research*. 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/journal/handbook-of-the-economics-of-finance/vol/2/part/PB>. Acesso em: 10 nov. 2018; p. 434/435.

⁵ GRUPO BANCO MUNDIAL. Doing Business: Medindo a regulamentação do ambiente de negócios. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/resolving-insolvency>. Acesso em: 6 mar. 2021.

⁶ *Idem, ibidem*.

doutrina e da jurisprudência, mas também, e principalmente, da compilação de matérias jornalísticas, veiculadas por jornais e *sites* especializados, em razão do caráter prático que se buscou dar ao trabalho, cujo objetivo primordial é a apresentação de soluções.

O presente artigo busca sintetizar pontos centrais da dissertação apresentada por este autor, em outubro de 2019, sob a orientação de Vanessa Rahal Canado, como requisito para conclusão do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas,⁷ além de avaliar as alterações provocadas pela Lei nº 14.112/2020, publicada em momento posterior à conclusão daquele trabalho.

Neste trabalho, como na dissertação, o tema será abordado em dois capítulos, tratando o primeiro da não submissão da Fazenda Pública ao processo recuperacional e da ausência de parcelamento especial efetivamente adequado à realidade da recuperação; restando ao segundo a discussão acerca da tributação do perdão de dívida negociado com credores privados, o “*haircut*”.

1.1 Tratamento do crédito tributário e inexistência de parcelamento adequado

O crédito tributário não se submete ao concurso de credores da recuperação judicial, nos termos do art. 187 do Código Tributário Nacional (CTN), não estando a Fazenda Pública arrolada entre as classes de credores do art. 41 da Lei nº 11.101/2005.

Por conseguinte, nos termos do art. 6º, § 7º, do mesmo diploma, as execuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvados os casos em que a exigibilidade estivesse suspensa pelo parcelamento.

Tal premissa conversa com o pressuposto estabelecido pela lei de que a dívida fiscal deveria estar equalizada para a homologação do plano de recuperação judicial: o art. 57, da Lei nº 11.101/2005, e o art. 191-A, do CTN estabelecessem que a recuperação judicial só se efetivará após a apresentação de certidão negativa de débitos tributários.

Por força do art. 206, do CTN, a certidão positiva de débitos tributários com efeitos de negativa poderia igualmente ser apresentada e a própria legislação recuperacional permite a adesão a parcelamentos tributários especiais, nos termos do art. 68 da Lei nº 11.101/2005.

⁷ LUCCA, César de. *Gargalos tributários da recuperação judicial*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Tributário) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019.

Apesar disso, essa lei passou a vigorar sem ser acompanhada por qualquer outra norma que prevísse parcelamento específico para as empresas em recuperação judicial.

A provável dificuldade decorreu da necessidade de se aprovarem parcelamentos nos diferentes entes legislativos, já que não cabe à União dispor, por meio de legislação, da cobrança dos tributos de estados e municípios.

Diante disso, os Tribunais começaram a ser instados a se manifestar sobre casos práticos em que as empresas tinham seus planos de recuperação judicial aprovados, mas não apresentavam as certidões de regularidade fiscal.

A jurisprudência passou a dispensar a apresentação de certidões de regularidade fiscal para concessão das recuperações judiciais, por entender que o parcelamento previsto pela legislação não era uma faculdade da Fazenda Pública, mas um direito da empresa em recuperação.

Além disso, entendiam os julgadores que a norma de exigência de certidão de regularidade fiscal entrava em conflito com o princípio da preservação da empresa, inscrito no art. 47, da Lei nº 11.101/2005, o qual deveria prevalecer, por servir como norte ordenador de todo o sistema recuperacional.⁸

Em resposta, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) editou o Convênio ICMS nº 59, de 22 de junho de 2012, que autorizou os estados a concederem parcelamento especial, de até 84 parcelas, para empresas em recuperação judicial.

Igualmente, foi promulgada a Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, que instituiu parcelamento, também de 84 parcelas, em âmbito federal.

A edição de tais normas, aumentando em vinte e quatro parcelas o prazo para pagamento das dívidas tributárias, não foi suficiente para alterar a jurisprudência do STJ? Há decisões das duas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que mantêm o entendimento prévio e, em razão disso, reconhecem o não cumprimento dos objetivos da legislação com a concessão dos parcelamentos citados.⁹

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.404/MT. Banco do Brasil S/A e Viana Trading Importação e Exportação de Cereais Ltda. - Em Recuperação Judicial. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 set. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=PDF. Acesso em: 6 mar. 2021.

⁹ Como exemplo, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 2234845-50.2017.8.26.0000. Banco do Brasil S/A e Machbert Equipamentos e Serviços Ltda. (Em Recuperação Judicial). Relator: Desembargador Araldo Telles. Diário da Justiça Eletrônico do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjs/getArquivo.do?cdAcordao=12396371&cdForo=0>. Acesso em: 6 mar. 2021.

Porém, com a recente edição da Lei nº 14.112/2020, novas oportunidades de equalização da dívida tributária surgiram, quais sejam, o parcelamento em até 120 (cento e vinte) prestações mensais; e a liquidação de até 30% (trinta por cento) da dívida com a utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

A pergunta anterior deve ser feita mais uma vez: considerando a recente alteração legislativa, deve ser alterada a jurisprudência atual que dispensa a apresentação de certidões de regularidade fiscal?

Nesse sentido, é importante que se verifique o que Cássio Cavalli e Luiz Roberto Ayoub têm a discorrer sobre os requisitos formal e material da lei, quando houve a promulgação da Lei nº 13.043/2014:¹⁰

Ante a promulgação de normas que formalmente cuidam do parcelamento fiscal, a questão que se coloca atualmente perante os tribunais é: ante a promulgação da Lei nº 3.043/2014 a regulamentar o parcelamento do passivo tributário de empresa em crise, será que se justifica manter o entendimento jurisprudencial de dispensar a apresentação de CND para fins de concessão da recuperação judicial?

A resposta a essa questão passa pela compreensão de uma distinção entre existência formal de uma regra e a sua efetividade material. Quando formou-se a jurisprudência em torno da dispensa de CND, conquanto não houvesse a regulamentação do parcelamento a que se refere o § 3º do art. 155-A do CTN, encontrava-se em vigor a regra de parcelamento contida no § 4º do art. 155-A do CTN, onde se lê: “A inexistência de lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.”

Do ponto de vista formal, existia inequivocamente uma regra de parcelamento do passivo tributário. No entanto, como o parcelamento ordinário era de apenas sessenta meses, entendeu-se que materialmente esse prazo era insuficiente para recuperar empresas. Por essa razão, formou-se a jurisprudência de dispensa de CND para concessão de recuperação judicial, enquanto não fosse regulamentado o parcelamento *especial* do passivo tributário de empresa em recuperação. A promulgação da Lei nº 3.043/2014 possibilitou o parcelamento do passivo fiscal federal em até 84 meses. Do ponto de vista *formal*, há regulamentação do parcelamento do passivo tributário. Entretanto, essa regulamentação de *especial* só tem o nome, uma vez que seu prazo é praticamente idêntico ao prazo do parcelamento ordinário. Com

¹⁰ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017; p. 55-56.

efeito, apesar de formalmente existente, a Lei nº 3.043/2014 é manifestamente insuficiente para promover o fim de preservar empresas. Por essa razão, ponderada a manifesta insuficiência do parcelamento previsto pela Lei nº 3.043/2014, a jurisprudência haverá por continuar a dispensar empresas em crise para conceder recuperação judicial, até que seja promulgada regulamentação de parcelamento que efetivamente seja *especial* e se coadune com os mandamentos concursais e constitucionais de preservação da empresa.

Em suma, o requisito formal foi cumprido pela Lei nº 14.112/2020 (como já havia sido em 2014), mas e o requisito material? Alguns parâmetros podem auxiliar a jurisprudência a prestar a devida resposta.

O Observatório de Insolvência, iniciativa da Associação Brasileira de Juri-metria (ABJ) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), estudou 194 recuperações judiciais distribuídas entre 01 de setembro de 2013 e 30 junho de 2016 no Município de São Paulo, e chegou à conclusão de que os planos previam o pagamento de seus créditos em um prazo de 11 a 12,5 anos, com um desconto médio de 35% a 37%, com juros de 3% ao ano e correção monetária pela Taxa Referencial, atualmente zerada.

Em que pese a grande evolução dada pela recente alteração legislativa, ainda parece haver algum caminho a ser percorrido para que a jurisprudência se altere e passe a exigir a certidão de regularidade fiscal como pré-requisito essencial à concessão da recuperação judicial.

Some-se a isso o fato de que a Fazenda Nacional tem como prática recorrente a abertura de parcelamentos extraordinários com condições em muito superiores às oferecidas às empresas em recuperação judicial.

Entre o ano de 2000 e o ano de 2019, 15 normas diferentes permitiram adesão a programas especiais de regularização tributária, com descontos aproximados de 50% sobre o valor das multas e 30% sobre os juros de mora e correção monetária, além de prazos de até 180 (cento e oitenta) prestações mensais.

Nesse período, o interregno máximo sem abertura de prazo para adesão a parcelamentos extraordinários foi de 4 anos e 5 meses, entre a edição da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 e a reabertura de seu prazo pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.¹¹

O descasamento entre as regras de parcelamentos mais privilegiados e do parcelamento especial da Lei nº 14.112/2020 prova a insuficiência da alte-

¹¹ Para maiores informações acerca dos planejamentos extraordinários, consultar LUCCA, César de. *Gargalos tributários da recuperação judicial*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Tributário) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019, Anexo I.

ração legislativa, também por gerar incentivos de ação “*ex ante*” perversos. Se a empresa sabe que um parcelamento extraordinário pode surgir nos próximos anos, é possível que ela atrase o seu pedido de recuperação judicial para um momento em que conseguirá equalizar melhor as dívidas tributárias.

O problema é que o fator tempo é essencial para que uma recuperação judicial dê certo. É possível que a postergação do momento de pedido da recuperação judicial torne o procedimento muito mais custoso no futuro, tanto para o devedor quanto para seus credores (a Fazenda Pública incluída).

Assim, parece ser mais adequada a solução dada pelo art. 10-C, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, também incluído pela Lei nº 14.112/2020, que permite à empresa em recuperação judicial submeter proposta de transação à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com reduções que podem chegar a 70% (setenta por cento) e prazo de até (cento e vinte) meses para quitação.

Em sendo aprovada transação nesses moldes, de maneira semelhante ao plano aprovado pelos credores privados, é razoável que se exija a comprovação de regularidade fiscal para concessão da recuperação judicial.

1.2 Impossibilidade de prosseguimento das execuções fiscais

Além da discussão jurisprudencial acerca da necessidade ou não de apresentação de certidões de regularidade fiscal, há outro problema gerado pelo fato de os créditos tributários não se submeterem ao concurso de credores: trata-se da possibilidade de execução individual do patrimônio da empresa em crise por parte da Fazenda Pública.

Se a legislação recuperacional permite que a Fazenda busque a satisfação do seu crédito por meio da execução fiscal, a consequência esperada seria o esvaziamento do patrimônio da empresa em recuperação judicial, em razão da constrição de seu ativo pelos órgãos fazendários.

A jurisprudência, porém, buscando evitar que a recuperanda se veja sem condições de adimplir com suas obrigações financeiras, tem entendido que o juízo da recuperação judicial possui competência universal para decidir acerca de quaisquer atos de constrição do patrimônio de recuperanda, mesmo quando isso se dê em sede de execução fiscal, conforme entendimento pacificado pela Segunda Seção do STJ.¹²

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 128.044/SC. Fazenda Nacional e Kadê Engenharia e Construção Ltda. - Em Recuperação Judicial.

O tema atualmente encontra-se afetado pela Primeira Seção do STJ para julgamento segundo a técnica dos Recursos Repetitivos, sob o nº 987:¹³ “Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária”.

Com a afetação do tema, de acordo com a sistemática do art. 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, foi determinada a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em que se discuta a possibilidade de constrição de bens de empresa em recuperação judicial nos autos da execução fiscal.

A Lei nº 14.112/2020 incluiu o § 7º-B ao art. 6º da Lei nº 11.101/2005, permitindo ao juízo das execuções fiscais que determine retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens de empresa em recuperação judicial, mantida a competência do juízo recuperacional para determinar a substituição de constrição que recaia sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial.

Com base nisso, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional requereu ao STJ a desafetação do Tema, por perda superveniente de objeto. Na data de finalização do presente art., 19 de março de 2021, o Tema ainda não havia sido julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, mantendo-se tal questão em aberto.

Ou seja, no atual cenário, os créditos tributários não integram a recuperação judicial e permanecem sendo discutidos em autos apartados, em execuções fiscais autônomas. Todavia, se o juízo de alguma das execuções fiscais entender pela necessidade de constrição do patrimônio da empresa, pode oficiar o juízo da recuperação judicial para que este decida sobre eventual penhora ou arresto dos bens.

Caso o juízo da execução fiscal discorde de tal entendimento, deverá determinar a suspensão da execução fiscal, nos termos do art. 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, até que o STJ se manifeste de maneira definitiva sobre o tema afetado em sede de Recurso Repetitivo.

Trata-se, portanto, de cenário de pouca eficiência para a persecução dos créditos tributários, que acaba por prejudicar os interesses da própria Fazenda Pública, ao mesmo tempo em que obriga a empresa recuperanda a administrar

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 3 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1308486&num_registro=201301329867&data=20140403&formato=PDF. Acesso em: 6 mar. 2021.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Repetitivos e IAC. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 6 mar. 2021.

vários processos de execução e lhe impõe o risco de lidar com eventuais constrições determinadas por outros juízos que não o responsável pela recuperação judicial.

De acordo com dados do Tesouro Nacional, consideram-se como recuperáveis somente 16% do estoque de créditos tributários e de dívida ativa tributária lançados e ainda não recuperados.¹⁴

Ainda que a pesquisa realizada pelo Tesouro Nacional não faça distinção entre a situação de inadimplência de empresas em recuperação judicial, demonstra-se que o procedimento acima narrado, de execução dos créditos em autos apartados, não tem se mostrado capaz de aumentar a eficiência na recuperação dos créditos.

Além disso, em estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (“IPEA”), o custo médio de movimentação de um processo de execução fiscal na Justiça Federal é de aproximadamente R\$ 4.685,39.¹⁵

Ou seja, a necessidade de se diminuir o número de processos executivos fiscais não é algo que aproveita somente aos contribuintes, mas também ao Estado, que contaria com um gasto mais eficiente de seu orçamento.

Tais premissas são importantes para demonstrar que a reformulação das políticas públicas de recuperação judicial não possui o verniz de auxiliar somente os contribuintes, em detrimento do crédito público. O que se deve buscar, na verdade, são ajustes ao instituto da recuperação judicial para que tanto interesses fazendários quanto privados sejam satisfeitos de forma mais adequada.

1.3 Da necessidade de submissão do Fisco ao concurso de credores

Em que pese o acerto da recente alteração legislativa, ao permitir a transação da dívida tributária junto à Fazenda Nacional, a movimentação ainda parece ser tímida.

De acordo com Thomas H. Jackson, um dos principais fundamentos da necessidade de regras claras de insolvência é o que a ciência econômica chama de “*common pool problem*”.¹⁶

¹⁴ TESOURO NACIONAL. Relatório Contábil do Tesouro Nacional. Uma Análise dos Ativos e Passivos da União. 2016. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RCTN+4/62842038-a932-4e04-b4ee-7764768024cf>. Acesso em: 6 mar. 2021. p. 8.

¹⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.) Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Relatório de Pesquisa Ipea. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bits-tream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021. p. 25.

¹⁶ JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of bankruptcy law*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 11.

O exemplo dado pelo autor facilita a compreensão do tema. Imagine-se que um pescador tem duas alternativas: (i) ele pode pescar todos os peixes de um lago, ao longo de um ano, e faturar R\$ 100.000,00 com sua venda ao final daquele ano, esgotando a capacidade daquele lago para os anos seguintes; ou (ii) ele pode pescar somente metade dos peixes, faturando R\$ 50.000,00, mas permitindo que os peixes se reproduzam e que ele possa continuar pescando peixes ao longo dos próximos anos, faturando os mesmos R\$ 50.000,00 por ano.

Parece muito claro que a segunda alternativa seria melhor para o pescador, ao lhe garantir uma renda anual perpétua. Porém, propõe o autor, qual seria a decisão tomada se o lago pudesse ser acessado não só por ele, mas por cem pescadores?

Ainda que a melhor decisão fosse a de garantir a existência de peixes para os anos seguintes, seria bastante provável que uma parte dos pescadores, ao menos, decidisse pescar o máximo possível, por desconfiança de todos os outros. Em resumo: se cada pescador corre o risco de ser prejudicado pela ganância de seus concorrentes, há incentivos para que ele também aja de forma individualista.

Um sistema eficiente, portanto, deveria garantir que cada pescador agisse como se fosse o único dono do lago, pescando o suficiente para que sempre sobrem peixes para a pesca dos anos seguintes.

Thomas H. Jackson explica que a legislação de insolvência funciona exatamente da mesma forma, mas trocando os peixes por créditos. Se uma empresa possui condições de gerar receitas futuras que garantam a repartição de valores maiores do que a mera alienação de seus ativos no presente, é mais interessante que os credores permitam que ela se reestruture, agindo como se fossem um único credor.¹⁷

Em suma, o objetivo do sistema de recuperação judicial é garantir que empresas viáveis possam discutir a reestruturação de sua dívida com seus credores, sem o risco da realização de execuções forçadas de seu patrimônio por parte de um ou mais deles, com uma “divisão equilibrada do ônus” entre devedora e credores.¹⁸

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 11-12.

¹⁸ COSTA, Daniel Carnio. “Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos”. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 16, n. 39. Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, 2015, p. 59-77. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=68226>. Acesso em: 8 mar. 2021; p. 63-64.

O sistema de recuperação judicial brasileiro parte do princípio de que deverá haver necessariamente uma divisão de ônus entre devedor e credores, tendo como contrapartida o valor social do trabalho e todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade produtiva.

É nesse momento que ganha destaque o que convencionei chamar de TEORIA DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

A extraconcursalidade do crédito fiscal afeta, sobremaneira, a divisão do ônus, ao permitir que uma classe de credores não se submeta ao *“stay period”* e possa continuar realizando a execução forçada de seus créditos, enquanto todas as demais suspendem seus processos de cobrança enquanto discutem, de maneira conjunta, a melhor forma de manter as atividades da empresa no longo prazo.

Além disso, como alerta a UNCITRAL, a garantia de uma posição privilegiada ao Fisco pode gerar incentivos ruins *“ex ante”*.

Ao entender que seus créditos não se sujeitam ao concurso de credores, as autoridades fiscais são incentivadas a serem mais complacentes do que os demais credores com a cobrança de suas dívidas, já que, caso a empresa alcance um estado de insolvência, sua posição será mais privilegiada do que a de todos os outros credores.¹⁹

Não se está aqui negando a importância do crédito público e a necessidade de sua proteção pelo sistema jurídico. Muito pelo contrário.

Conforme já narrado, o atual regramento da cobrança do crédito público contra empresas em crise é ineficiente: por um lado, os créditos possuem o privilégio de não se sujeitarem ao concurso de credores e à necessidade de negociação de condições com a empresa devedora; mas, por outro lado, as

¹⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law. Acesso em: 8 mar. 2021. p. 273.

execuções individuais se tornam inefetivas, já que o juízo não tem competência para realizar quaisquer atos de constrição do patrimônio da empresa devedora.

Da mesma forma, a situação dos demais credores é igualmente complexa: são obrigados a discutir um plano de recuperação judicial em que a dívida tributária não foi devidamente equalizada.

Além disso, o atual tratamento dá a empresas de má-fé a possibilidade de utilização do mecanismo da recuperação judicial como uma forma de burlar o pagamento de tributos. Ao aprovar um plano de recuperação judicial, a empresa se vê livre do risco de penhoras em execuções fiscais ao longo do processo e pode, até mesmo, alienar unidades produtivas ou parte de seu ativo sem a necessidade de comprovação da quitação das dívidas.

Por fim, trazer a Fazenda Pública para dentro do processo de recuperação judicial, garantindo-lhe poder de voto, poderia trazer efeitos benéficos *“ex ante”*, já que os entes tributantes não teriam incentivos para agir de maneira complacente com a cobrança de seus tributos.

No mesmo sentido, as empresas contratantes tomariam maiores cuidados com a situação fiscal de seus devedores, o que pode criar um impacto de maior respeito ao adimplemento tributário pelo mercado como um todo.

2. TRIBUTAÇÃO DO PERDÃO DE DÍVIDA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1 Conceituação e natureza do perdão de dívida

Outro ponto de extrema relevância para o mercado no trato das questões tributárias em recuperação judicial é a tributação incidente sobre o perdão de dívida concedido pelos credores privados em sede de recuperação judicial, também conhecido como *“haircut”*.²⁰

É bastante comum, em processos de recuperação judicial, que os credores privados concedam descontos significativos sobre as dívidas da recuperanda para que se permita a continuidade da atividade empresarial e a equalização do passivo.

²⁰ FELSBURG, Thomas; PUPO, Marcelo Botelho. Parcelamento federal e recuperação judicial. *Valor Econômico*, São Paulo, 19 jun. 2017. Disponível em: https://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impresso/5008462. Acesso em: 8 mar. 2021.

Como não há regra específica acerca da incidência ou não de tributos sobre o perdão de dívidas, o tema acaba sujeito à interpretação dos variados diplomas tributários sobre o tema.

Do ponto de vista contábil e fiscal, o “haircut” dado pelos credores privados se considera como sendo uma diminuição de passivo sem contrapartida no ativo da empresa, entendido, portanto, como receita pelo Pronunciamento Contábil nº 00 (R1), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC 00”)²¹ e o Pronunciamento Contábil nº 47 (“CPC 47”).²²

Partindo de tal premissa, a Fazenda Pública Federal entende que o perdão de dívida, ainda que concedido no contexto da recuperação judicial, integra as bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição ao PIS e da Cofins, conforme já se manifestou na Solução de Consulta nº 306, de 31 de agosto de 2007, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil – 9ª Região Fiscal:²³

[...] A remissão de dívida importa para o devedor (remitido) acréscimo patrimonial (receita operacional diversa da receita financeira), por ser uma insubsistência do passivo, cujo fato imponível se concretiza no momento do ato remitente.

[...] A receita relativa à insubsistência de passivo, originariamente registrado em contrapartida a conta de ativo, está sujeita à incidência da Cofins, como é o caso de remissão de capital de dívida.

[...] A receita relativa à insubsistência de passivo, originariamente registrado em contrapartida a conta de ativo, está sujeita à incidência de PIS/Pasep, como é o caso de remissão de capital de dívida.

O entendimento voltou a ser defendido pela Receita Federal quando da edição da Solução de Consulta nº 31, de 16 de março de 2012, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil – 10ª Região Fiscal:²⁴

EMENTA: LUCRO REAL. PERDÃO DE DÍVIDA. CRÉDITO DE SÓCIO.

²¹ COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Contábil nº 00 (R1)*. Disponível em: http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/147_CPC00_R1.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

²² COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Contábil nº 47*. Disponível em: http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/527_CPC_47.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

²³ BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta nº 306, de 31 de agosto de 2007, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil – 9ª Região Fiscal*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=61021>. Acesso em: 19 mar. 2021.

²⁴ BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta nº 31, de 16 de março de 2012, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil – 10ª Região Fiscal*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=65138>. Acesso em: 19 mar. 2021.

Constitui receita da pessoa jurídica devedora a importância correspondente ao perdão de dívida, não havendo previsão legal para sua exclusão do lucro líquido para efeito de apuração do lucro real.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

NÃO CUMULATIVIDADE. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. PERDÃO DE DÍVIDA. RECEITA FINANCEIRA.

Cuidando-se de pessoa jurídica que se dedica ao transporte rodoviário de carga, o perdão de dívida referente a empréstimo bancário deve ser classificado como receita financeira, e sujeita-se à incidência não cumulativa da Cofins à alíquota de 4%.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 1º; Lei nº 10.865, de 2004, art. 27; Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12; Decreto nº 5.442, de 2005, art. 1º; Decreto nº 8.426, de 2015, arts. 1º a 3º; Ato Declaratório SRF nº 85, de 1999, e Resolução CFC nº 1.374, de 2011, itens 4.47 e 4.48.

Por fim, mais recentemente, a Receita Federal parece ter consolidado seu entendimento por meio de manifestação da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), no âmbito da Solução de Consulta COSIT nº 176, de 27 de setembro de 2018:²⁵

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

NÃO CUMULATIVIDADE. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. PERDÃO DE DÍVIDA. RECEITA FINANCEIRA.

Cuidando-se de pessoa jurídica que se dedica ao transporte rodoviário de carga, o perdão de dívida referente a empréstimo bancário deve ser classificado como receita financeira e sujeita-se à incidência não cumulativa do PIS/Pasep à alíquota de 0,65%.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.637, de 2002, art. 1º; Lei nº 10.865, de 2004, art. 27; Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12; Decreto nº 5.442, de 2005, art. 1º; Decreto nº 8.426, de 2015, arts. 1º a 3º; Ato Declaratório SRF nº 85, de 1999, e Resolução CFC nº 1.374, de 2011, itens 4.47 e 4.48.

Dessa forma, seguindo-se o entendimento fazendário, concedido o desconto, a empresa se obriga a reconhecer como receita o valor equivalente à diminuição do passivo, devendo recolher os tributos incidentes sobre a receita (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), que podem chegar à monta de 43,25%, a depender do regime a que a empresa está sujeita e do tipo de dívida perdoada.

²⁵ BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta nº 176, de 27 de setembro de 2018, da Coordenação-Geral de Tributação*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=95481&visao=original>. Acesso em: 19 mar. 2021.

Suponha-se a seguinte situação: uma empresa economicamente viável, em decorrência do atual cenário de crise econômica, não consegue mais honrar seus compromissos e decide pedir recuperação judicial.

Em assembleia geral, após debate com todas as classes de credores, consegue aprovar um plano nos termos médios, de acordo com a já citada pesquisa do Observatório da Insolvência, obrigando-se a pagar 65% da dívida contraída em parcelas iguais por 132 meses consecutivos (onze anos).²⁶

Ao aplicar o “*haircut*” concedido, a empresa é obrigada a reconhecer como receita o percentual de 35% de todas as dívidas reestruturadas, sendo tal montante a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição ao PIS e da Cofins.

A carga tributária efetiva pode chegar a 43,25%, a depender da situação fática da empresa em recuperação judicial. Em outras palavras, os efeitos financeiros do perdão de dívida seriam reduzidos pela metade, já que 43,25% desse perdão seriam comutados em uma dívida em face da União, como ente tributante responsável pela arrecadação do IRPJ, da CSLL, da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Além do impacto financeiro direito, pode-se argumentar ainda pela discrepância das condições de pagamento ofertadas pelo Fisco e pelos demais credores.

No exemplo apresentado, a recuperanda teria 132 parcelas para o pagamento do valor descontado a seus credores privados, com taxa de juros e de correção monetária em valor muito inferior aos habituais índices de reajuste de tributos.

Já para quitar sua nova dívida com a Fazenda Pública, a recuperanda deveria cumprir as regras atinentes a cada um dos tributos, tendo curto prazo para pagamento, sob pena de aplicação de multas, juros e correção monetária até a data do pagamento.

A recuperanda sequer poderia se utilizar do parcelamento de 120 meses para realizar o pagamento, já que a dívida é posterior à aprovação do plano de recuperação judicial.

Além disso, caso se considere que o reconhecimento da receita deve se dar no momento da aprovação do plano de recuperação judicial, o pagamento de tal dívida diminuiria o “*going-concern value*” da recuperanda, ao aumentar seu passivo exigível em curto prazo, o que poderia colocar em risco a própria viabilidade da empresa.

²⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA et PUC-SP. *Resultados da 1ª fase do Observatório de Insolvência*. Disponível em: http://rpubs.com/abj/pucrj_pre. Acesso em: 10 mar. 2021.

Mesmo com o reconhecimento da receita diferido para o fim da recuperação judicial, após os dois anos previstos na Lei nº 11.101/2005, a tributação sobre o “*haircut*” teria pesado impacto ao final de um processo em que, provavelmente, nem mesmo as dívidas do plano de recuperação judicial foram pagas.

Ou seja, além de não conceder condições especiais de pagamento das dívidas tributárias, seja quanto a valor ou parcelamento, a Fazenda Pública ainda exige o recolhimento de tributos sobre o perdão concedido pelos particulares (igualmente, sem condições especiais para seu pagamento).

É importante que se faça ressalva: o percentual de 43,25% supracitado serve de mero exemplo, já que a carga tributária efetiva depende de condições fáticas, modificáveis de acordo com o tipo de dívida e o regime tributário ao qual se submete a empresa em recuperação judicial (Simples Nacional, lucro presumido ou lucro real).²⁷

2.2 Direito Comparado

A legislação norte-americana também considera o perdão de dívida como parte do lucro líquido a ser tributado. Aliás, mesmo antes de que a legislação incorporasse tal princípio, a Suprema Corte americana já havia decidido que o perdão de dívida deveria ser considerado como receita tributável:²⁸

Uma das maiores fontes de renda na maioria dos procedimentos de insolvência e de falência é o cancelamento de dívida. A Seção 61 do Internal Revenue Code (I.R.C.) lista o perdão de dívida como um item sujeito à tributação, e o Treasury Regulations, em sua Seção 1.61-12(a), prescreve que o perdão de dívida, integral ou parcial, pode resultar em realização de renda. Antes da codificação do princípio geral de que o cancelamento de dívida é renda, já se considerava que o cancelamento de dívida produzia renda, por força da decisão da Suprema Corte no caso “United States v. Kirby Lumber Co.”. A Suprema Corte decidiu que o devedor realizava ganhos por duas teorias interrelacionadas. Primeiro, porque o devedor deve realizar um aumento de seus rendimentos em razão do sucesso na transação com os credores.

²⁷ Maiores informações sobre as diferenças decorrentes do tipo de receita e o regime tributário da empresa em recuperação judicial podem ser consultadas em LUCCA, César de. *Gargalos tributários da recuperação judicial*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Tributário) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019, p. 37/47.

²⁸ LIQUERMAN, Robert; NEWTON, Grant W. *Bankruptcy and Insolvency Taxation*. Fourth Edition. Wiley Corporate F&A, 2012; p. 41.

Segundo, porque, na teoria da liberação dos ativos, os ativos que antes eram neutralizados por passivos passam a ser liberados pela transação.²⁹

Todavia, ao perceberem que a tributação do perdão de dívida poderia gerar problemas para o pagamento dos demais credores, os autores do *Bankruptcy Tax Act of 1980*, uma espécie de codificação da matéria tributária no sistema norte-americano de insolvência, decidiram isentar as empresas em recuperação judicial do pagamento de tributos sobre o perdão de dívida.³⁰

Ou seja, o direito norte-americano, assim como o brasileiro, parte de uma mesma premissa: o perdão de dívida é receita e assim deve ser reconhecido para fins contábeis e tributários. Todavia, o *Bankruptcy Tax Act of 1980* afasta a tributação do perdão de dívida por meio de isenção,³¹ o que torna mais equânime a divisão do ônus da recuperação judicial entre todos os credores e evita destruição de valor de perpetuidade (*“going concern value”*) da empresa.

No caso específico do Brasil, a mesma solução poderia ser adotada. Ou, como existe a possibilidade de compensação de impostos a pagar com saldo de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL para as empresas que apuram o Imposto sobre a Renda pelo regime do lucro real, seria possível a adoção de uma solução intermediária para tais empresas.

Ao invés de se optar pela não incidência dos tributos federais sobre o perdão de dívida, poder-se-ia excepcionar a trava de trinta por cento nos casos em que a empresa tivesse obtido a remissão em processo de recuperação judicial, devidamente homologado pelo Poder Judiciário.

Tentativas de solução legislativa e os vetos presidenciais à Lei nº 14.112/2020

Durante as votações sobre a conversão da Medida Provisória nº 766, de 4 de janeiro de 2017, que instituiu o Programa de Regularização Tributária

²⁹ Tradução livre de “One major source of income in most insolvency and bankruptcy proceedings is debt cancellation. Section 61 of the Internal Revenue Code (I.R.C.) lists discharge of indebtedness as one item subject to tax, and the Treasury Regulations (Treas. Reg.), at section 1.61-12(a), provide that the discharge of indebtedness, in whole or in part, may result in the realization of income. Prior to the codification of the general principle that debt cancellation is income, debt cancellation was deemed to produce income under the Supreme Court’s decision in *United States v. Kirby Lumber Co.* The Supreme Court held that the debtor realized income under two interrelated theories. First, the debtor realized an accession to income due to the transaction. Second, under a freeing-of-the-assets theory, assets previously offset by liabilities were “freed” by the transaction”.

³⁰ LIQUERMAN, Robert; NEWTON, Grant W. *Bankruptcy and Insolvency Taxation*. Fourth Edition. Wiley Corporate F&A, 2012. p. 42.

³¹ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. 26 U.S. Code § 108. Income from discharge of indebtedness. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/108>. Acesso em: 19 mar. 2021.

(“PERT”), o Senador Ronaldo Caiado apresentou a Emenda nº 141, a fim de que o diploma concedesse condições mais privilegiadas de parcelamento para empresas em recuperação judicial:³²

Acrescentem-se ao art. 2º da Medida Provisória nº 766, de 4 de janeiro de 2017, os seguintes parágrafos

“Art. 2º.....

§ 10 As empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial poderão realizar o pagamento da dívida consolidada com a Secretaria da Receita Federal ou com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas, com desconto de 70% das multas e juros, calculadas de modo a observar os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:

a) da primeira à décima segunda prestação – 0,5% (cinco décimos por cento);
b) da décima terceira à vigésima quarta prestação – 0,6% (seis décimos por cento);

c) da vigésima quinta à trigésima sexta prestação – 0,7% (sete décimos por cento); e

d) da trigésima sétima prestação em diante – percentual correspondente ao saldo remanescente, em até cento e quarenta e quatro prestações mensais sucessivas;

§ 11 As empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial poderão utilizar integralmente o prejuízo fiscal e a base negativa de CSLL, acumulados, para reduzir o IRPJ e a CSLL devidos nos casos de concessão de descontos por parte dos credores para fins de adimplemento dos referidos programas de recuperação, os quais serão excluídos da base de cálculo do Pis e da Cofins;

§ 12 Nos casos de inexistência de prejuízos fiscais ou base de cálculo negativa de CSLL, os descontos concedidos pelos credores para viabilizar os planos de recuperação das empresas serão excluídos da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS”.

Em suma, o Senador pretendia que (i) o parcelamento extraordinário instituído pela Medida Provisória permitisse o pagamento em até 180 parcelas; (ii) o perdão de dívida fosse excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins; (iii) as empresas recuperandas pudessem utilizar prejuízo fiscal e base negativa de CSLL para quitar seus débitos; e (iv) em caso de inexistência de prejuízo fiscal

³² BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador RONALDO CAIADO. Emenda nº 141 à MPV nº 766, de 2017. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4960969&-disposition=inline>. Acesso em: 19 mar. 2021.

e base negativa de CSLL, os descontos seriam excluídos da base de cálculo dos tributos analisados nesse trabalho.

Em que pese a possibilidade de certos ajustes técnicos na redação, as soluções propostas pelo congressista auxiliariam as empresas que aderissem ao parcelamento.

Como já ressaltamos em capítulo anterior, dar uma solução a um problema estrutural de forma episódica poderia representar até mesmo um maior risco para o sistema pátrio de insolvência, ao fazer com que empresas retardassem pedidos de recuperação judicial até os momentos em que leis especiais (e com prazo determinado de duração) fossem editadas.

Tal prática poderia, em casos extremos, levar à quebra de empresas que, em momento anterior, poderiam ter se salvado por meio da recuperação judicial.

Além disso, tal tratamento episódico quebraria a isonomia no tratamento de empresas em recuperação judicial, já que o momento de abertura do processo seria mais determinante para o sucesso de uma recuperação do que outros fatos, como a própria negociação de um plano exequível.

Ou seja, é interessante que a solução tentada seja feita de maneira geral e abstrata para todas as empresas em recuperação judicial, independentemente do período em que realizem o pedido, ao invés de uma torná-la uma solução episódica, vinculada a programas extraordinários de parcelamento.

Foi exatamente o que se viu na votação da Emenda Substitutiva ao Projeto de Lei nº 6.229, de 2005,³³ apresentado pelo Deputado Hugo Leal ao Plenário da Câmara em novembro de 2019.

De acordo com a nova redação proposta, o perdão de dívida concedido pelos credores privados não seria computado nas bases de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, além de se permitir a compensação de tal ganho com o saldo de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL sem submissão ao limite de 30% previsto para as demais situações:³⁴

Art. 50-A. Na hipótese de renegociação de dívidas de pessoa jurídica em processo de recuperação judicial:

I – a receita obtida pelo devedor não será computada na apuração da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e para

³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo de Plenário ao Projeto de Lei nº 6.229, de 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1838624&filename=PPP+1+PL622905+%3D%3E+PL+6229/2005. Acesso em: 19 mar. 2021, p. 14-15.

³⁴ *Idem, ibidem*.

o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; e

II – o ganho obtido pelo devedor com a redução da dívida não se sujeita ao limite percentual de que tratam os arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, na apuração do imposto sobre a renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à hipótese em que a dívida seja:

I – com pessoa jurídica – controladora, controlada, coligada ou interligada; ou

II – com pessoa física – acionista controlador, sócio, titular ou administrador da pessoa jurídica devedora.

No próprio Parecer oferecido ao Plenário, já é possível se perceber que a preocupação tida com o tema diz respeito à redução da exigência de redução do caixa em momento de tamanha fragilidade da empresa:

Há a inclusão de um novo procedimento, de cunho fiscal, no caso de renegociação de dívidas: o ganho da pessoa jurídica decorrente de abatimento de dívida negociado com credores em processo de recuperação judicial não será considerado na base de cálculo do PIS e da Cofins e não haverá limite de trinta por cento para a redução permitida para o cálculo do valor do lucro líquido para fins de cálculo do imposto de renda (IR) – via adições e exclusões permitidas pela legislação do IR – e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – via compensação da base de cálculo negativa da CSLL. Neste último caso, requer-se que a renegociação não se realize com pessoa jurídica controladora, controlada ou interligada, assim como acionista controlador, sócio ou administrador da empresa devedora. O objetivo da alteração é reduzir a exigência de desembolso financeiro da empresa recuperanda em momento no qual está com suas finanças fragilizadas ampliando as chances de uma efetiva recuperação.³⁵

O texto foi aprovado e encaminhado à sanção da Presidência da República. Todavia, tal determinação foi vetada, pelas seguintes razões:

Os dispositivos propostos concedem benefícios tributários para hipóteses de renegociação de dívidas de pessoa jurídica no âmbito de processo de recuperação judicial, estejam as dívidas sujeitas ou não a esta, e do reconhecimento

³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer Proferido em Plenário sobre o Projeto de Lei nº 6.229, de 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1838624&filename=PPP+1+PL622905+%3D%3E+PL+6229/2005. Acesso em: 19 mar. 2021.

de seus efeitos nas demonstrações financeiras das sociedades, nos termos das disposições especificadas no próprio projeto.

Entretanto, e embora se reconheça a boa intenção do legislador, tais medidas ofendem o princípio da isonomia tributária, acarretam renúncia de receita, sem o cancelamento equivalente de outra despesa obrigatória e sem que esteja acompanhada de estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro, o que viola o art. 113 da ADCT, e o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Parece ser uma justificativa equivocada por parte do Ministério da Economia, seja pela suposta renúncia de receita ou pela quebra de isonomia.

Quanto à renúncia de receita, dois pontos são relevantes para se chegar a uma conclusão acerca do veto: primeiro, é preciso se perquirir qual é a arrecadação anual decorrente da tributação do “*haircut*”. Considerando-se o baixo índice de sucesso de recuperações judiciais e a dificuldade de cobrança do tributo, é possível que tal resposta demonstre a irrelevância arrecadatória da medida.

O segundo diz respeito à própria existência de renúncia fiscal, já que a compensação de prejuízo fiscal com receitas de períodos diversos não é um benefício fiscal, mas uma decorrência lógica da sistemática de apuração do lucro real.

Ou seja, ao limitar a compensação a apenas 30% do lucro, a Fazenda, em verdade, utiliza-se de uma ficção tributária, criada pela lei, para aumentar a arrecadação em face de empresas saudáveis e lucrativas.

Nesse sentido, há, inclusive, ações judiciais que questionam exceções à chamada “trava dos trinta” em hipóteses excepcionais, como é o caso da incorporação de empresas, que leva, invariavelmente, à extinção daquela empresa e – se mantida a limitação legal – ao fim do saldo de prejuízo fiscal.

É o que ressaltam Paulo Penalva dos Santos e Vanilda Maioline Hin:³⁶

No caso do IRPJ e da CSLL, em que há limite de 30% para compensar o lucro de um exercício com o prejuízo fiscal de exercícios anteriores, independentemente de sua constitucionalidade – tema que voltou à discussão com o reconhecimento pelo STF de repercussão geral no RE 591.340 – a possibilidade de compensar o lucro obtido com a redução das suas dívidas, sem o limite de 30%, já seria uma contribuição relevante para o soerguimento da empresa e de fácil implementação, porque não onera os cofres públicos.

³⁶ SANTOS, Paulo Penalva; HIN, Vanilda Maioline. Recuperação judicial e tributos. *Valor Econômico*, São Paulo, 8 nov. 2017. Disponível em: https://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impresso/5185533. Acesso em: 19 mar. 2021.

Por fim, vale dizer que, conforme já demonstrado neste artigo, a Fazenda permite a utilização de saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL até mesmo para a quitação de tributos, nos termos do parcelamento do art. 10-A, inciso VI, da Lei nº 10.522/2002, recém-incluído pela Lei nº 14.122/2020.

Há outras hipóteses, como na edição da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, que permitiu até mesmo a utilização de saldo de prejuízo fiscal de empresas coligadas ou controladas para a quitação da dívida tributária principal.

Já no espectro da quebra de isonomia, o argumento é ainda mais fraco. A adoção de leis de insolvência leva em consideração a edição de regras formalmente desiguais para que se alcance a igualdade material.

O sistema de recuperação judicial já parte da premissa de que o Estado dará tratamento (formalmente) desigual às empresas em crise econômico-financeira que peçam o auxílio do Poder Judiciário para negociar suas dívidas.

Enquanto a massa das empresas precisa negociar individualmente com seus credores, a empresa que se submete à recuperação judicial tem a seu favor a suspensão, por 180 (cento e oitenta) dias, de todas as execuções que poderiam invadir seu patrimônio, além da intermediação realizada pelo administrador judicial e pelo próprio juízo na negociação de condições mais favoráveis à equalização de seu passivo.

Alie-se a isso o fato de que a Lei nº 14.112/2020 trouxe novas garantias ao crédito tributário, ao conceder novos poderes à Fazenda Pública, como a possibilidade de requerer a convalidação da recuperação em falência.

Nesse sentido, entidades integrantes do Grupo Permanente de Aperfeiçoamento do Direito de Insolvência prepararam nota técnica, encaminhada ao Congresso Nacional, solicitando a derrubada do veto presidencial:³⁷

10. Os artigos acima transcritos vetados pelo Poder Executivo são extremamente relevantes para a eficiência da Lei de Falências e Recuperação Judicial. Com efeito, os referidos artigos concedem às empresas em recuperação judicial um tratamento diferenciado e justo. Eles reduzem a incidência tributária do deságio eventualmente obtido no plano de recuperação judicial, bem como da venda dos ativos feitas no plano ou até na falência. Tais medidas são justas, pois preservam o direito dos demais credores. Caso contrário, ao receber uma redução da dívida ou vender um ativo para prosseguir sua atividade ou pagar credores, a empresa em dificuldades acaba tendo de pagar ao

³⁷ GRUPO PERMANENTE DE APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO DE INSOLVÊNCIA. Nota Técnica Ref. Lei 14.112/2020 – Imprescindível derrubada de Vetos Presidenciais. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/83278/1615237437Nota-Tecnica-GPAI-vetos_vass.pdf-D4Sign.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

Fisco mais uma fatia, retirando dos demais credores, reduzindo sua chance de reestruturação, prejudicando os empregos e o desenvolvimento regional.

11. Além disso, possibilitam um maior aproveitamento de prejuízos fiscais em razão da situação de crise, viabilizando o pagamento de impostos diretamente e evitando a quebra.

12. Vale destacar que durante a tramitação legislativa do projeto no Congresso Nacional que as entidades signatárias acompanharam de perto, o Poder Executivo foi um ator influente tanto por meio do Ministério da Economia, quanto por meio da Procuradoria da Fazenda Nacional – PGFN. Os artigos ora vetados tiveram sua redação oferecidas originariamente pelo próprio Poder Executivo como um fator de equilíbrio para inserir os vários artigos pela PGFN e pelo Ministério da Economia para dar mais poder ao Fisco nos procedimentos de insolvência.

13. Além do tratamento diferenciado e privilegiado que o Fisco já tem, foram inseridos vários artigos para colocar a dívida tributária em situação ainda mais prioritária, incluindo até mesmo a potencial falência por não pagamento de tributo no artigo 73. Publicamente os representantes do Executivo justificaram insistentemente tais benefícios ao Fisco em suas concessões, tanto perante os congressistas quanto em discursos públicos em seminários especializados, sendo as principais aquelas previstas nos artigos 50-A e 60-B posteriormente vetados. Assim, o Poder Executivo ofereceu tais regras como equilíbrio entre os benefícios auferidos pela Fazenda e as concessões de maiores possibilidades de recuperação judicial, dentre elas os benefícios fiscais à empresa em crise, ora dispostos nos artigos vetados.

Espera-se que os vetos presidenciais sejam derrubados pelo Congresso Nacional. Ainda que a inovação legislativa tenha sido tímida, o sistema terá mais a ganhar com a possibilidade de abatimento da “receita” decorrente do ganho de capital sem a limitação legal de uso do saldo de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL.

3. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou localizar os principais gargalos tributários existentes na recuperação judicial, a fim de propor soluções que aumentem a eficiência do sistema brasileiro de insolvência. Chegou-se à conclusão de que a não submissão da Fazenda Pública ao concurso de credores, a efetividade dos parcelamentos aprovados no âmbito da Lei nº 11.101/2005 e a tributação do perdão de dívida (*haircut*) ainda são problemas observados pelo mercado, academia e jurisprudência.

Foi feita uma análise histórica da condição da Fazenda Pública em face da recuperação judicial, com especial destaque para as diversas leis que propuseram parcelamentos especiais, até então considerados ineficazes para os fins da recuperação, o que gerou respostas do Poder Judiciário, como a dispensa de comprovação de regularidade fiscal pelas empresas recuperandas.

A recente mudança de regra, trazida pela Lei nº 14.112/2020, é um importante avanço, mas que ainda precisa caminhar para se adequar às condições oferecidas por entes privados. Por outro lado, é importante se observar a atuação do Judiciário em face de tais inovações, que podem impactar na jurisprudência acerca da (des)necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos tributários.

Quanto à tributação do perdão de dívida, foi realizada uma primeira definição acerca dos efeitos fiscais decorrentes de sua caracterização como receita e os impactos financeiros decorrentes da cobrança, inclusive com um breve estudo do tratamento dado à questão pelo direito norte-americano, que afasta a tributação do “haircut”.

Além disso, foram avaliadas as recentes tentativas de solução legislativa, com ênfase na Lei nº 14.112/2020, que suprimiu a trava de 30% (trinta por cento) à utilização de saldo de prejuízo fiscal e base negativa de cálculo de CSLL para fins de redução do IRPJ e CSLL devidos e retirou a receita decorrente do perdão de dívida da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Como os artigos que tratavam do assunto foram vetados pela Presidência da República, fez-se breve análise dos argumentos utilizados como justificativa ao veto, o que levou à conclusão pela necessária derrubada do veto presidencial.

Em conclusão, é importante mencionar que a Lei nº 14.112/2020 avançou no tratamento normativo da posição do Fisco na recuperação judicial, mas pecou por caminhar pouco. O escopo do presente trabalho não foi uma análise contextualizada da Lei nº 14.112/2020, mas é importante que a academia se debruce sobre o assunto, para garantir que esses primeiros passos se unam a outros posteriores, a fim de que o sistema recuperacional brasileiro possa contar com uma melhor redistribuição do ônus da recuperação judicial dentre todos os credores, a Fazenda Pública incluída.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA; PUC-SP. *Resultados da 1ª fase do Observatório de Insolvência*. Disponível em: http://rpubs.com/abj/pucrj_pre. Acesso em: 20 mar. 2021.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer Proferido em Plenário sobre o Projeto de Lei nº 6.229, de 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1838624&filename=PPP+1+PL622905+%3D%3E+PL+6229/2005. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo de Plenário ao Projeto de Lei nº 6.229, de 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1838624&filename=PPP+1+PL622905+%3D%3E+PL+6229/2005. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ronaldo Caiado. Emenda nº 141 à MPV nº 766, de 2017. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4960969&disposition=inline>. Acesso em: 20 mar. 2021.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Contábil nº 00 (R1)*. Disponível em: http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/147_CPC00_R1.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Contábil nº 47*. Disponível em: http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/527_CPC_47.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 16, n. 39. Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, 2015, p. 59-77. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=68226>. Acesso em: 08 mar. 2021.

CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.) *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Relatório de Pesquisa Ipea. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 06 mar. 2021.

FELSBERG, Thomas; PUPO, Marcelo Botelho. Parcelamento federal e recuperação judicial. *Valor Econômico*, São Paulo, 19 jun. 2017. Disponível em: https://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impresso/5008462. Acesso em: 8 mar. 2021.

GRUPO BANCO MUNDIAL. *Doing Business: Medindo a regulamentação do ambiente de negócios*. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/resolving-insolvency>. Acesso em: 6 mar. 2021.

GRUPO PERMANENTE DE APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO DE INSOLVÊNCIA. Nota Técnica Ref. Lei nº 4.112/2020 – Imprescindível derrubada de Vetos Presidenciais. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/83278/1615237437Nota-Tecnica-GPAI-vetos_vass.pdf-D4Sign.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021

JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of bankruptcy law*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. *Law and Finance After a Decade of Research*. 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/journal/handbook-of-the-economics-of-finance/vol/2/part/PB>. Acesso em: 6 mar. 2021.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. 26 U.S. Code § 108. Income from discharge of indebtedness. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/108>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LIQUERMAN, Robert; NEWTON, Grant W. *Bankruptcy and Insolvency Taxation*. Fourth Edition. Wiley Corporate F&A, 2012.

LISBOA, Marcos de Barros. Instituições e crescimento econômico. *Revista de Economia e Relações Internacionais*, v. 9, n. 18, jan. 2011, p. 67-83. Disponível em: http://www.fAAP.br/pdf/faculdades/economia/revistas/ciencias-economicas/revista_economia_18.pdf#page=68. Acesso em: 6 mar. 2021.

LUCCA, César de. *Gargalos tributários da recuperação judicial*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Tributário) – FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019.

SANTOS, Paulo Penalva; HIN, Vanilda Maioline. Recuperação judicial e tributos. *Valor Econômico*, São Paulo, 08 nov. 2017. Disponível em: https://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impreso/5185533. Acesso em: 19 mar. 2021.

SERASA EXPERIAN. *Indicador Econômicos*. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 06 mar. 2021.

TESOURO NACIONAL. *Relatório Contábil do Tesouro Nacional*. Uma Análise dos Ativos e Passivos da União. 2016. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RCTN+4/62842038-a932-4e04-b4ee-7764768024cf>. Acesso em: 6 mar. 2021.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law. Acesso em: 8 mar. 2021.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta nº 31, de 16 de março de 2012, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil – 10ª Região Fiscal*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=65138>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta nº 176, de 27 de setembro de 2018, da Coordenação-Geral de Tributação*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=95481&visao=original>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Solução de Consulta nº 306, de 31 de agosto de 2007, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil – 9ª Região Fiscal*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=61021>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 128.044/SC. Fazenda Nacional e Kadê Engenharia e Construção Ltda. – Em Recuperação Judicial. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1308486&num_registro=201301329867&data=20140403&formato=PDF. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.404/MT. Banco do Brasil S/A e Viana Trading Importação e Exportação de Cereais Ltda. – Em Recuperação Judicial. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 16 set. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=PDF. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Repetitivos e IAC. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 6 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 2234845-50.2017.8.26.0000. Banco do Brasil S/A e Machbert Equipamentos e Serviços Ltda. (Em Recuperação Judicial). Relator: Desembargador Araldo Telles. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado de São Paulo*, São Paulo, SP, 8 abr. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=12396371&cdForo=0>. Acesso em: 6 mar. 2021.

9

A TRIBUTAÇÃO PELO IMPOSTO DE RENDA BRASILEIRO DE INVESTIMENTOS DE PESSOAS FÍSICAS EM CRIPTOMOEDAS

Daniel de Paiva Gomes
Flávio Rubinstein

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo parte de um recorte metodológico de trechos da dissertação de mestrado profissional¹ elaborada por Daniel de Paiva Gomes, sob orientação de Flavio Rubinstein, no âmbito do Mestrado Profissional em Direito Tributário da Escola de Direito da FGV, a qual deu origem ao livro “*Bitcoin: a tributação de criptomoedas – Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*”, bem como traz fundamentos e análises adicionais para oferecer uma contribuição ao estudo da incidência do imposto de renda brasileiro sobre criptomoedas, sem emissor identificado, de titularidade de pessoas físicas.²

¹ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de investimentos criptomoedas*. Dissertação de mestrado (2019) apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Tributário pela FGV Direito SP. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28065>. Acesso em: 1º mar. 2021.

² GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas – Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Trata-se de tema com destacada relevância e atualidade. Na esteira da pandemia do COVID-19, o mercado de investimentos em criptomoedas atingiu cifras recordes e demonstrou sua resiliência a oscilações e momentos de incerteza.³ Um número crescente de investidores institucionais tem alocado parte de seus portfólios em criptomoedas, movimento acompanhado pelo surgimento de operações com estes ativos em bolsas de valores e pela criação de índices de preços.⁴

Nesse contexto, ampliam-se e intensificam-se as controvérsias jurídicas – especialmente tributárias – sobre os investimentos em criptomoedas. Ao redor do mundo, as legislações tributárias domésticas, já de resto desatualizadas para a realidade da dominância da economia digital, mostram-se ainda menos preparadas para enfrentar os complexos desafios do uso de criptomoedas.⁵

Esses desafios decorrem, notadamente, da ausência de controle centralizado, do (pseudo)anonimato, da dificuldade de valoração e das características híbridas (de instrumentos financeiros e ativos intangíveis) das criptomoedas, o que é potencializado pela rápida evolução das suas tecnologias subjacentes.⁶

Para que se analise do cenário tributário dos investimentos de pessoas físicas em criptomoedas, parece oportuno partir da compreensão da tecnologia subjacente e da taxonomia dos criptoativos, o que será abordado no tópico seguinte, além de apresentar breve discussão sobre a evolução do conceito de moeda, enquanto instrumento tecnológico-social de transferência de crédito.

A evolução do conceito de moeda pode ser sintetizada da seguinte forma: (i) inicialmente, houve o advento das *commodities in natura* (v.g.: ouro), utilizados como meios de troca universalmente aceitos; (ii) essa fase foi superada a partir do momento que começaram a ser utilizadas as moedas com lastro em *commodities* (*commodity-backed money*), tais como os certificados de ouro e o papel moeda com lastro nesse mesmo minério; (iii) posteriormente, surgiram

³ No início de abril de 2021, o valor total do mercado de criptomoedas superava, pela primeira vez, US\$ 2 trilhões. Cf. <https://www.nasdaq.com/articles/crypto-market-cap-soars-to-record-%242-trln-bitcoin-at-%241.1-trln-2021-04-05>; e <https://www.reuters.com/article/global-markets/global-markets-sp-500-sets-record-high-crypto-market-cap-passes-2-trillion-idUSL1N2LY1VU>.

⁴ Cf. <https://www.nasdaq.com/articles/as-institutional-investment-rises-will-more-boomers-go-with-bitcoin-2021-03-30>; e <https://www.cnn.com/2021/03/24/fidelity-to-launch-bitcoin-etf-as-investment-giant-builds-its-digital-asset-business.html>.

⁵ Para um estudo detalhado dos desafios globais de tributação das criptomoedas, cf. OCDE. *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, 2020.

⁶ OCDE. *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*. 2020, p. 7.

as moedas fiduciárias, com o abandono da moeda com lastro em *commodities*, de modo que a moeda passou a estar lastreada na própria confiança (fidúcia) que uma determinada sociedade deposita em um Estado soberano; (iv) por fim, a portabilidade das moedas fiduciárias foi aumentada paulatinamente, com a supressão da necessidade de um suporte físico, culminando com o surgimento da moeda escritural e, posteriormente, da moeda eletrônica, verdadeiras representações intangíveis da moeda fiduciária.⁷

Nesse contexto evolutivo, surgiram as moedas virtuais *lato sensu*, gênero dentro do qual se incluem as criptomoedas. Se, no passado, utilizavam-se o sal, o tabaco, dentre outras especiarias, como meios de troca na aquisição de bens, fato é que, atualmente, as pessoas podem utilizar criptomoedas como meio de troca que faz as vezes de meio de pagamento.

Por conta de seu protagonismo e relevância no âmbito das criptomoedas, o protocolo *Bitcoin* foi tomado como referencial na elaboração da dissertação de mestrado e do livro retromencionados e, conseqüentemente, é o objeto de estudo deste artigo, já que as *bitcoins* são o maior exemplo de criptoativo sem emissor identificado.

Dessa forma, o presente artigo se propõe a analisar a incidência de imposto de renda sobre os criptoativos sem emissor identificado (CSEI) de pessoas físicas, assim entendidos como moedas virtuais de caráter descentralizado e que podem ser utilizadas como meios de troca que façam às vezes de meio de pagamento ou como investimento, para fins especulativos.

2. CRIPTOATIVOS, MOEDAS DIGITAIS, MOEDAS VIRTUAIS, CRIPTOMOEDAS, TOKENS, BITCOINS E BLOCKCHAIN: UMA PROPOSTA DE TAXONOMIA

É frequente que os termos moedas digitais, moedas virtuais, criptoativos, criptomoedas e *tokens* sejam utilizados, equivocadamente, de maneira intercambiável ou fungível.

⁷ Nesse sentido: ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014, p. 57-59; GLASS, Jeffrey E. What Is a Digital Currency. *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, v. 57, n. 3, 2017, p. 455, 465-466, 468-469, 477-480 e 518; EUROPEAN CENTRAL BANK (EUROSYSTEM). *Virtual Currency Schemes* (Oct. 2012), p. 10, item 1.2. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

Essa equiparação dificulta a compreensão adequada do fenômeno tecnológico sobre o qual devem incidir os tributos relativos às operações com criptomoedas, daí porque, antes de adentrarmos à análise propriamente tributária do tema, nos ocuparemos da taxonomia dos criptoativos.

De um lado, podemos enxergar o tema tomando a expressão “moeda digital” como gênero, que se propõe a categorizar meios de troca intangíveis, dentro do qual as locuções “moedas virtuais” e “moedas eletrônicas” são inseridas na condição de espécies autônomas e antônimas, sendo as criptomoedas, por fim, uma subespécie das moedas virtuais.

Sob essa perspectiva, a expressão moeda digital refere-se a qualquer ativo intangível que viabilize a circulação de valor, seja como meio de troca (moeda virtual) ou meio de pagamento (moeda eletrônica), por meio da internet ou através de qualquer veículo incorpóreo, estando este valor embasado em moeda fiduciária (moeda eletrônica) ou sendo dotado de unidade de medida própria (moeda virtual).

As moedas virtuais, enquanto espécie de moeda digital, podem ser conceituadas como uma representação de valor em formato digital que utiliza unidades de medida próprias e que são expedidas por entidades privadas. Como principal característica dessas moedas, elas são obtidas, armazenadas, acessadas e transacionadas de forma totalmente eletrônica, somente entre partes que se utilizem da mesma moeda. Prestando-se a ser um meio de troca e de armazenamento de valor, as moedas virtuais exercem verdadeira função econômica, sendo comparáveis às cédulas bancárias, às próprias moedas fiduciárias de curso legal forçado e a outros itens que outorgam responsabilidade ao seu emissor. Como verdadeira unidade digital representativa de valor, as moedas virtuais são espécie que, ao lado das moedas eletrônicas ou *e-money*, estão inseridas dentro do gênero das moedas digitais.⁸

Com base nisso, podemos afirmar que a locução “moeda virtual” “abrange uma vasta gama de ativos, cobrindo desde as unidades *I Owe You* (IOU), comumente utilizadas em programas de fidelidade (e.g.: programas de milhas aéreas), até as criptomoedas”.⁹

⁸ GOMES, Daniel de Paiva. GOMES, Eduardo de Paiva. Capítulo 08 – Moedas Virtuais e Tributação. 8.3. A Tributação dos créditos em prêmio dos programas de fidelidade e coalizão enquanto moedas virtuais. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 244.

⁹ GOMES, Daniel de Paiva. GOMES, Eduardo de Paiva. Capítulo 08 – Moedas Virtuais e Tributação. 8.3. A Tributação dos créditos em prêmio dos programas de fidelidade e coalizão enquanto moedas virtuais. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 244.

As moedas virtuais, todavia, não se confundem com as moedas eletrônicas. Isso se deve ao fato de que as moedas eletrônicas são uma “representação digital de moeda fiduciária”¹⁰ “utilizadas para transferir eletronicamente valores mensurados em moeda fiduciária”,¹¹ de modo que as moedas eletrônicas são um verdadeiro “mecanismo digital de transferência de moeda fiduciária”.¹²

Ou seja, enquanto as moedas eletrônicas¹³ possuem referibilidade direta com a moeda fiduciária que lhes é subjacente, as moedas virtuais, por outro lado, são dotadas de unidade de medidas própria.¹⁴

Pontuadas as distinções conceituais entre moedas virtuais e eletrônicas, podemos afirmar que as criptomoedas, enquanto subespécie de moeda virtual, são ativos virtuais não monetários (moedas virtuais) descentralizados, com ou sem um emissor identificado, dotados de fluxo aberto, universais, criptografados e com fluxo de conversibilidade bidirecional.¹⁵

As criptomoedas são um meio de troca que não possui lastro em moedas fiduciárias, sendo verdadeiros “códigos criptográficos a serem identificados em

¹⁰ BAL, Aleksandra M. Bitcoin Transactions: Recent Tax Developments and Regulatory Responses. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 17, n. 5, 2015, p. 1, item 2. Disponível em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/dfi_2015_05_int_2.pdf, Acesso em: 7 jul. 2021.

¹¹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks* (report). Paris: June/2014, p. 4.

¹² FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks* (report). Paris: June/2014, p. 4.

¹³ No caso brasileiro, o inciso VI do artigo 6º da Lei nº 12.865/2013 define moeda eletrônica como sendo equivalente aos “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”.

¹⁴ As moedas virtuais, portanto, possuem “forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos”, consoante previsto no Comunicado nº 25.306/2014. De acordo com o Banco Central do Brasil, em orientação plasmada no Comunicado nº 25.306/2014, as “moedas virtuais não se confundem com a ‘moeda eletrônica’ de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infralegal”. Posteriormente, no bojo do Comunicado nº 31.379/2017, novamente, o Banco Central do Brasil consignou que as moedas virtuais não se confundem com as moedas eletrônicas previstas na Lei nº 12.865/2013, já que as moedas virtuais “não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidos por governos soberanos” (item 5 do Comunicado nº 31.379/2017).

¹⁵ Para maiores aprofundamentos relativos aos diversos critérios que podem classificação das moedas virtuais, vide: GOMES, Daniel de Paiva. GOMES, Eduardo de Paiva. Capítulo 08 – Moedas Virtuais e Tributação. 8.3. A Tributação dos créditos em prêmio dos programas de fidelidade e coalizão enquanto moedas virtuais. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 245-246.

um sistema maior e mais amplo”,¹⁶ ou seja, englobam todas as moedas virtuais nas quais a “propriedade de uma unidade de valor em particular é validada por meio de criptografia”,¹⁷ tecnologia esta que é utilizada para “garantir a segurança das transações e controlar a criação de novas unidades de criptomonedas”.¹⁸

Para além da taxonomia acima delineada, há outra, a nosso ver, mais adequada, que parte no gênero taxonômico “criptoativo” e que foi proposta pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) nos seguintes moldes: (i) de um lado, os CSB (Criptoativos similares ao *Bitcoin*) também denominados BLCA (*Bitcoin Like Crypto Assets*); (ii) de outro, os Tokens digitais (*digital tokens*) ou Criptoativos não similares ao Bitcoin (CNSB) também denominados *Crypto Assets Other Than BLCA's*.¹⁹

Os CSB (Criptoativos similares ao *Bitcoin*) são ativos criptografados descentralizados não financeiros, que não são moeda em seu sentido econômico ou jurídico e cujo “propósito geral é servir como meio de troca para pagamentos *peer-to-peer*, sem um emissor identificado e sem responsabilidade de contraparte” (ausência do atributo da oponibilidade a terceiros).²⁰

Os *tokens* digitais ou Criptoativos não similares ao Bitcoin (CNSB), por sua vez, estão ligados à ideia de “tokenização”.²¹ Um *token* “equivale a uma linha de

¹⁶ FOBE, Nicole Julie. *O Bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), na área de concentração Direito e Desenvolvimento, para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo: 2016, p. 53-54.

¹⁷ HUGHES, Sarah J.; Middlebrook, Stephen T. Advancing a Framework for Regulating Cryptocurrency Payments Intermediaries. *Yale Journal on Regulation*, v. 32, n. 2, 2015, p. 504. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/8>. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹⁸ CHURILOV, Aleksei. *Practical Aspects of Bitcoin Usage in Business* (November 3, 2015), p. 1. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2685646> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2685646>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁹ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics* (2019), p. 7. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

²⁰ Os CSB “não são oponíveis a terceiros, não são emitidos ou autorizados por um banco central, um governo ou qualquer outra unidade institucional”, daí por que não há dúvidas de que tal espécie de criptoativo é um ativo não financeiro (Nesse sentido: INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics* (2019), p. 3-5 e 8-9. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020).

²¹ A tokenização pode ser definida “como um processo digital de representação de ativos reais (do mundo físico) por meio de tecnologias de registro distribuído (distributed ledger)” (Cf. HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *Global Blockchain Benchmarking Study*. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, 2017, p. 65. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3040224> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3040224>. Acesso em: 11 nov. 2020). Os

caracteres que constituem representações criptograficamente seguras de um conjunto de direitos que podem ser utilizados dentro de um contexto específico”,²² daí por que podemos afirmar que equivalem a “unidades transferíveis geradas no âmbito de uma rede distribuída que controla a propriedade de tais unidades por meio de tecnologia *blockchain*”.²³

Esses *tokens* digitais (CNSB) podem ser classificados em quatro categorias: (i) *tokens* de pagamento; (ii) *tokens* de utilidade; (iii) *tokens* similares a títulos e valores mobiliários; e (iv) *tokens* híbridos.²⁴

tokens podem se referir a “ativos reais”, hipótese em que estaremos diante do que se denomina tokenização de “off-chain assets”. Sobre o tema: OECD (2020). *The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets*. OECD Blockchain Policy Series. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 11. Disponível em: www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

²² BLANDIN, Apolline; CLOOTS, Ann Sofie; HUSSAIN, Hatim; RAUCHS, Michel; SALEUDDIN, Rasheed; ALLEN, Jason G.; ZHANG, Bryan Zheng; CLOUD, Katherine. *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study* (April 16, 2019). University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2019, p. 14. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3379219> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3379219>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²³ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics* (2019), p. 6. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

²⁴ Sobre a distinção entre os tipos de *tokens* mencionados, *in verbis*: “*Payment Tokens*: ativos virtuais não monetários criptografados, possuidores de unidade de medida própria, negociados via tecnologias de registro distribuídos, mas que possuem um emissor predeterminado, utilizados como meio de troca fazendo “às vezes de uma moeda”; *Utility tokens*: ativos virtuais não monetários criptografados, possuidores de unidade de medida própria, com a existência de um emissor predeterminado, utilizados para viabilizar o acesso (de forma pré-paga) a bens e serviços específicos (v.g.: voucher trocável por bem ou serviço) por meio de aplicações embasadas em tecnologias de registro distribuído. *Security tokens*: ativos financeiros virtuais criptografados. São ativos negociados no âmbito de aplicações embasadas em tecnologias de registro distribuído e utilizados para fins de investimento, aproximando-se da noção de ativo financeiro e similares aos valores mobiliários. Os *security tokens* podem possuir caráter patrimonial (equity) ou de dívida (debt) e são dotados de um emissor predeterminado em face do qual é oponível o direito ao recebimento de juros ou dividendos” (Cf. GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas – Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 68). Outro conceito digno de nota refere-se à expressão *stablecoin*, a qual se refere a um *payment token* com emissor identificado, mas cujo valor é estabilizado. Sobre o tema, Gomes já teve a oportunidade de destacar que as *stablecoins* são criptomoedas que, apesar de não se confundirem com as moedas fiduciárias, possuem uma unidade de medida com relação de “1 para 1” com uma determinada moeda fiduciária e, para estabilizar o seu valor “utilizam-se de meios para estabilizar o seu valor, daí por que podem: a) possuir ‘garantia colateral’, hipótese em que a estabilidade do seu preço é garantida por moedas fiduciárias (v.g.: contrato de hedge com estabilização em dólar), ativos financeiros ou commodities; mas também podem: b) não possuir uma garantia dessa natureza, caso em que a estabilidade de seu preço advém de ferramentas atreladas ao seu algoritmo de funcionamento” (GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas – Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 65).

O presente artigo se propõe a analisar a incidência do imposto de renda da pessoa física sobre operações com *Bitcoin* ou criptoativos similares (CSB ou *BLCA*), denominados, para fins deste artigo, de criptomoedas,²⁵ assim entendidas como espécie de ativo virtual criptografado não financeiro, não monetário, de caráter universal, descentralizado, de fluxo aberto e conversibilidade bidirecional, podendo ser utilizado como meio de troca que faz as vezes de meio de pagamento, sem um emissor identificado e, conseqüentemente, sem o atributo da oponibilidade a terceiros. Tem-se, aqui, portanto, o que denominamos de criptoativo sem emissor identificado (CSEI).²⁶

Para facilitar o estudo da incidência do imposto de renda sobre operações com criptomoedas realizadas por pessoas físicas, tomamos como objeto de análise o protocolo *Bitcoin*, já que as *bitcoins* são consideradas como a primeira criptomoeda descentralizada e de código aberto na história das moedas virtuais.

O *Bitcoin*,²⁷ criado por Satoshi Nakamoto²⁸ em 31 de outubro de 2008, é uma rede que possibilita aos seus usuários a realização de pagamentos imediatos a qualquer pessoa e em qualquer lugar do mundo, sem a intervenção de terceiros ou de uma autoridade central, substituindo-se a confiança que seria depositada nessa autoridade para evitar o fenômeno do gasto duplo pela utilização de criptografia.

²⁵ No início, as criptomoedas se valiam de esquemas centralizados e possuíam lastro em alguma moeda fiduciária ou metal precioso, tal como o ouro, daí porque, em última análise, sequer poderiam ser consideradas criptomoedas, no sentido por nós utilizado neste artigo. Fato é que os termos criptoativo e criptomoeda, conseqüentemente, podem se referir a ativos negociados por meio de tecnologia criptográfica de forma centralizada ou descentralizada, possuindo ou não lastro em uma moeda fiduciária, daí porque abrangeriam desde moedas virtuais de jogos eletrônicos até as *stablecoins* (criptomoedas cujo valor é vinculado a uma moeda fiduciária, tal como a BUSD – *Binance United State Dolar*). Por isso, para fins didáticos, a menção ao termo “criptomoeda”, neste artigo, pressupõe descentralização e está sendo utilizada como sinônimo de CSEI (criptoativo sem emissor identificado) ou CSB (criptoativo similar ao Bitcoin), não abrangendo outros ativos criptografados.

²⁶ A locução criptoativo sem emissor identificado foi inaugurada por Daniel de Paiva Gomes em sua obra *Bitcoin: a tributação de criptomoedas – Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*.

²⁷ O termo *Bitcoin*, com o primeiro caractere maiúsculo, refere-se ao protocolo *Bitcoin*, ou seja, ao sistema em si considerado. O termo *bitcoin*, com o primeiro caractere minúsculo, faz referência a cada unidade numérica, que pode ser utilizada como meio de troca que faz as vezes de meio de pagamento na aquisição de bens e serviços. Vale a pena destacar que, após o surgimento do *Bitcoin*, surgiram diversas criptomoedas alternativas, as denominadas *altcoins* (*alternative coins*).

²⁸ O anúncio da criação do protocolo *Bitcoin* se deu com a publicação, por Satoshi Nakamoto, do relatório *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Vale destacar que, até hoje, não se tem notícia de quem seja realmente Satoshi Nakamoto, na medida em que esse nome é um mero pseudônimo, que pode se referir a uma única pessoa ou a um grupo de indivíduos.

O protocolo *Bitcoin* é responsável por estabelecer: (i) o modo como se desenvolve a cadeia de transações entre os usuários que fazem parte da mesma rede P2P; e (ii) o limite de 21 milhões de unidades de *bitcoins* que podem ser colocadas em circulação.

As *bitcoins*, portanto, nada mais são “do que um apontamento contábil eletrônico, no qual são registrados a conta corrente (o endereço da *bitcoin* ou a chave pública) e o saldo de *bitcoins* em um dado momento”.²⁹

O grande “livro-razão virtual” em que são registrados esses apontamentos ou saldos de *bitcoins* é denominado de *Blockchain*.³⁰

As *bitcoins* são transferidas entre os usuários por meio de carteiras eletrônicas (*wallets*) formadas por duas chaves de segurança, uma pública e outra privada. A chave pública equivale ao “nome do usuário ou *login*” inserido na *Blockchain*, viabilizando a pseudoidentificação³¹ dos usuários, ao passo que a chave privada é utilizada como um *pin* ou senha pelo usuário para autorizar a transferência das criptomoedas, ou seja, a chave privada é utilizada para “assinar as transações e gastar as *bitcoins*”.³²

²⁹ ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014, p. 113.

³⁰ *Blockchain* não é sinônimo de tecnologia de registro distribuído (DLT – *Distributed Ledger Technology*). Ambos os conceitos possuem em comum o fato de que são bancos de dados distribuídos de forma descentralizada entre vários dispositivos. Diferenciam-se, todavia, pelo fato de que a *blockchain* é organizada em blocos, daí porque comumente se diz que toda *blockchain* é uma DLT, mas nem toda DLT é uma *blockchain*. Conforme observam Bossa e Gomes: “O conteúdo registrado é validado pelos participantes da rede, sendo dispensável a presença de intermediário. É formada por uma ‘cadeia de blocos’ e cada bloco contém informações sobre as operações ocorridas, com a indicação dos usuários que validaram a operação e o histórico das transações. A *blockchain* permite que operações sejam registradas digitalmente e armazenadas em sistemas transparentes, compartilhados e descentralizados, sendo que tais registros, via de regra, não podem ser alterados ou apagados. De fato, somente haverá o acréscimo das informações na *blockchain* no caso de consenso entre os participantes designados para a operação. [...] Trata-se de tecnologia que produz um sistema de registro transparente e descentralizado de operações rastreáveis com grande potencial de não ser afetado pela corrupção e pela falsificação. Foi desenvolvida com o propósito de viabilizar o compartilhamento, replicação, sincronização e acesso a dados, permitindo a redução de custos com o processamento, armazenamento e envio de informações, bem como o acompanhamento das operações em tempo real”. Cf. BOSSA, Gisele Barra. GOMES, Eduardo de Paiva. Capítulo 10 – Ambiente Virtual e Tributação. *Blockchain: tecnologia à serviço da troca de informações fiscais ou instrumento de ameaça à privacidade dos contribuintes?* In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 362-364.

³¹ Os nomes reais dos usuários não são revelados, inexistindo qualquer vinculação com documentos oficiais de identificação (v.g.: número perante o Cadastro de Pessoas Físicas).

³² ANTONOPOULOS, Andreas M. *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol (CA): O'Reilly Media Inc., December/2014, p. 62-63 e 71.

O envio de *bitcoins* é simples: basta adicionar um *hashtag*, o montante de *bitcoins* que se quer transferir e a chave pública do recebedor destinatário da operação. A *bitcoin* transacionada indicará a chave pública do seu possuidor anterior, enquanto a chave privada assinará a operação.

As transações são realizadas diretamente pelos usuários da rede (cada usuário é um nó da rede), enquanto a figura do intermediário (v.g.: entidade bancária) é substituída por terceiros usuários – denominados mineradores –, também membros da rede e que, voluntariamente, dispõem-se a validar a operação realizada entre os dois usuários que participam da operação.³³

A grande inovação proporcionada pelo *Bitcoin* e pela *Blockchain*, portanto, refere-se à substituição da confiança que um órgão central passa aos usuários – em um sistema convencional de circulação de moeda fiduciária –, por um sistema criptográfico descentralizado que se utiliza de tecnologia *Peer-to-Peer* (P2P) criptográfica.

3. A INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE OPERAÇÕES COM CRIPTOMOEDAS REALIZADAS POR PESSOAS FÍSICAS

No Brasil, não há leis ou decretos que se proponham a disciplinar a tributação dos valores advindos da alienação de criptoativos. A primeira orientação formalizada pela Receita Federal do Brasil (RFB) constou na edição de 2018 do manual “Perguntas & Respostas” do Imposto de Renda da Pessoa Física.³⁴

Em um primeiro momento, ao utilizar as *bitcoins* como exemplo da moeda virtual, a RFB acabou por, equivocadamente, usar de maneira intercambiável os termos “moeda virtual” e “criptomoeda”, o que, à luz da taxonomia que delimitamos no tópico inicial deste artigo, configuraria equívoco conceitual.

Na orientação inicial da RFB, o órgão fazendário afirmou que as moedas virtuais, a exemplo das *bitcoins*, “muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, deveriam ser declaradas na

³³ FRANCO, Pedro. *Understanding Bitcoin: Cryptography, Engineering and Economics*. Chichester: John Wiley & Son, 2015, p. 110-111.

³⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Imposto sobre a Renda – Pessoa Física: perguntas e respostas* (Exercício de 2018 – Ano-calendário de 2017). Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf/view>. Acesso em: 10 jan. 2019. Esse manual pode ser compreendido como uma norma complementar, nos termos do artigo 100 do CTN.

Ficha Bens e Direitos como ‘outros bens’, uma vez que poderiam ser equiparadas a um ativo financeiro”. Vejamos a literalidade da manifestação da RFB, na resposta à pergunta 447:

447 – As moedas virtuais devem ser declaradas? Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição. Atenção: Como esse tipo de ‘moeda’ não possui cotação oficial, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão, não há uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários. Entretanto, essas operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea para fins de tributação.³⁵

Trata-se de orientação em linha com a tendência internacional de se estabelecer que as criptomoedas devem ser consideradas, para fins tributários, como equiparadas aos ativos financeiros.³⁶

Após a edição do referido guia de perguntas e respostas, foi editada a IN 1.888/2019, disciplinando as obrigações acessórias de reporte aplicáveis às *Exchanges* e às pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil que transacionem com criptoativos, com sujeição a multas substanciais de descumprimento (inclusive, a depender do caso de descumprimento das normas de reporte, calculadas sobre percentual do valor da transação).

No caso das *Exchanges* brasileiras (i.e., domiciliadas para fins tributários no Brasil), as informações devem ser reportadas mensalmente, abrangendo (i) a data da operação; (ii) o tipo da operação; (iii) os titulares da operação; (iv) os criptoativos usados na operação; (v) a quantidade de criptoativos negociados, em unidades, até a décima casa decimal; (vi) o valor da operação, em reais, excluídas as taxas de serviço cobradas para a execução da operação, quando houver; e (vii) o valor das taxas de serviços cobradas para a execução da operação, em reais, quando houver.

³⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Imposto sobre a Renda – Pessoa Física: perguntas e respostas* (Exercício de 2018 – Ano-calendário de 2017), resposta ao item 447. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf/view>. Acesso em: 10 jan. 2019.

³⁶ RUBINSTEIN, Flavio. VETTORI, Gustavo G. Taxation of Investments in Bitcoins and Other Virtual Currencies: International Trends and the Brazilian Approach. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 20, n. 3, 2018.

Em relação aos titulares das operações, deverão ser informados: (i) o nome da pessoa física ou jurídica; (ii) o endereço; (iii) o domicílio fiscal; (iv) o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), conforme o caso, ou o Número de Identificação Fiscal (NIF) no exterior, quando houver, no caso de residentes ou domiciliados no exterior; e (v) as demais informações cadastrais.

Ainda, as *Exchanges* brasileiras deverão prestar anualmente à RFB informações relativamente a cada usuário de seus serviços e referentes de 31 de dezembro de cada ano, sobre (i) o saldo de moedas fiduciárias, em Reais; (ii) o saldo de cada espécie de criptoativos, em unidade dos respectivos criptoativos; e (iii) o custo, em Reais, de obtenção de cada espécie de criptoativo, declarado pelo usuário de seus serviços, se houver.

Para as operações realizadas com *Exchanges* domiciliadas no exterior, bem como para as operações realizadas fora do ambiente das *Exchanges*, as obrigações de reporte cabem às pessoas físicas e jurídicas residentes no Brasil,³⁷ sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

A atribuição de obrigações de reporte às *Exchanges* brasileiras, além de relevante instrumento de transparência e combate à lavagem de capitais, demonstra o reconhecimento das autoridades fiscais quanto à insuficiência da prestação voluntária de informações pelos contribuintes nos casos de investimentos em criptoativos, à semelhança do que se viu no caso paradigmático norte-americano da requisição de dados da *Coinbase* (maior *Exchange* de criptoativos dos EUA e possivelmente do mundo) pelo IRS – *Internal Revenue Service* (a agência tributária federal dos EUA).³⁸

Oportuno mencionar, ainda, que art. 5º referida da instrução normativa evidencia uma evolução no entendimento da RFB sobre o tema, já que o órgão fazendário deixou de valer-se da expressão moeda virtual e estabeleceu as definições de criptoativo e *Exchange*, nos seguintes termos:

³⁷ Nos casos em que as pessoas físicas ou jurídicas tenham realizado alguma das seguintes operações com criptoativos: I – compra e venda; II – permuta; III – doação; IV – transferência de criptoativo para a exchange; V – retirada de criptoativo da exchange; VI – cessão temporária (aluguel); VII – dação em pagamento; VIII – emissão; e IX – outras operações que impliquem em transferência de criptoativos.

³⁸ *United States v. Coinbase, Inc.* Case N. 17-cv-01431-JSC. Cf. tb o comunicado da *Coinbase* aos usuários: <https://support.coinbase.com/customer/portal/articles/2924446-irs-notification>.

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I – criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II – *exchange* de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.

Pode-se notar que, se em um primeiro momento a RFB equiparava *bitcoins* às moedas virtuais, com o advento da IN 1.888/2019, a conceituação de criptoativo passou a fazer referência à representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal, conceito este que acaba por abarcar não apenas os CSEI tal qual o *Bitcoin*, mas também outros tipos de *tokens*.

De qualquer modo, com base nas orientações da RFB, as criptomoedas devem ser declaradas anualmente,³⁹ pelo valor de aquisição, na Ficha de Bens e Direitos da Declaração de Ajuste Anual (DAA), valor este que corresponde ao custo original do investimento, expresso em reais. Para tanto, quando o

³⁹ Sem prejuízo da eventual obrigatoriedade de inclusão dos criptoativos na declaração anual para o Banco Central conhecida como CBE (Censo de Capitais Brasileiros no Exterior), obrigatório para as pessoas, residentes no Brasil, que mantenham no exterior bens ou direitos em valor conjunto superior a US\$ 1 milhão (um milhão de dólares dos EUA) na data-base de 31 de dezembro de cada ano. Para aqueles que mantenham no exterior valores superiores a US\$ 100 milhões (cem milhões de dólares), deve ser apresentada a CBE trimestral. Embora fuja ao escopo do presente artigo tecer análise específica da CBE, vale mencionar que o Banco Central ainda não publicou orientações específicas sobre como declarar criptoativos na CBE; dentre outros pontos de dúvida, destaca-se a precisa identificação de quais criptoativos devem ser compreendidos como situados no exterior (e.g. se aqueles adquiridos em moeda estrangeira ou se aqueles mantidos em contas custodiadas por *Exchanges* no exterior).

valor estiver em dólar dos EUA, deverá ser convertido pela cotação fixada, para venda, pelo Banco Central do Brasil (BCB) para a data da operação, extraída do boletim de fechamento PTAX. Para outras moedas, a conversão deve inicialmente ser feita para dólares dos EUA e, subsequentemente, para reais, nos mesmos moldes.

Considerando-se a inexistência de cotações oficiais para os criptoativos e, por consequência, de uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários, a RFB orienta os contribuintes a comprovar as operações destes ativos com documentação hábil e idônea.

Inicialmente, como se viu, a RFB indicava que os contribuintes deveriam utilizar a rubrica “outros bens” para descrever as criptomoedas na referida ficha de Bens e Direitos da DAA, tendo em vista que tais ativos seriam equiparados a ativos financeiros.

Recentemente, todavia, com a edição de 2021 do manual de Perguntas e Respostas do Imposto de Renda da Pessoa Física,⁴⁰ a Receita Federal do Brasil modificou tal orientação, passando a indicar códigos de declaração específicos destinados aos criptoativos, na resposta à pergunta de nº 445.

Os novos códigos⁴¹ a serem utilizados para a declaração de investimentos em criptoativos por pessoas físicas contam do Quadro 1.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Perguntas e Respostas 2021. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (Exercício de 2021 – Ano-calendário de 2020)*. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2021-v-1-0-2021-02-25.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁴¹ É louvável a iniciativa da RFB em criar códigos de declaração específicos para os criptoativos. É nítido que ao segregar, de um lado, o código 81 (*Bitcoin*), e de outro, os códigos 82 (*altcoins*) e 89 (criptoativos que não sejam *payment tokens*), a RFB houve por bem reconhecer, ainda que implicitamente, a distinção entre criptoativos sem emissor identificado (código 81) e criptoativos com emissor identificado (códigos 82 e 89). O código 89, pelos exemplos fornecidos pela RFB, bem como quando consigna que não se refere aos *payment tokens*, acaba por propor a categorização dos *utility tokens* e *security tokens*. Apesar desses acertos pontuais quanto aos códigos 81 e 89, a opção taxonômica adotada pelo órgão fazendário, no que diz respeito ao código 82, merece reparos. Isso porque, no código 82, a autoridade fiscal acabou por equiparar *stablecoins* (XRP, USDT, BRZ, USDC, TUSD, BUSC), criptoativos sem emissor identificado (*Bitcoin Cash*) e *payment tokens* com emissor identificado (ADA-Cardano), como se todos esses exemplos fossem a mesma coisa ou possuísem a mesma natureza jurídica e o mesmo uso. O *Bitcoin Cash*, por exemplo, deveria ser um exemplo de criptoativo sem emissor identificado inserido no código 81. À luz da taxonomia por nós proposta no tópico anterior, forçoso reconhecer que não é adequado o novo enquadramento proposto pelo órgão fazendário nos códigos recém-criados, na medida em que as distinções conceituais existentes entre os três tipos de criptoativos inseridos no código 82 impediria sua classificação sob a mesma rubrica. Melhor seria, a nosso ver, que a RFB adotasse as orientações do FMI ou da OCDE, valendo-se da classificação pelo uso do ativo e pela existência ou não de um emissor identificado. Nesse sentido, o ideal seria manter o código 81 para todos os criptoativos que, assim como o *Bitcoin*, não possuem emissor identificado, mas, ao

Quadro 1 Novos códigos a serem utilizados para a declaração de investimentos em criptoativos por pessoas físicas

Código	Descrição	Informações a serem declaradas
81	Criptoativo Bitcoin BTC	Quantidade, nome da empresa onde está custodiado, com CNPJ, ou, em caso de custódia própria, o modelo de carteira digital usado (Ledger nano, Ledger X, Trezor,...)
82	Outros criptoativos, do tipo moeda digital, conhecidos como <i>altcoins</i> . Por exemplo, Ether (ETH), XRP (Ripple), Bitcoin Cash (BCH), Tether (USDT), Litecoin (LTC), Brazilian Digital Token (BRZ), USD Coin (USDC), TUSD, Cardano (ADA), Binance USD (BUSD), entre outros.	Tipo e quantidade, nome da empresa onde está custodiado, com CNPJ, ou, em caso de custódia própria, o modelo de carteira digital usado (Ledger nano, Ledger X, Trezor, ...). Tipos de criptoativos diferentes devem constituir itens separados na declaração.
89	Demais criptoativos não considerados criptomoedas (payment tokens). Exemplos: Chiliz (CHZ), Binance Coin (BNB), Chainlink (LINK), Tokens de Precatório (MBPRK03), Tokens de Consórcio (MBCONS02), WiBZ (WBZ), PAX Gold (PAXG), entre outros.	Tipo e quantidade, nome da empresa onde está custodiado, com CNPJ, ou, em caso de custódia própria, o modelo de carteira digital usado (Ledger nano, Ledger X, Trezor,...).

Fonte: Elaboração dos autores.

De acordo com a RFB, a obrigatoriedade de declaração de criptoativos somente existe caso seu valor de aquisição seja igual ou superior a R\$ 1.000,00. Esta orientação, todavia, destoa do previsto no §2º, inciso II, do art. 11 da IN RFB 2.010/2021, que prevê a dispensa da inclusão, na Declaração de Ajuste Anual referente ao exercício de 2021, dos “bens móveis e direitos cujo valor unitário

mesmo tempo, criar novos códigos específicos para os *payment tokens*, *utility tokens* e *security tokens*, inserindo, ainda, uma categoria residual para *tokens* de caráter híbrido. Outra crítica pontual que deve ser registrada refere-se ao conteúdo da informação a ser prestada à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Isso porque, é totalmente desproporcional exigir que o contribuinte informe o tipo de carteira digital utilizada (Ledger nano, Ledger X, Trezor, etc.). A inclusão de tal informação somente exporá os usuários a riscos. Por mais que a informação seja protegida por sigilo, enquanto esteja sob a posse da RFB, nada garante que, em um cenário de ataque cibernético, tais informações não sejam vazadas. Ataques cibernéticos a órgãos públicos, a exemplo do que já ocorreu com o Poder Judiciário, já não são, infelizmente, algo unimaginável. Obviamente, se a base de dados da RFB for atacada e o eventual criminoso obtiver acesso ao nome, CPF e tipo de carteira do usuário, este ficará em uma posição extremamente vulnerável, podendo sofrer ataques sucessivos até a perda total de seus criptoativos. Em um cenário de “quebra” da sua carteira, esse mesmo usuário dificilmente conseguirá comprovar o nexo de causalidade do ataque, ou seja, não logrará êxito em demonstrar que o furto das suas criptomoedas se deu em decorrência do acesso que o criminoso obteve ao seu tipo de carteira por meio da base de dados da RFB, inviabilizando, consequentemente, eventual indenização estatal. Nesse sentido, considerando que os deveres instrumentais, nos termos do artigo 113 do Código Tributário Nacional, existem apenas no interesse da arrecadação, bem como tendo em vista que a informação relativa ao tipo de carteira na qual são armazenadas as criptomoedas é supérflua e irrelevante para o Fisco, entendemos que tal exigência, tendo sido veiculada por ato infralegal, pode ser tida como ilegal.

de aquisição seja inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), exceto veículos automotores, embarcações e aeronaves”.

O art. 5º da IN/SRF nº 84/2001, por sua vez, estabelece a obrigatoriedade de a pessoa física declarar os investimentos em criptomoedas de acordo com o seu “valor de aquisição expresso em reais” (art. 5º da IN SRF nº 84/2001). Os valores advindos da alienação de criptomoedas parecem se enquadrar no inciso I do art. 3º da IN SRF nº 84/2001. Vejamos sua redação:

Art. 3º Estão sujeitas à apuração de ganho de capital as operações que importem:

I – alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins; [...]

Esclarecidas as questões relativas à declaração dos criptoativos, faz-se necessário compreender como se dá sua efetiva tributação.

Como se observa a partir das orientações da RFB, os criptoativos devem ser equiparados a ativos financeiros sujeitos a ganho de capital, para fins de tributação pelo IRPF. Nesse passo, o art. 21 da Lei nº 8.981/1995,⁴² regula a tributação do ganho de capital percebido por pessoas físicas em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, dentre os quais se enquadrariam as criptomoedas.

As alíquotas aplicáveis ao ganho de capital em investimentos com criptomoedas feitos por pessoas físicas seguem a sistemática progressiva do referido art. 21 da Lei nº 8.981/1995: 15% para os ganhos inferiores a R\$ 5 milhões, 17,5% para a parcela do ganho entre R\$ 5 milhões e R\$ 10 milhões, 20% sobre a parcela entre R\$ 10 milhões e R\$ 30 milhões e 22,5% sobre a parcela do ganho que ultrapassar R\$ 30 milhões.

⁴² “Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza se sujeita à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas:

I – 15% (quinze por cento) sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

II – 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

III – 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais); e

IV – 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

Nos casos de investimentos de pessoa física residente no Brasil em criptomoedas no exterior;⁴³ consoante a disciplina da Instrução Normativa nº 118/200, o cálculo do ganho de capital dependerá da determinação do custo do ativo no exterior – no caso, a criptomoeda – que deu origem ao ganho, conforme os rendimentos empregados na aquisição de tal ativo tenham sido produzidos em reais ou em moeda estrangeira.⁴⁴

O imposto de renda brasileiro, se devido, deve ser recolhido até o último dia útil do mês seguinte àquele em que se receber o rendimento oriundo da alienação da criptomoeda no exterior. A apuração mensal de ganhos de capital no exterior deve ser realizada pelo Programa de Apuração dos Ganhos de Capital (GCAP), também utilizado para cálculo de ganhos de capital no Brasil.

Caso haja imposto pago no exterior sobre os rendimentos ou ganhos, o contribuinte poderá aproveitar este valor como crédito para o IRPF, até o limite do imposto brasileiro devido sobre os mesmos ganhos ou rendimentos, desde que haja reciprocidade ou acordo para evitar a dupla tributação vigente.

É importante ressaltar que o art. 22 da Lei nº 9.250/1995 prevê uma isenção para a alienação de bens e direitos de pequeno valor, consoante se vê da literalidade da referida norma.

Art. 22. Fica isento do imposto de renda o ganho de capital auferido na alienação de bens e direitos de pequeno valor, cujo preço unitário de alienação, no mês em que esta se realizar, seja igual ou inferior a:

I - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), no caso de alienação de ações negociadas no mercado de balcão; II - **R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), nos demais casos.**

Parágrafo único. No caso de alienação de diversos **bens ou direitos da mesma natureza**, será considerado, para os efeitos deste artigo, o valor do conjunto dos bens alienados no mês. (g.n.)

⁴³ Caso a pessoa física invista no exterior, em criptomoedas ou outros ativos, através de pessoa jurídica localizada no exterior (comumente conhecida como *Personal Investment Company* – *PIC*), vale apontar que a tributação dos rendimentos referentes à alienação de tais ativos, quando disponibilizados para a pessoa física, poderá se dar como: (i) distribuição de lucros, caso a empresa distribua seus resultados aos sócios, situação em que tais lucros distribuídos serão tributados com base na tabela progressiva do IRPF; ou (ii) ganho de capital, nos casos de alienação das ações ou eventual liquidação da empresa ou de redução de seu capital.

⁴⁴ Quando o custo for determinado em reais, eventual ganho cambial de tal aplicação será tributado; da mesma forma, eventual perda cambial reduzirá a base tributável. Por outro lado, caso o custo seja apurado em moeda estrangeira, ganhos ou perdas cambiais não influenciarão o ganho a ser tributado, que será calculado somente em moeda estrangeira.

Aos investimentos com criptomoedas, tanto no Brasil quanto no exterior, aplica-se o limite isentivo previsto no inciso II do art. 22 da Lei nº 9.250/1995, tendo em vista que os criptoativos não são equiparados às ações negociadas no mercado de balcão.

Logo, o ganho de capital advindo de alienações de investimentos em criptomoedas, de forma isolada ou levando em consideração o conjunto de ativos de mesma classe, realizadas a cada mês, que não ultrapasse R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), é isento de imposto de renda.

Essa, inclusive, é a orientação da Receita Federal do Brasil sobre o tema, ao afirmar, na resposta à questão 606 do novo Guia de Perguntas e Respostas, que os “ganhos obtidos com a alienação de ativos digitais, tais como criptoativos ou moedas virtuais (*bitcoins* – BTC, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, segundo alíquotas progressivas [...] no código de receita 4600”.⁴⁵

Sobre esse ponto, de acordo com a RFB, em resposta à mesma questão, a “isenção relativa às alienações de até R\$ 35.000,00 mensais deve observar o conjunto de criptoativos ou moedas virtuais alienados no Brasil ou no exterior, **independente de seu nome** (*bitcoin, ethereum, litecoin, tether*, etc.). Caso o total alienado no mês ultrapasse esse valor, o ganho de capital relativo a todas as alienações estará sujeito à tributação”.

No mesmo sentido, a resposta à pergunta 545 do Guia prevê que a alienação deverá levar em consideração o valor do “conjunto dos bens ou direitos da mesma natureza, alienados em um mesmo mês, tais como [...] criptoativos”, o que é repetido na resposta à questão 631.

Nesse ponto, merece críticas o entendimento fazendário, pois o limite para aplicação da isenção deve ser utilizado à luz de bens ou direitos “da mesma natureza”, consoante previsto literalmente na redação do inciso II do art. 22 da Lei nº 9.250/1995.

Não se trata, como mencionado pelo órgão fazendário, de mera questão de nomenclatura a distinção entre as diversas categorias de criptoativos ou moedas virtuais. A bem da verdade, em que pese pertencerem ao mesmo gênero, fato é que o uso e a natureza jurídica dos criptoativos sem emissor identificado não se confunde com o uso e a natureza jurídica dos *payment tokens*, *utility tokens* e *security tokens*.

⁴⁵ O imposto de renda incidente sobre o ganho de capital decorrente de investimentos em criptomoedas deverá ser recolhido aos cofres públicos até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos, nos termos do §1º do artigo 21 da Lei nº 8.981/1995.

É dizer, as *bitcoins* não possuem o mesmo uso e a mesma natureza jurídica que um *utility token*, na medida em que, apesar de terem em comum o fato de que ambos os ativos se valem de tecnologias criptográficas, diferenciam-se em suas características intrínsecas, que são completamente distintas, daí por que, a nosso ver, o mais adequado seria aplicar a isenção para os ganhos de capital de até R\$ 35.000,00 de maneira segmentada, por tipo de criptoativo, nos seguintes moldes: (i) criptoativos sem emissor identificado; (ii) *payment tokens*; (iii) *utility tokens*; e (iii) *security tokens*, sendo que a alienação, mensal, de cada tipo/categoria de criptoativo estaria isenta do imposto de renda caso o ganho de capital não superasse o montante de R\$ 35.000,00.

Há ainda outra regra cuja aplicabilidade merece ser examinada quando tratamos de criptomoedas, qual seja o § 3º do art. 21 da Lei nº 8.981/1995, que trata da alienação em partes do mesmo bem ou direito, nos seguintes termos:

§ 3º Na hipótese de alienação em partes do **mesmo bem ou direito**, a partir da segunda operação, desde que realizada até o final do ano-calendário seguinte ao da primeira operação, o ganho de capital deve ser somado aos ganhos auferidos nas operações anteriores, para fins da apuração do imposto na forma do caput, deduzindo-se o montante do imposto pago nas operações anteriores. (grifo nosso)

Significa dizer, em outras palavras, que “se um mesmo ativo é vendido em partes, e a segunda venda for feita dentro de um intervalo de 2 anos contados da primeira venda, o ganho realizado em todas as vendas deve ser somado, para fins de cálculo de alíquota aplicável”,⁴⁶ de modo que às vendas sucessivas de um mesmo ativo deverá ser aplicada esta regra.⁴⁷

Não há certeza quanto à possibilidade de aplicação desta regra à alienação de criptomoedas, especialmente considerando a dúvida quanto à abordagem que pode ser conferida ao §4º do mesmo dispositivo e que prevê que se considera “*integrante do mesmo bem ou direito o conjunto de ações ou quotas de uma mesma pessoa jurídica*” (grifo nosso).

Aos olhos do órgão fazendário, a expressão “mesmo bem ou direito” referir-se-ia ao conjunto de criptoativos alienados, independentemente de sua real

⁴⁶ RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo G. Taxation of Investments in Bitcoins and Other Virtual Currencies: International Trends and the Brazilian Approach. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 20, n. 3, 2018, item 3.2.1.1.

⁴⁷ Em outras palavras, o que pretende o dispositivo é a aplicação das alíquotas progressivas (15%, 17,5%, 20% e 22,5%) nos ganhos de capital verificados na alienação de partes do mesmo bem ou direito no referido lapso temporal e, com isso, evitar a aplicação única da alíquota de 15% sobre tais alienações, caso fossem analisadas de maneira isolada.

natureza jurídica ou da espécie de criptoativo, haja vista a resposta dada pelo órgão fazendário à questão 606 do novo Guia de Perguntas e Respostas, oportunidade em que, ao tratar da isenção para alienações de até R\$ 35.000,00 acima mencionada, o Fisco determinou a observância do limite isencional para o “conjunto de criptoativos ou moedas virtuais alienados no Brasil ou no exterior, independente de seu nome (*bitcoin, ethereum, litecoin, tether...*)”.

Caso tal orientação prevaleça para fins de esclarecimento quanto à aplicabilidade do § 3º do art. 21 da Lei nº 981/1995, estaríamos diante de evidente ilegalidade, na medida em que estaria sendo exigido tributo com base em analogia, em nítida violação ao § 1º do art. 108 do CTN.

Não é possível admitir que a alienação de *bitcoins* seja equiparada à alienação de *utility tokens*, na medida em que não estamos diante de um mesmo bem ou direito, para fins de aplicação do § 3º do art. 21 da Lei nº 8.981/1995, ou seja, apenas o fato de que essas unidades de medida são enquadradas no gênero criptoativo não é suficiente para que possamos dizer que estamos diante de um mesmo bem ou direito.

Duas interpretações são possíveis acerca da aplicação do § 3º do art. 21 da Lei nº 8.981/1995 aos criptoativos.

A primeira, enxergaria a expressão “mesmo bem ou direito” como equivalente a “mesmo espécie de unidade de um bem ou direito”, ou, no caso das criptomoedas, como correspondente à expressão “mesmo espécie de unidade de criptomoeda” à luz do seu respectivo protocolo de funcionamento.

Assim, da mesma forma que a incidência do imposto de renda progressivo sobre o ganho de capital leva em conta o conjunto de ações ou quotas de uma mesma pessoa jurídica, nos termos do § 4º do art. 21 da Lei nº 8.981/1995, a aplicação do § 3º deste mesmo dispositivo deveria levar em conta o conjunto de unidades de criptoativo relativos a um mesmo protocolo de funcionamento.⁴⁸

A segunda interpretação plausível seria a seguinte: considerando que cada unidade de criptoativo possui identificação própria, seria possível adotar uma abordagem mais restrita, para considerar que a expressão “mesmo bem ou direito” referir-se-ia à alienação de frações de uma mesma unidade individualizada de um determinado criptoativo (v.g.: a alienação de *satoshis* referentes a uma mesma *bitcoin*).

⁴⁸ Seria possível questionar essa linha de raciocínio sob o fundamento de que, ainda que tenham sido alienadas somente *bitcoins*, por exemplo, o fato de possuírem cada uma delas (cada unidade de *bitcoin*) identificação e custo de aquisição próprios, o contribuinte não teria alienado o mesmo bem ou direito. Ao invés disso, foram alienadas *bitcoins* diferentes ao longo do tempo, de modo que seria inviável a aplicação do §3º, do artigo 21 da lei nº 8.981/1995.

Não podemos deixar de destacar que a questão se torna ainda mais complexa quando nos atentamos ao fato de que já estão surgindo no mercado os *Non-fungible tokens* (NFTs), ou seja, criptoativos não intercambiáveis, os quais, claramente, não poderiam ser submetidos à regra inserida no § 3º do art. 21 da Lei nº 981/1995, na medida em que tais criptoativos se comportariam de forma similar às obras de arte.

Resta claro, portanto, que, apesar da diretriz inicial conferida pela RFB, ainda existem muitas dúvidas e insegurança jurídica⁴⁹ envolvendo a tributação

⁴⁹ Vale uma última ressalva. Todas as considerações tecidas neste artigo partem da premissa, fixada pela RFB, de que criptoativos são equivalentes aos ativos financeiros. O conceito de ativo financeiro pode ser depreendido dos seguintes veículos normativos: (i) Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 555/2014; (ii) Resolução do Banco Central do Brasil nº 4.593/2017; (iii) item 11, do Pronunciamento Contábil CPC 39. Ao invés de optarmos pelo conceito de ativo financeiro delineado por uma ou outra norma, entendemos que a interpretação conjunta dos referidos textos evidencia, em última análise, que qualquer contrato que dê origem a um ativo financeiro, de um lado, e a um passivo financeiro ou instrumento patrimonial de outro, a exemplo dos títulos de crédito (BACEN) e valores mobiliários (CVM), estariam compreendidos dentro do conceito de ativos financeiros. Ou seja, é inerente ao conceito de ativo financeiro a oponibilidade a terceiros, atributo este que, no caso dos criptoativos sem emissor identificado, a exemplo do *Bitcoin*, não existe. Os criptoativos sem emissor identificado não são equiparáveis aos ativos financeiros porque: (i) não contêm, em si mesmos, direitos de crédito contra terceiros, ou seja, o indivíduo “A”, ao transferir sua criptomoeda descentralizada “X”, ao indivíduo “B”, não está transmitindo a este último um direito de crédito contra um terceiro, na medida em que não há autoridade central responsável pela emissão e controle das criptomoedas (inexiste a figura do sacador e do sacado em operações com criptomoedas descentralizadas, por exemplo); (ii) diferentemente dos ativos financeiros, não são exigíveis do ponto de vista da executividade; (iii) não são oponíveis a terceiros, de modo que sua alienação (e consequente conversão em moeda fiduciária) depende do interesse dos demais usuários da rede (do mercado) em adquirir tal espécie de moeda virtual, sendo inviável identificar, de início, um terceiro para liquidar a criptomoeda, tal como seria possível em um título de crédito, por exemplo; (iv) não são arroladas como ativos financeiros pela legislação de regência; (v) não são um título ou contrato de investimento coletivo destinado à captação de recursos necessários para viabilização de um empreendimento; (vi) não geram quaisquer direitos de participação, parceria ou remuneração para os detentores de criptomoedas; (vii) não geram obrigação de pagamento, não são arranjo de pagamento, nem são emitidos ou controlados por instituições financeiras, daí porque incabível se cogitar da equiparação das criptomoedas similares ao *Bitcoin* ao conceito de ativo financeiro, seja aquele previsto pela CVM, seja aquele delineado pelo BACEN ou pelo CPC 39. A própria CVM, por meio do Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, editado em 12/01/2018, consignou, expressamente, que “as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/2014, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida”. Ao invés disso, os CSEI são ativos não-financeiros que “podem ser utilizados em atividades econômica e servem como meio de reserva de valor”. Considerando que os CSEI “não são oponíveis a terceiros, não são emitidos ou autorizados por um banco central, um governo ou qualquer outra unidade institucional”, não há dúvidas de que tal espécie de criptoativo é um ativo não financeiro (Cf. INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics* (2019), p. 3-5 e 8-9. Disponível em: <https://www.imf.org/external/>

do ganho de capital derivado da alienação de investimentos em criptomoedas de titularidade de pessoas físicas, o que deveria servir como estímulo ao Estado brasileiro para: (i) esclarecer como os dilemas suscitados acima podem ser solucionados; (ii) mudar a forma de tributação de tais bens, não se restringindo a uma qualificação jurídica estanque (de ativo financeiro, como pontuado pela RFB), mas fazendo com o que o regime de tributação da alienação de criptomoedas esteja atrelado ao modo como tais ativos são utilizados, à luz da sua real natureza jurídica (CSEI, *payment tokens*, *utility tokens* e *security tokens*).

4. CONCLUSÃO

Consoante todo exposto, a alienação de criptoativos sem emissor identificado por pessoas físicas está sujeita à incidência de imposto de renda sobre o ganho de capital obtido entre o valor de alienação e o custo de aquisição, sendo aplicável o limite isencional mensal de R\$ 35.000,00.

Ainda há pontos de melhoria relacionados aos códigos de declaração dos criptoativos que podem ser implementados, sendo necessários também maiores esclarecimentos quanto ao modo como se dá a tributação da alienação do conjunto de um mesmo tipo de criptoativo ao longo do tempo.

Independentemente disso, a nosso ver, as complexidades inerentes à tecnologia subjacente aos criptoativos, a ausência de um emissor responsável pela criação de novas criptomoedas e pela validação das operações realizadas, bem como as diversas funções que podem ser outorgadas aos CSEI (Criptoativos sem emissor identificado) similares ao *Bitcoin*, justificam a utilização de uma abordagem funcional em detrimento da busca por uma qualificação jurídica estanque das criptomoedas.

Parece-nos correto afirmar que os criptoativos sem emissor identificado similares ao *Bitcoin* são ativos camaleônicos, uma vez que, assim como o camaleão altera a pigmentação de sua pele de acordo com o ambiente no qual está inserido, as criptomoedas também possuem diferentes funções a depender do modo como são utilizadas pelos seus usuários: como meio de troca que faça as vezes de meio de pagamento ou como investimento especulativo.

pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020). A nosso ver, portanto, há de se ter um maior amadurecimento quanto à natureza jurídica dos criptoativos, que não pode ser fixada de forma estanque, devendo analisar o uso conferido ao respectivo ativo. Isso não quer dizer, todavia, que um *security token*, diferentemente de uma *bitcoin*, não possa ser um ativo financeiro.

A correta tributação das criptomoedas somente será alcançada se nos atentarmos aos diversos usos que podem ser conferidos a tal espécie de moeda virtual, vinculando tais modos de utilização à regulamentação específica e apropriada.⁵⁰

A finalidade, e não a qualificação jurídica do ativo, definiria a tributação, tal como já ocorre com o ouro,⁵¹ de modo que, sob esse viés, deixaria de ser fator determinante a qualificação jurídica estanque das criptomoedas, dando-se enfoque ao modo como tais ativos são utilizados pelos contribuintes.

REFERÊNCIAS

ANTONPOULOS, Andreas M. *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol (CA): O'Reilly Media, December/2014.

BAL, Aleksandra M. Bitcoin Transactions: Recent Tax Developments and Regulatory Responses. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 17, n. 5, 2015, p. 1, item 2. Disponível em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/dfi_2015_05_int_2.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021.

BLANDIN, Apolline; CLOOTS, Ann Sofie; HUSSAIN, Hatim; RAUCHS, Michel; SALEUDDIN, Rasheed; ALLEN, Jason G.; ZHANG, Bryan Zheng; CLOUD, Katherine. *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study* (April 16, 2019). University of Cambridge Faculty of Law Research Paper N° 23/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3379219> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3379219>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BOSSA, Gisele Barra. GOMES, Eduardo de Paiva. Capítulo 10 – Ambiente Virtual e Tributação. Blockchain: tecnologia à serviço da troca de informações fiscais ou instrumento de ameaça a privacidade dos contribuintes? In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Imposto sobre a Renda – Pessoa Física: perguntas e respostas* (Exercício de 2018 – Ano-calendário de 2017). Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf/view>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Perguntas e Respostas 2021. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (Exercício de 2021 – Ano-calendário de 2020)*. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2021-v-1-0-2021-02-25.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵⁰ MANDJEE, Tara. Bitcoin, Its Legal Classification and Its Regulatory Framework. *Journal of Business and Securities Law*, v. 15, n. 2, 2014, p. 1.

⁵¹ No caso do ouro, por exemplo, de acordo com o §5º do artigo 153 da CF/1988, o ouro, “quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência” do IOF-títulos ou do IOF-câmbio, respectivamente, sendo incabível a incidência do ICMS (alínea “c”, do inciso X, do §2º do art. 155 da CF/1988; art. 3º, inciso IV da Lei Complementar nº 87/1996) e do IPI (artigo 18, inciso III do Decreto nº 7.212/2010), mormente pelo fato de que estes impostos somente incidem sobre o ouro nos casos em que referido ativo é tratado como mercadoria ou produto industrializado, respectivamente.

CHURILOV, Aleksei. *Practical Aspects of Bitcoin Usage in Business* (November 3, 2015). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2685646> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2685646>. Acesso em: 15 jul. 2020.

EUROPEAN CENTRAL BANK (EUROSYSTEM). *Virtual currency schemes – a further analysis*. February/2015. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

EUROPEAN CENTRAL BANK (EUROSYSTEM). *Virtual Currency Schemes* (Oct. 2012). Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks* (report). Paris: June/2014.

FOBE, Nicole Julie. *O Bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), na área de concentração Direito e Desenvolvimento, para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo: 2016.

FRANCO, Pedro. *Understanding Bitcoin: Cryptography, Engineering and Economics*. Chichester: John Wiley & Son, 2015.

GLASS, Jeffrey E. What Is a Digital Currency. *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, v. 57, n. 3, 2017.

GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas – Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de investimentos criptomoedas*. Dissertação de mestrado (2019) apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Tributário pela FGV Direito-SP. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28065>. Acesso em: 1º mar. 2021.

GOMES, Daniel de Paiva. GOMES, Eduardo de Paiva. Capítulo 8 – Moedas Virtuais e Tributação. 8.3. A Tributação dos créditos em prêmio dos programas de fidelidade e coalizão enquanto moedas virtuais. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *Global Blockchain Benchmarking Study*. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3040224> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3040224>. Acesso em: 11 nov. 2020.

HUGHES, Sarah J.; Middlebrook, Stephen T. Advancing a Framework for Regulating Cryptocurrency Payments Intermediaries. *Yale Journal on Regulation*, v. 32, n. 2, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/8>. Acesso em: 13 ago. 2020.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics*, 2019. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MANDJEE, Tara. Bitcoin, Its Legal Classification and Its Regulatory Framework. *Journal of Business and Securities Law*, v. 15, n. 2, 2014.

OECD. *The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets*. OECD Blockchain Policy Series. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo G. Taxation of Investments in Bitcoins and Other Virtual Currencies: International Trends and the Brazilian Approach. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 20, n. 3, 2018.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 10

A opção de se tornar Mestre em Direito é uma daquelas que impõe um sem número de desafios ao aluno que, com método e determinação, enfrenta etapa tão diferenciada na formação do seu conhecimento. Nada mais satisfatório que, ao final, seja possível apresentar à comunidade acadêmica um trabalho que reflita, a contento, o esforço intelectual empreendido.

Fernando Ferreira Rebelo de Andrade cumpriu esta fase com excelência!

O presente artigo, que decorre da dissertação apresentada por ele para fins de conclusão do curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV/Direito SP, é uma pequena amostra de sua competência ao tratar de tema dos mais relevantes ao estudo do direito material e processual tributário.

Debruçou-se sobre a responsabilidade tributária de empresas que compõem grupos econômicos, o que o permitiu aprofundar suas investigações em nível teórico como ainda apresentar soluções que conversam com a pragmática que revolve o assunto.

Com uma linguagem fluída e atenta, abordou o tema em seus variados aspectos. Após a excelente defesa em banca pública, obteve a indicação para participar da premiação dos melhores trabalhos apresentados no programa no ano de 2020.

O autor focou suas atenções na análise do art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional. É certo que a ausência de norma específica sobre o tema no CTN amplifica a importância de se definir o alcance desse artigo, o que serviu de linha de partida para as demais conclusões apontadas ao longo do estudo.

Uma das primeiras premissas fincadas reside na delimitação da extensão do dispositivo que, na visão do autor, não funciona apenas como atributivo de gradação de responsabilidade. Em outras palavras, não se apresenta como indicativo de que a responsabilidade seria apenas solidária.

Ao contrário, seria impositivo de atribuição da responsabilidade em si, funcionando como veículo introdutor de norma geral que introduz no sistema regra de responsabilidade, no caso por interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

A partir daí, fixou seu olhar atento à definição do conceito de interesse comum. Partindo de entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, conclui que o interesse comum referido pelo art. 124, inciso I do CTN envolve interesse jurídico e não apenas econômico entre duas ou mais pessoas que ocupam o mesmo polo da relação jurídica tributária, deduzindo-se daí que houve a realização conjunta da situação tipificada como fato jurídico tributário ensejador da aplicação da norma de responsabilidade.

Propõe, porém, um aperfeiçoamento do conceito, de forma a torná-lo mais aderente à realidade prática. Acresce ao espectro do interesse comum aquele que pratica atos ilícitos que levem a impossibilidade de cobrança do crédito e seu respectivo adimplemento. Portanto, pode ser responsabilizado por força da demonstração de interesse comum não só aquele terceiro que realizou conjuntamente o fato jurídico tributário como também aquele que, após a ocorrência do fato jurídico tributário que dá ensejo ao nascimento da obrigação tributária, concorre para a manutenção do estado de não cobrança, ou incobrabilidade, como referido pelo autor.

Portanto, a responsabilização por força do art. 124, I do CTN se daria para além da constatação simples de que as pessoas envolvidas demonstram uma direção e atuação coordenada na condução de suas atividades. É preciso a demonstração do nexo de causalidade entre a atuação dos terceiros e a realização conjunta do fato jurídico tributário ou mesmo a participação conjunta que impede a cobrança do crédito.

Para concluir, o autor pontua a importância do papel das provas nesse contexto, em especial para demonstrar a necessária existência do já referido nexo de causalidade entre o fato jurídico praticado e/ou o estado de impossibilidade de cobrança estabelecido, que levam à aplicação da norma de responsabilidade.

Sinto-me muito grata de, como professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, por ter feito parte desta pesquisa como orientadora do aluno e agora mestre Fernando Ferreira Rebelo de Andrade.

Meus cumprimentos à Coordenação do Mestrado Profissional em Direito da Fundação Getúlio Vargas/FGV Direito SP pela iniciativa em premiar e publicar os melhores trabalhos apresentados pelos alunos do programa, cuja leitura certamente servirá de referência aos estudiosos do assunto.

Juliana Furtado Costa Araujo

10

O INTERESSE COMUM REFERIDO PELO ART. 124, I, DO CTN, COMO PARÂMETRO JURÍDICO FUNDAMENTAL À RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DE PESSOAS JURÍDICAS INTEGRANTES DE GRUPOS ECONÔMICOS

Fernando Ferreira Rebelo de Andrade

1. INTRODUÇÃO

A formação de grupos econômicos é um fenômeno empresarial que, nos tempos modernos da economia globalizada, tem se consolidado como eficiente mecanismo de organização e gestão coordenada de sociedades, que se unem, sob controle societário unitário, com o objetivo comum de maximizar seus lucros por meio do compartilhamento de sinergias operacionais e econômicas – as quais, geralmente, proporcionam ganhos de produtividade e escala, facilitam a expansão geográfica e, ao mesmo tempo, permitem a pulverização de riscos.

Apenas no Brasil, a receita bruta dos 200 maiores grupos empresariais alcançou a impressionante cifra de 770 bilhões de dólares americanos no ano de 2017, e, juntos, tais grupos geraram 2,4 milhões de empregos, o que revela a relevância econômica dessa forma de organização empresarial plurissocietária (MELHORES..., 2018, p. 184). Certamente por conta dessa pujança econômica

e da sua popularização na dinâmica negocial, os grupos econômicos, cada vez mais, têm despertado o interesse das autoridades fiscais e fazendárias brasileiras, que, frequentemente, optam por atribuir responsabilidade tributária aos seus integrantes.

Além de ostentar relevância prática e econômica, o tema “responsabilidade tributária de grupos econômicos” também é juridicamente importante, porque, afora seu caráter interdisciplinar, não há regra expressa, no Código Tributário Nacional (CTN), que prescreva os requisitos necessários à responsabilização de integrantes de grupamentos empresariais.

Em decorrência do vácuo normativo deixado pelo CTN, o tema tem sido examinado de forma relativamente errática e casuística pelos tribunais judiciais e administrativos. Como destacou a Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), no Parecer Normativo n. 4, de 2018 (DOU, 12 dez. 2018), o art. 124, I, do CTN tem sido adotado para “atribuir responsabilidade tributária” a grupos econômicos, mas há “falta de uniformidade na interpretação do referido dispositivo”.¹

Este artigo se insere nesse contexto e, a bem da verdade, é uma síntese da ideia central desenvolvida pelo autor, em sua dissertação aprovada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, para obtenção do título de mestre. Pretendemos contribuir para o debate, com base na premissa de que o art. 124, I, do CTN tem a natureza jurídica de norma geral que cria hipótese de responsabilidade tributária solidária “por interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, que deve ser aplicada como parâmetro fundamental à responsabilização de participantes de grupos econômicos.

Precisamente, pretendemos propor um conceito para a expressão “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal” que seja apto a permitir, mesmo diante de situações fáticas diferentes, que a imputação de responsabilidade tributária a empresas integrantes de grupos econômicos obedeça a padrões gerais de racionalidade e uniformidade e se dê em conformidade com os princípios constitucionais limitadores da atividade tributante e com as normas gerais fixadas pelo CTN.

É importante esclarecer que, embora sejam relevantes as inúmeras controvérsias fáticas a respeito do conceito e da própria caracterização de um grupo econômico, sobretudo os não formalizados, o presente artigo não tem por objetivo tratar desse aspecto da discussão, tampouco examinar casos concretos.

¹ Parecer assinado pelo secretário da Receita Federal Jorge Antônio Deher Rachid e publicado no DOU de 12 dez. 2018, seção 1, p. 23.

De todo modo, é indispensável registrar que, para os fins deste artigo, adotamos o seguinte conceito de grupo econômico: é um conjunto de pessoas jurídicas que, conservando suas próprias personalidades jurídicas, associam-se, formalmente ou não, para realizar atividades em regime de coordenação e sob direção unitária de uma delas, sempre mirando um interesse global e grupal, não necessariamente equivalente aos seus interesses individuais.

2. ALCANCE, CONTEÚDO E APLICABILIDADE DO INTERESSE COMUM REFERIDO PELO ART. 124, I, DO CTN PARA RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DE EMPRESAS INTEGRANTES DE GRUPOS ECONÔMICOS

Inicialmente, é necessário estabelecer, como premissa, que a responsabilização de participantes de grupos econômicos, em nossa opinião, deve ser examinada a partir das regras sobre responsabilidade tributária veiculadas pelo CTN, por força da reserva de lei complementar que o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal (CF) de 1988 atribuiu às normas gerais sobre sujeição passiva tributária.

Por essa razão, entendemos que o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 padece de vícios de inconstitucionalidade formal e material, quando cria hipótese de responsabilidade solidária *ex lege* e objetiva, derivada apenas da simples participação em grupamento empresarial.

O dispositivo é formalmente inconstitucional porque, como registra Marilene Talarico Martins Rodrigues (2015, p. 299), invade a reserva de lei complementar exigida para essa matéria, ao desrespeitar as normas gerais veiculadas pelo CTN – em especial seus arts. 124, I, e 128. É, também, materialmente inconstitucional, pois cria hipótese *ex lege* e objetiva de desconsideração da personalidade jurídica dos participantes de grupos econômicos, esvaziando a eficácia da autonomia da personalidade jurídica, pedra de toque do sistema capitalista.

Embora não haja, no CTN, uma norma geral específica para regular os grupos econômicos e a responsabilidade tributária dos seus integrantes, entendemos que o art. 124, I, do código cria uma hipótese de responsabilidade tributária “por interesse comum”, que é apta a fundamentar a responsabilização de participantes de grupamentos empresariais.

2.1 O relevante papel do art. 128 do CTN como *lex legum* que estabelece a vinculação com o fato gerador como limite material à instituição e à imputação de qualquer espécie de responsabilidade tributária

Para os fins propostos neste artigo, assume especial importância o exame do conteúdo e do alcance do art. 128 do CTN, porque, como ensina Sacha Calmon Navarro Coêlho (1980, p. 167), trata-se de norma geral que desempenha o relevantíssimo papel de atuar como *lex legum* ou, em outras palavras, “lei sobre como fazer leis”. Segundo Coêlho (1980, p. 167), o art. 128 do CTN veicula uma verdadeira “restrição ao poder de tributar”, cujo destinatário é o legislador, que “não é livre na estatuição dos casos de responsabilidade tributária”, mas, pelo contrário, está sujeito aos critérios e às balizas fixados pela aludida *lex legum*.

Aliás, além de ser intitulado “Disposição geral” e de situar-se topograficamente no capítulo V do CTN, sobre responsabilidade tributária, o art. 128 do CTN foi qualificado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 562.276/PR, DJe, 10 fev. 2011) como veículo introdutor da norma geral que prescreve as “diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência”.

No Recurso Extraordinário n. 562.276/PR, o STF corrobora a posição de Coêlho, ao afirmar que “O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas ‘as pessoas expressamente designadas por lei’, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN”.

Portanto, não nos parece exagerado afirmar que o art. 128 do CTN veicula a mais importante norma geral sobre responsabilidade tributária existente em nosso direito positivo, pois, por um lado, limita o exercício da competência impositiva pelos entes políticos e, por outro, direciona e condiciona a interpretação e a aplicação das demais regras atributivas de responsabilidade, sejam elas veiculadas pelo CTN ou por lei ordinária.

O art. 128 do CTN prescreve três diretrizes obrigatórias para que os entes políticos possam validamente criar hipóteses de responsabilidade tributária: (i) a responsabilidade só poderá ser criada por lei e de modo expresso; (ii) a lei não poderá desprezar as regras atributivas de responsabilidade prescritas pelo próprio CTN; e (iii) o responsável eleito só poderá ser pessoa, física ou jurídica, vinculada com o fato gerador da obrigação tributária.

A vinculação com o fato gerador é o requisito que, provavelmente, tem despertado mais atenção da doutrina tributária, pois se trata de uma limitação

material à competência para criar hipóteses de responsabilidade, cujo conteúdo e extensão provocam algumas dúvidas.

Sacha Calmon (COÊLHO; DERZI, MOREIRA, 2015, p. 153) examina essa limitação sob o prisma da capacidade contributiva, explicando que, mesmo diante de uma hipótese de responsabilidade tributária, a riqueza a ser atingida pela incidência tributária é sempre aquela manifestada pelo contribuinte. O jurista destaca que, se o responsável não se relacionar com o fato gerador, não terá mecanismos para se ressarcir do ônus do tributo que foi legalmente obrigado a recolher.

Se o legislador ordinário fosse livre para eleger responsável desvinculado do fato gerador da obrigação tributária, o princípio da capacidade contributiva seria violado, pois o contribuinte deixaria de recolher o tributo incidente sobre o fato-signo presuntivo de riqueza que ele próprio praticou, e o responsável recolheria tributo sem ter realizado seu fato imponível e, assim, sem ter revelado efetiva capacidade contributiva.

Examinando-se atentamente a regra geral prescrita pelo art. 128 do CTN, verificase que, na verdade, a vinculação ao fato gerador carrega consigo dois limites materiais à imputação de responsabilidade tributária: um subjetivo e outro quantitativo.

O limite subjetivo diz respeito à identificação de quem poderá ser eleito como responsável; e, como visto, a responsabilidade só poderá ser validamente atribuída a alguém direta ou indiretamente vinculado com o fato gerador da obrigação tributária. Por outro lado, o limite quantitativo diz respeito ao *quantum* que poderá ser atribuído ao responsável; e, obviamente, esse montante se limita ao valor da obrigação tributária.

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), competente para interpretar e dirimir conflitos sobre a aplicação da legislação federal, tem vários precedentes reconhecendo que “O ente federado com competência tributária, baseado no art. 128 do CTN, está autorizado a editar lei para instituir a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, desde que vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação” (AgRg no AREsp n. 477.366/RJ, DJe, 3 mar. 2015).

Assim, é evidente a relevante função do art. 128 do CTN de servir como a norma geral sobre responsabilidade tributária exigida pelo art. 146, III, da CF/1988, que condiciona tanto a instituição legal de responsabilidade quanto sua imputação administrativa ou judicial à existência de vínculo entre o responsável e o fato gerador da obrigação tributária.

2.2 A natureza jurídica e a função do art. 124, I, do CTN: norma geral que cria hipótese de responsabilidade solidária por interesse comum

Para alguns doutrinadores, o fato de o art. 124 não se situar no capítulo V do CTN seria um forte indicativo de que esse dispositivo não veicularia regra sobre responsabilidade tributária, mas sim uma norma geral sobre solidariedade. Frequentemente citada como exemplo dessa corrente, Misabel Derzi defende que a solidariedade referida pelo art. 124 do CTN não é “forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo” (BALEIRO, 2004, p. 729).

Nesse aspecto, filiamo-nos à corrente defendida por Marcos Vinicius Neder (2007, p. 32), para quem “a norma de solidariedade albergada pelo art. 124 do CTN é uma espécie de responsabilidade tributária, apesar de o dispositivo legal estar topograficamente entre as normas gerais previstas no Capítulo Sujeição Passiva e, por conseguinte, fora do capítulo que regula a responsabilidade tributária”.

A posição de Neder também é compartilhada, por exemplo, por Andrea Medrado Darzé (2010), que, fazendo uma leitura integrada do CTN, destaca que a solidariedade é aplicável tanto aos responsáveis quanto aos contribuintes e, por isso, o código foi coerente ao incluir o art. 124 no capítulo dedicado ao gênero sujeito passivo, para não restarem dúvidas quanto à sua aplicabilidade às duas espécies de sujeitos passivos.

Sacha Calmon (COELHO, 2015a, p. 165), por sua vez, refere-se ao art. 124 do CTN como norma geral que “autoriza a responsabilidade tributária”, defendendo, ainda, sua “interpretação sistemática com a norma geral veiculada pelo art. 128, para fins de construção da “regra matriz da responsabilidade tributária por solidariedade”.

Seja pela necessidade de integrar os capítulos IV e V do CTN, seja por outros fundamentos, entendemos que o art. 124, I, do CTN tem a natureza jurídica de veículo introdutor de uma norma geral que cria hipótese de responsabilidade “por interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. E, aqui, já esclarecemos que não se trata de norma geral específica cuja aplicação seria direcionada aos casos envolvendo a responsabilidade tributária de participantes de grupos econômicos.

Como não existe, no CTN, norma específica prevendo hipótese de responsabilidade tributária a participantes de grupos econômicos, pensamos que, em nosso ordenamento, a norma geral veiculada pelo art. 124, I, do CTN é o único

fundamento normativo dotado da densidade jurídica necessária para permitir e condicionar a responsabilização de grupamentos empresariais, caso pratiquem condutas enquadradas no conceito de interesse comum.

Com efeito, se não atribuíssemos ao art. 124 do CTN a natureza jurídica de fundamento normativo à responsabilização tributária de grupos econômicos, seríamos forçados a admitir que essa responsabilidade poderia ser prevista por lei ordinária – em contrariedade à reserva de lei complementar exigida pelo art. 146, III, da CF/1988 – ou, então, que o nosso ordenamento não permitiria responsabilização de integrantes de grupos societários, pela simples falta de previsão expressa e específica no CTN.

Segundo pensamos, atribuir ao art. 124 do CTN a natureza jurídica de veículo introdutor da norma geral que permite e condiciona a responsabilização tributária dos participantes de grupos econômicos é o único caminho para preservar a autoridade e a missão constitucional do Código de expedir as diretrizes obrigatórias a serem observadas na criação de hipóteses de responsabilidade tributária não reguladas pelo CTN.

Além disso, a natureza jurídica do art. 124, I, do CTN, como fundamento normativo à responsabilização de grupos econômicos, é uma realidade jurisprudencial já concretizada e que não pode simplesmente ser ignorada, pois encontra respaldo na interpretação que o STJ vem dando ao referido dispositivo, no exercício da sua competência constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal (art. 105, III, da CF/1988).

É o que se verifica, por exemplo, nos seguintes acórdãos do STJ, que se referem ao art. 124 do CTN como o dispositivo que permite a responsabilização de grupos econômicos: REsp n. 859.616/RS (DJ, 15 out. 2007); REsp n. 834.044/RS (DJe, 15 dez. 2008); AgRg no Ag n. 1055860/RS (DJe, 26 mar. 2009); AgRg no REsp n. 1102894/RS (DJe, 5 nov. 2010); EREsp n. 834.044/RS (DJe, 29 set. 2010); AgRg no Ag n. 1392703/RS (DJe, 14 jun. 2011); AgRg no AREsp n. 429.923/SP (DJe, 16 dez. 2013); AgRg no AREsp n. 89.618/PE (DJe, 18 ago. 2016).

Ora, se a norma jurídica pode ser definida como o juízo de valor construído pelo intérprete² a partir das possíveis significações dos textos normativos, e se o juízo de valor construído pelo STJ tem sido no sentido de condicionar a responsabilização de grupos econômicos à existência do “interesse comum” referido no art. 124, I, do CTN, conclui-se, por um silogismo, que esse dispositivo é o

² Segundo Paulo de Barros Carvalho, a quem citamos como exemplo de quem defende a norma na qualidade de juízo de valor interpretativo, “a norma jurídica é uma estrutura categorial construída, epistemologicamente, pelo intérprete, a partir das significações que a leitura dos documentos do direito positivo desperta em seu espírito” (CARVALHO, 2009, p. 185-186).

veículo introdutor da norma geral que permite e condiciona a imputação de responsabilidade tributária a agrupamentos empresariais.

Assim, pelo prisma pragmático, não faria sentido lógico-utilitário desconsiderar o entendimento da jurisprudência do STJ sobre a natureza jurídica do art. 124, I, do CTN. Aliás, o PN Cosit nº 4/2018 (DOU, 12 dez. 2018) destaca “que o disposto no inciso I do art. 124 do CTN é forma de responsabilização autônoma desde que haja interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

Em suma: entendemos que o art. 124, I, do CTN deve ser interpretado como veículo introdutor da norma geral que, ao criar hipótese de responsabilidade solidária por interesse comum com o fato gerador, permite e condiciona a imputação de responsabilidade tributária a integrantes de grupos econômicos, quando realizarem condutas enquadradas no conceito “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”.

2.3 O INTERESSE COMUM REFERIDO NO ART. 124, I, DO CTN: O CONCEITO ADOTADO PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA E A DEFINIÇÃO PROPOSTA NESTE ARTIGO

O CTN não conceitua a plurissignificativa expressão “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, adotada pelo art. 124, I, como núcleo elementar determinante à imputação de responsabilidade tributária solidária. No silêncio do código, coube à doutrina e à jurisprudência construir esse conceito.

No plano doutrinário, é possível vislumbrar um certo consenso sobre o significado do “interesse comum” referido pelo art. 124, I, do CTN. Adotando posição que, de certa forma, sintetiza a opinião geral da doutrina, Marcos Vinicius Neder (2007, p. 42) explica que o aludido interesse comum pode ser caracterizado pela existência de “direitos e deveres comuns entre pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário”.

Esse mesmo significado tem sido adotado, em termos substanciais, por parcela expressiva da doutrina tributária, como Renato Lopes Becho (2014, p. 137), Paulo de Barros Carvalho (2000, p. 310-311), Hugo de Brito Machado (2004, p. 464), Sacha Calmon Navarro Côelho (2015b, p. 163), Ricardo Mariz de Oliveira *et al.* (2015, p. 83), Elidie Palma Bifano e Marcello Palma Bifano e Marcello Palma Bifano (2015) e Fernando Facury Scaff (2015, p. 749-750).

Como se percebe da posição doutrinária exemplificada, a caracterização do interesse comum, para fins de responsabilização solidária, pressupõe duas circunstâncias cumulativas: (i) os corresponsáveis devem estar ligados entre si, ocupando o mesmo polo de uma mesma relação e compartilhando direitos e deveres; (ii) essa relação deve materializar o fato gerador da obrigação tributária objeto da responsabilização solidária.

A doutrina tem apontado os seguintes exemplos em que há comunhão de interesses no fato gerador da obrigação tributária: a copropriedade de imóvel entre duas ou mais pessoas, que, por terem realizado conjuntamente o fato gerador do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), poderiam ser responsabilizadas solidariamente;³ o interesse comum de cônjuges casados pelo regime de comunhão universal de bens no recolhimento do IR sobre eventual ganho de capital na venda do seu patrimônio conjunto.⁴

É preciso, no entanto, diferenciar o interesse comum, apto a ensejar responsabilidade solidária prevista no art. 124, I, do CTN, do interesse meramente coincidente, que se caracteriza quando as partes, embora coincidam em algum ou alguns aspectos de uma determinada relação jurídica, não comungam dos mesmos direitos e obrigações porque se situam em lados opostos dessa relação.

É o que ocorre, por exemplo, num contrato de compra e venda, em que as duas partes contratantes coincidem no interesse de realizar negócio jurídico, mas têm interesses contrapostos na sua execução, pois, enquanto ao vendedor interessa entregar a coisa vendida e receber o respectivo preço, ao comprador interessa recebê-la e pagar o preço.

Nesse exemplo, fica evidente que as partes ocupam polos antagônicos da mesma operação de compra e venda e, por não partilharem dos mesmos direitos e deveres, não têm interesse comum no fato gerador do ICMS incidente sobre essa operação. Assim, não seria legítima a imputação de responsabilidade tributária ao comprador do bem. Aliás, foi exatamente essa a conclusão da 1ª Turma do STJ, ao julgar o REsp. n. 1.198.146 (Dje, 18 dez. 2018).

Também é preciso ter sempre em consideração que o interesse comum referido pelo art. 124, I, do CTN “deve ser interpretado no seu sentido técnico jurídico”, pois tem um objeto claramente definido pelo legislador: a situação materializadora do fato gerador da obrigação tributária (SANTOS, 2015, p. 108).

³ Exemplo fornecido por Paulo de Barros Carvalho (2000), p. 311.

⁴ Exemplo dado por Marcos Vinicius Neder (2007), p. 43.

Portanto, para a incidência do art. 124, I, do CTN não basta a existência de qualquer tipo de interesse comum por parte dos responsáveis tributários; é preciso que, para além disso, essa comunhão de interesses tenha por objeto específico a própria obrigação tributária.

Elidie Palma Bifano e Marcello Palma Bifano (2015, p. 401) salientam que, para a imputação de responsabilidade tributária com base no art. 124, I, do CTN, não é suficiente “que as pessoas se relacionem por circunstâncias ou fatos se tais circunstâncias e fatos não são determinantes no nascimento da hipótese de incidência”.

Portanto, o exame da responsabilidade solidária “por interesse comum”, prevista no art. 124, I, do CTN, sempre deve ter, como ponto de partida e referencial necessário, a obrigação tributária, pois a vinculação com o fato gerador é a principal condicionante para a instituição de qualquer espécie de responsabilidade, por força do disposto no art. 128 do CTN.

Conforme defendem Sacha Calmon (2015a, p. 165) e Hugo de Brito Machado (2015, p. 541), o art. 124 do CTN deve ser interpretado de forma harmônica e sistemática com o art. 128 do CTN, pois, como decidiu o STF no RE n. 562.276 (DJe, 10 fev. 2011), esse último dispositivo veicula a norma geral sobre responsabilidade tributária, que fixa as diretrizes a serem observadas na criação de hipóteses de responsabilização não previstas no CTN.

No âmbito jurisprudencial, o conceito de interesse comum construído pela doutrina também tem sido adotado pelo STJ, em casos envolvendo grupos econômicos, para fins de interpretação do alcance da responsabilidade solidária prevista pelo art. 124, I, do CTN.

Segundo nossas pesquisas, o primeiro precedente que realizou um exame aprofundado da expressão “interesse comum”, para fins de interpretação do art. 124, I, do CTN, foi o acórdão proferido pela 1ª Turma, no Recurso Especial n. 859.616/RS (DJ, 15 out. 2007). Nesse precedente, o STJ concluiu que “o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas sim o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible”.

Realizando uma interpretação sistemática do CTN, o STJ (RE n. 859.616/RS, DJ, 15 out. 2007) foi categórico ao afirmar que “feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação”.

Embora não tenha sido submetido à sistemática dos recursos repetitivos, à época inexistente, o mencionado precedente teve evidente efeito persuasivo,

pois seus fundamentos foram adotados pela 1ª Seção do STJ⁵ no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 834.044/RS (DJe, 29 set. 2010) e ainda hoje servem de tônica à jurisprudência desse tribunal sobre a matéria.

Nesse outro precedente, a 1ª Seção do STJ reafirmou seu entendimento de que o interesse comum, apto a deflagrar a responsabilidade solidária, caracteriza-se quando os responsáveis participam, em conjunto, do fato gerador da obrigação tributária.

Assim, a partir dos referenciais doutrinários e jurisprudenciais até então expostos, entendemos que o interesse jurídico comum referido no art. 124, I, do CTN pode ser **definido**, para fins de atribuição de responsabilidade tributária, como a comunhão de interesses que se manifesta quando duas ou mais partes ocupantes do mesmo polo de uma relação participam conjuntamente da situação tipificada como fato gerador da obrigação tributária.

No entanto, embora essa definição de interesse comum seja correta em sua essência e conte com o respaldo da doutrina e da jurisprudência, entendemos que é conveniente aperfeiçoá-la em um aspecto específico, para tornar a regra veiculada pelo art. 124, I, do CTN mais aderente à realidade prática e, com isso, expandir sua amplitude e eficácia jurídica.

Precisamente, o aspecto do conceito “tradicional” de interesse comum que, em nossa opinião, precisa ser aperfeiçoado é a premissa de que a comunhão de interesses sempre se revela apenas por meio da participação conjunta no fato gerador da obrigação tributária.

A crítica que fazemos a esse conceito “tradicional” de interesse comum é que, quando aplicado em sua literalidade, ele reduz a amplitude e os efeitos da norma veiculada pelo art. 124, I, do CTN, pois a responsabilização atingiria quem tivesse participado conjuntamente do surgimento da obrigação tributária, mas não as pessoas que pudessem ter participado, junto com o contribuinte, do inadimplemento do crédito já constituído.

Nesse ponto, esclarecemos que, quando nos referimos ao inadimplemento do crédito tributário, não estamos tratando do simples não recolhimento de tributo devido, pois o não pagamento de tributos não gera responsabilização tributária (Súmula n. 430 do STJ).

Para evitar imprecisões, em vez do termo “inadimplemento”, adotaremos a expressão “estado de incobrabilidade do crédito tributário”, para designar uma situação qualificada na qual, mais do que simplesmente concorrer para o não

⁵ Que é formada pela 1ª e pela 2ª Turmas do STJ, regimentalmente competentes para examinar temas de direito público, inclusive tributário.

recolhimento do tributo, o responsável contribui, por meio de ato ilícito, para que o crédito seja incobrável ou de difícil cobrança.

Por isso, entendemos que o interesse jurídico qualificado pelo art. 124, I, do CTN tanto pode ser revelado pela realização conjunta do fato gerador, como também pode se manifestar depois do surgimento da obrigação tributária, quando a comunhão de interesses for revelada pela participação conjunta dos responsáveis no surgimento de um *estado de incobrabilidade* do crédito tributário, já constituído.

Trata-se de interpretação sistemática do CTN, que (i) integra e harmoniza os conceitos de obrigação e crédito tributário, como prevê o art. 139 do CTN,⁶ e, ao mesmo tempo, (ii) atribui tratamento isonômico entre aqueles que têm interesse comum revelado no surgimento da obrigação tributária e aqueles cuja comunhão de interesses se manifesta na participação conjunta no surgimento de um *estado de incobrabilidade* do respectivo crédito.⁷

Como “a relação de crédito e débito é de todo e parte” (COELHO, 2014, p. 666),⁸ pois o crédito tributário é a “parte da obrigação, que surge com a ocorrência do fato gerador previsto em lei” (COELHO, 2014, p. 666), a coerência lógico-sistêmica do CTN impõe que esses institutos recebam o mesmo tratamento jurídico pelo intérprete.

A partir dessa interpretação integrada da obrigação e do crédito tributário, à luz do princípio constitucional da isonomia, **propomos** o seguinte **conceito** para o “**interesse jurídico comum**” referido no **art. 124, I, do CTN**: é a **comunhão de interesses** que **se manifesta** quando duas ou mais partes ocupantes do mesmo polo de uma relação **participam**, por meio de atos lícitos ou ilícitos, conjuntamente da ocorrência do **fato gerador** da obrigação tributária **ou** então do surgimento de um **estado de incobrabilidade** do **crédito tributário**.

⁶ “Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.”

⁷ A constituição do crédito tributário, como se sabe, pode ocorrer por meio de ato administrativo de lançamento tributário, nos termos do art. 142 do CTN, ou mesmo mediante o chamado “auto-lançamento”, para os tributos sujeitos a “lançamento por homologação”, nos moldes do art. 150, § 1º, do CTN.

⁸ Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 499) também entende que “devem ser considerados numa relação de todo (obrigação) para parte (crédito).

2.4 A APLICAÇÃO DO CONCEITO PROPOSTO DE INTERESSE COMUM À RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE PESSOAS JURÍDICAS PARTICIPANTES DE GRUPOS ECONÔMICOS

Segundo a doutrina societária majoritária,⁹ o principal traço distintivo dos grupos econômicos é o regime de coordenação e direção unitária verificado entre as sociedades participantes do grupamento empresarial, que agem mirando um interesse global e grupal – não necessariamente equivalente aos interesses individuais de cada entidade.

É intuitivo, portanto, verificar se a unidade de direção e a comunhão dos interesses econômicos, inerentes ao conceito de grupo econômico, podem ou não ser enquadradas no conceito de interesse comum que, nos termos do art. 124, I, do CTN, permite a imputação de responsabilidade solidária.

A resposta é: definitivamente, não! Fundamentalmente, porque a unidade de direção e a comunhão de interesses econômicos das sociedades integrantes não são suficientes para denotar, sequer no plano hipotético, o interesse comum qualificado pelo art. 124, I, do CTN, que só se caracteriza quando o responsável e o contribuinte realizarem, em conjunto, o fato gerador da obrigação tributária ou quando, segundo nossa posição, participarem conjuntamente do surgimento de um *estado de incobabilidade* do crédito tributário.

Como anota Ramon Tomazela Santos (2015, p. 110), mesmo se, hipoteticamente, admitíssemos que a sociedade controladora do grupo econômico pudesse, em tese, influenciar as demais sociedades quanto à realização do fato imponível ou ao adimplemento do crédito já constituído, ainda assim o controle e o poder decisório seriam, em regra, exercidos apenas sobre a sociedade contribuinte. Nessas situações, o autor destaca que o controlado se mantém “equidistante em relação ao fato gerador da obrigação tributária”.

Além disso, ainda quando o conceito de grupo econômico pressuponha um interesse grupal geral, não se pode presumir que, no plano da realidade, essa comunhão de interesses vá se exteriorizar exatamente na realização conjunta do fato gerador da obrigação tributária ou no surgimento de um *estado de incobabilidade* do respectivo crédito, nos termos exigidos para a caracterização do interesse comum referido pelo art. 124, I, do CTN.

⁹ Comparato e Salomão Filho (2008, p. 43), por exemplo, afirma que “a melhor doutrina considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos”.

Até porque as sociedades participantes de um mesmo grupo econômico podem ter sócios e órgãos de administração individuais e diferentes umas das outras, o que deixa evidente a impossibilidade de presumir que todas elas teriam sempre o interesse comum qualificado pelo art. 124, I, do CTN.

Assim, para que a imposição de responsabilidade obedeça ao art. 124, I, do CTN, é indispensável a demonstração, pelas autoridades fiscais ou fazendárias, de que a unidade de direção foi realmente exercida e, além disso, que esse exercício teve como consequência uma atuação conjunta das sociedades cujo resultado concreto foi o surgimento de uma obrigação tributária ou de um *estado de incobrabilidade* do respectivo crédito.

A unidade de direção e a atuação coordenada voltada para o atingimento de objetivos comuns são características típicas de todo e qualquer grupo econômico, de fato ou de direito. Logo, não servem para revelar “artificialidade da separação jurídica de personalidade” e tampouco para presumir que “seus integrantes possuem interesse comum para serem responsabilizados”, como equivocadamente entendeu o PN Cosit nº 4/2018 (DOU, 12 dez. 2018).

De mais a mais, o interesse grupal comum às sociedades integrantes de grupos empresariais é, como acentua Elidie Palma Bifano e Marcello Palma Bifano (2015), de natureza tipicamente econômica, voltado para o aumento de lucratividade, em razão dos ganhos de produtividade e de escala, do aproveitamento de sinergias para a redução de custos e da pulverização dos riscos.

No entanto, de acordo com o entendimento uniformizado pelo STJ no REsp nº 859.616/RS (DJ, 15 out. 2007), “o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible”.

É justamente porque o interesse grupal é meramente econômico que a 1ª Seção do STJ consolidou, nos Embargos de Divergência n. 834.044/RS (DJe, 29 set. 2010), a acertada premissa de que “o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN”.

Recentemente, a 1ª Turma do STJ adotou esse mesmo entendimento no AgRg no REsp nº 1.535.048/PR (DJe, 21 set. 2015), enfatizando que

A teor do art. 124, I do CTN e de acordo com a doutrina justributarista nacional mais autorizada, não se apura responsabilidade tributária de quem não participou da elaboração do fato gerador do tributo, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a eventual integração interempresarial abrangendo duas ou mais empresas da mesma atividade econômica ou de atividades econômicas distintas.

No âmbito do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, por exemplo, é possível afirmar que, em linhas gerais, a jurisprudência tem acatado a orientação do STJ, deixando de aplicá-la apenas quando enxerga algum ilícito praticado pelos participantes de grupos econômicos considerados fraudulentos, o que nos parece ser acertado.

De todo modo, pela sua fundamentação, vale reproduzir trechos de acórdão da 4ª Turma do TRF da 5ª Região, que, embora reconhecendo a existência de “grupo empresarial fático”, afastou a responsabilidade solidária de alguns dos seus integrantes, com base em vários dos argumentos até aqui expostos:

A chave da compreensão jurídica do redirecionamento da execução forçada, sob o pálio de extensão da responsabilidade dos integrantes do suposto grupo econômico de fato é a presença da pessoa (física ou jurídica), “que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal” (CTN, art. 124, I) ou que decorra de expressa designação legal (CTN, art. 124, II); [...]

O interesse comum que se especula, para os fins do art. 124, I, do CTN, não é o mero interesse econômico e genérico, bastante presente, em maior ou menor grau de proximidade, em empresas que laboram no mesmo ramo ou mesmo que exploradoras de atividades diferentes, inspirem objetivos ou alvíssaras de negócios cruzados, por exemplo.

O que justifica o redirecionamento da cobrança de tributos, sob a flâmula da solidariedade, é a identidade de interesse no fato gerador específico que deu margem à obrigação tributária principal, originando, por conseguinte, o débito tributário regularmente lançado e, passo adiante, a ação executiva fiscal. (APELREEX nº 33311/PE, TRF-5 – Edição Judicial, 15 set. 2017)

Diante do cenário doutrinário e jurisprudencial anteriormente resumido, concluímos que os integrantes de grupos econômicos não têm responsabilidade tributária pelos passivos tributários uns dos outros pelo simples fato de pertencerem ao mesmo grupamento empresarial, mas podem vir a ser responsabilizados se as autoridades fiscais ou fazendárias provarem a existência do interesse comum previsto pelo art. 124, I, do CTN.

Para tanto, é necessário provar que as sociedades ou realizaram conjuntamente o fato gerador de uma obrigação tributária específica, ou participaram conjuntamente do surgimento de um *estado de incobrabilidade* do seu respectivo crédito.

Essa participação conjunta no fato gerador da obrigação tributária pode ocorrer em **situações lícitas**, mas também pode ocorrer em **circunstâncias ilícitas** – quando, então, se exterioriza o interesse comum referido pelo art. 124, I, do CTN, pelo cometimento conjunto da infração.

Quando se trata de atos ilícitos, o interesse comum se exterioriza pela participação conjunta das sociedades integrantes de grupo econômico na prática dos atos infracionais. Por força desses ilícitos praticados em conjunto, as sociedades envolvidas no cometimento da infração passam a ocupar o mesmo polo da relação obrigacional instaurada com o sujeito ativo da obrigação tributária, compartilhando deveres e direitos iguais ou semelhantes.

No plano hipotético, poderíamos citar, como exemplo, o caso de uma empresa comercial e de uma prestadora de serviços de transporte que integrassem um mesmo grupo econômico e se reunissem para, em conjunto, simular a realização de operação mercantil interestadual, sujeita a alíquotas inferiores às aplicadas às operações internas, e desviassem as mercadorias para comercialização dentro do seu estado de origem.

Nessa situação hipotética, é evidente que as duas empresas responderiam solidariamente pelo ICMS devido ao estado de origem, não pelo fato de integrarem o mesmo grupo econômico, mas sim por terem interesse comum, nos termos do art. 124, I, do CTN, caracterizado pela prática conjunta de um ato ilícito e simulado.

De todo modo, a imposição da **responsabilidade tributária solidária** a participantes de grupos econômicos em razão da prática de atos ilícitos **depende**, em todo e qualquer caso, da demonstração, pelas autoridades fiscais ou fazendárias, do **nexo de causalidade** entre a infração praticada e (i) a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou (ii) o surgimento de um *estado de incobrabilidade* do respectivo crédito.

Como dito, o exame da responsabilidade solidária “por interesse comum”, prevista no art. 124, I, do CTN, sempre deve ter como referencial necessário a obrigação tributária, pois a vinculação com o fato gerador é a principal condicionante para a instituição de qualquer espécie de responsabilidade, por força de expressa determinação do art. 128 do CTN.

Nesse ponto, o próprio PN Cosit nº 4/2018 (DOU, 12 dez. 2018) reconhece que, mesmo quando houver prática de atos ilícitos, “a responsabilidade solidária por interesse comum” não pode atingir indiscriminadamente “qualquer pessoa”, porque é necessário “comprovar o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo”.

Na mesma linha, o PN Cosit nº 4/2018 (DOU, 12 dez. 2018) também registra que “não é qualquer ilícito que pode ensejar a responsabilidade tributária”, uma vez que é indispensável a comprovação de “um elemento doloso a fim de manipular o fato vinculado ao fato jurídico tributário”.

Assim, por força da obrigatória interpretação conjugada dos arts. 124, I, e 128 do CTN, não é qualquer ato ilícito cometido por participante de grupo econômico que será suficiente para legitimar sua responsabilização solidária, mas apenas aquele ilícito cuja consequência concreta seja o surgimento do fato gerador da obrigação tributária ou do *estado de incobrabilidade* do respectivo crédito.

Do contrário, estar-se-ia admitindo a imposição de responsabilidade tributária de índole objetiva, atribuída sem nexo de causalidade entre (i) o ilícito cometido pelos participantes do grupo econômico e (ii) o interesse comum que, nos termos do art. 124, I, do CTN, só é caracterizado quando há participação conjunta do responsável e do contribuinte no fato gerador da obrigação tributária ou no *estado de incobrabilidade* do crédito tributário.

Portanto, seja na esfera administrativa, seja na judicial, o ônus probatório das autoridades fiscais e fazendárias não se satisfaz quando houver a demonstração genérica de que algum (ou alguns) dos participantes do grupo econômico, em conjunto ou isoladamente, já cometeu infrações à legislação tributária ou mesmo penal em processos diferentes daquele no qual a responsabilização está sendo pedida.

A ausência de individualização das condutas de cada integrante do grupo econômico, em cada execução fiscal e para cada crédito, tem um efeito perverso: a criação de uma hipótese de responsabilidade tributária objetiva e universal, que independe de participação no fato gerador ou no surgimento de um *estado de incobrabilidade* do crédito e, ao mesmo tempo, atinge indiscriminadamente todo o passivo de todas as entidades integrantes do grupo econômico, em prejuízo absoluto da autonomia da personalidade jurídica.

2.5 A APLICAÇÃO, PELA JURISPRUDÊNCIA, DO CONCEITO DE INTERESSE COMUM, REFERIDO PELO ART. 124, I, DO CTN, A CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE PARTICIPANTES DE GRUPOS ECONÔMICOS

Como visto, dentro de um mesmo grupo econômico, não é juridicamente lícito presumir que todas as sociedades participantes tenham interesse jurídico comum com os fatos geradores ou com o surgimento de um *estado de incobrabilidade* dos tributos devidos por cada uma delas, nos termos referidos pelo art. 124, I, do CTN.

Pretendemos demonstrar, a partir de casos práticos, que a aplicação do conceito de interesse comum ora proposto é indispensável para observar os limites materiais inerentes à responsabilidade tributária, limitando os efeitos da responsabilização aos participantes de grupos econômicos envolvidos, de forma lícita ou ilícita, no fato gerador da obrigação tributária ou no surgimento de um *estado de incobrabilidade* do respectivo crédito.

A título exemplificativo, citamos caso examinado pelo Pleno do TRF da 5ª Região no julgamento dos Embargos Infringentes nº 0008172-66.2011.4.05.0000/04 (DJE, 20 fev. 2018), que versou sobre a responsabilidade tributária de inúmeras empresas participantes de um mesmo grupo econômico, com fundamento tanto no art. 124 quanto no art. 133, ambos do CTN.

Nesse julgamento, foi chancelada a responsabilidade das empresas Gran-fuji Ltda.; Polimentos de Granitos do Brasil S/A (Poligran); Fuji S/A Mármore e Granitos; e Golden Importadora e Exportadora Ltda., em virtude da caracterização de sucessão tributária, nos termos permitidos pelo art. 133 do CTN.

No entanto, embora tenha reconhecido que as empresas MVB e Top Stone integram o mesmo grupo econômico das sociedades consideradas responsáveis por sucessão, o Pleno do TRF da 5ª Região entendeu que “tal circunstância, por si só, não atrai a solidariedade prevista no art. 124 do CTN”.

Individualizando as condutas praticadas por cada participante do grupo econômico, o acórdão afastou a responsabilidade das empresas sem interesse comum com os fatos geradores, ao constatar “a inexistência nos autos da necessária demonstração de que as duas empresas (MBV e TOP STONE) tenham participação nos atos praticados com o intuito de frustrar o pagamento dos débitos tributários existentes em nome da devedora original (Poligran S/A)”.

A aplicação do conceito de interesse comum adotou, como referencial, o nexo de causalidade entre a conduta concreta de cada participante do grupo econômico e (i) o fato gerador da obrigação tributária ou (ii) o surgimento de um *estado de incobrabilidade* do crédito. Ao fazê-lo, assegurou que a responsabilização só alcançasse os responsáveis que tinham o interesse comum qualificado pelo art. 124, I, do CTN.

O segundo caso prático exemplificado é o acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ no AgRg no REsp nº 1340385/SC (DJe, 26 fev. 2016). O precedente é importante porque destaca que é impossível, do ponto de vista lógico e jurídico, a caracterização de interesse comum com os fatos geradores quando a empresa atingida pela responsabilização foi criada depois da materialização da obrigação tributária.

No caso, como não havia discussão sobre a ocorrência de confusão patrimonial, abuso de personalidade ou outra irregularidade apta a frustrar a cobrança

dos créditos tributários, o STJ reconheceu o óbvio: a evidente desconexão temporal entre o ano de ocorrência dos fatos geradores (2003) e o de criação da suposta responsável (2004) tornavam lógica e materialmente impossível a caracterização do interesse comum no surgimento da obrigação tributária ou do *estado de incobrabilidade* da obrigação tributária.

O terceiro e último caso concreto apontado como exemplo da correta aplicação do art. 124, I, do CTN é o acórdão proferido pela 4ª Turma do TRF da 5ª Região na Apelação Cível nº 587.920/PE (DJe, 13 mar. 2017). Ao desprover os embargos declaratórios opostos pela União Federal, o TRF da 5ª Região esclareceu que, “Em que pese ter havido a apreciação e reconhecimento expresso das fraudes perpetradas pelo grupo econômico”, a responsabilização das sociedades apelantes foi afastada diante da demonstração de “ausência de vinculação jurídica e/ou confusão patrimonial entre elas e o referido grupo econômico de fato”.

Nesse aspecto, o acórdão destaca que não houve “qualquer participação das recorrentes na engrenagem empresarial do grupo econômico, além de não ter sido apontada nenhuma operação patrimonial, societária ou de garantia relacionadas com as sociedades integrantes do conglomerado econômico”, uma vez que “o imóvel, integralizado por um dos sócios ao capital social da apelante,¹⁰ é bem pessoal, fruto de doação de seus ascendentes, isto é, desvinculado do patrimônio da empresa devedora principal”.

O precedente exemplificado afastou a imputação de responsabilidade tributária baseada na mera participação em grupo econômico e, após examinar, de forma individualizada, as condutas imputadas a cada sociedade, verificou a ausência do necessário nexo de causalidade entre essas condutas e (i) a ocorrência dos fatos geradores ou (ii) o surgimento de um *estado de incobrabilidade* dos respectivos créditos. Trata-se, portanto, de mais um precedente que, em nossa opinião, interpretou e aplicou corretamente a norma geral de responsabilidade tributária “por interesse comum”, veiculada pelo art. 124, I, do CTN.

3. CONCLUSÃO

A partir dos referenciais doutrinários, jurisprudenciais e práticos expostos, propomos, a título de conclusão geral deste artigo, o seguinte conceito para a expressão “interesse jurídico comum” referida no art. 124, I, do CTN: *é a comunhão*

¹⁰ Por questões de sigilo profissional, suprimiu-se o nome da parte apelante.

de interesses que se manifesta quando duas ou mais partes, ocupantes do mesmo polo de uma relação, participam conjuntamente, por meio de atos lícitos ou ilícitos, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou então do surgimento de um estado de incobrabilidade do respectivo crédito tributário já constituído.

Segundo pensamos, o conceito ora proposto, por ter alcance e precisão maiores do que a conceituação tradicionalmente adotada pela doutrina e pela jurisprudência, pode ser aplicado para resolver, com padrões mínimos de racionalidade e segurança jurídica, situações fáticas diferentes envolvendo a responsabilidade tributária de pessoas jurídicas integrantes de grupos econômicos.

Finalmente, concluímos que a caracterização do interesse comum qualificado pelo art. 124, I, depende da existência de nexo de causalidade entre as condutas concretas de cada sociedade participante do grupamento e (i) a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou (ii) o surgimento de um *estado de incobrabilidade* do crédito tributário, de modo que a responsabilização atinja precisamente as sociedades que participaram do ato, lícito ou ilícito, que materializou a obrigação tributária ou que deu causa à “incobrabilidade” do respectivo crédito e apenas no limite do valor da obrigação inadimplida.

REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BECHO, Renato Lopes. A responsabilização tributária de grupo econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 221, p. 129-138, fev. 2014.
- BIFANO, Elidie Palma; BIFANO, Marcello Palma. Grupos econômicos: aspectos tributários. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: Magister, 2015. v. 1.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Responsabilidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1980. (Cadernos de pesquisas tributárias, n. 5).
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O sujeito passivo da obrigação tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 240, p. 145-169, 2015a.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Responsabilidade tributária das sociedades integrantes de grupo econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: Magister, 2015b. v. 1. p. 157-185.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado; MOREIRA, André Mendes. Impossibilidade de adoção de valor declarado em nota fiscal inidônea para lançamento de tributo: arbitramento mandatório. Ilegalidade da atribuição de responsabilidade a terceiro não vinculado ao fato gerador da obrigação tributária. (Parecer). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 234, p. 153-160, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMAO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DARZÉ, Andréa M. *Responsabilidade tributária: solidariedade e subsidiariedade*. São Paulo: Noeses, 2010. p. 237-240.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional: artigos 96 a 138*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

Melhores & Maiores. *Exame*, ago. 2018. Edição especial.

NEDER, Marcos Vinicius. Solidariedade de direito e de fato: reflexões acerca do seu conceito. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinicius (coords.). *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2007.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVA, Fabiana C. A. F.; SANTOS, Ramon Tomazela. XL Simpósio Nacional de Direito Tributário do CEU-Escola de Direito. "Grupos econômicos". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: Magister, 2015. v. 1. p. 79-126.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Grupos econômicos: aspectos tributários (Cap. 11). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: Magister, 2015. v. 1.

SANTOS, Ramon Tomazela. Responsabilidade tributária de grupos econômicos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 238, p. 105-125, jul. 2015.

SCAFF, Fernando Facur; SILVEIRA, A. C. Responsabilidade tributária extensiva a empresas de mesmo grupo econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: Magister, 2015. v. 1. p. 745-760.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Responsabilidade tributária e grupos econômicos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Grupos econômicos*. Porto Alegre: Magister, 2015. v. 1. p. 539-551.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 11

Os argumentos consequentialistas e o papel que exercem na justificação de decisões judiciais é tema de debate acadêmico e profissional intenso. É comum a afirmação de que os tribunais superiores decidem com base em fundamentos econômicos e políticos, distanciando-se do direito. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando julga sobre o alcance temporal de julgados em matéria tributária, com frequência se depara com argumentos relacionados às perdas arrecadatórias que a inconstitucionalidade em jogo pode gerar. Seriam essas razões válidas para decidir?

A discussão torna-se ainda mais relevante se observarmos o aumento do pedido de modulação de efeitos em matéria tributária ao longo dos anos e a piora progressiva da situação financeira nacional: decisões tributárias que impactem as finanças públicas podem reverberar muito negativamente em um cenário de contenção de gastos e contingenciamento de despesas. Nesse ponto, a modulação temporal dos efeitos das decisões corre o risco de se tornar instrumento relevante (e perigoso) de política fiscal.

A ponderação sobre as consequências de uma decisão tributária desfavorável às contas públicas não é recente. Em 2008, no contexto reconhecimento da inconstitucionalidade dos prazos de prescrição e decadência previstos na Lei nº 8.212/1991, o ministro Gilmar Mendes propôs a modulação de efeito da decisão, de modo que os pedidos de restituição de contribuições previdenciárias recolhidas sob o prazo alargado da lei somente fossem aceitos se apresentados até a data do julgamento do recurso – nesse caso, um dia antes da decisão sobre a modulação.¹ A decisão, a despeito de formalmente invocar a segurança jurídica, teve por escopo mitigar os impactos nos cofres da Seguridade Social. Desde então, o Tribunal já modulou efeitos de julgados em diversas outras ocasiões e os argumentos relacionados com os impactos nas contas públicas têm sido cada vez mais presentes.

¹ Recurso Extraordinário nº 556.664, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008.

Diante desse cenário, o estudo sistematizado desse tipo de argumento, e de como ele se insere no contexto mais geral da teoria da argumentação, é fundamental tanto para compreender a atuação do tribunal quanto para sofisticar os debates em torno da matéria. Os argumentos consequencialistas não se confundem com meras ilações econômicas sobre os efeitos dos julgados; trata-se de etapa fundamental na construção da justificação das decisões judiciais, ao lado da coerência e coesão.²

Nesse sentido, a consequência que deve ser levada em conta no ato de decidir se relaciona com a capacidade de universalização de toda decisão judicial; a extensão da racionalidade para outros casos semelhantes é uma decorrência lógica e jurídica, inclusive por critérios de justiça formal.

Rigorosamente analisados, os argumentos consequencialistas são índices de correção do ato de decidir: serão aceitáveis as consequências (e, por esse critério, correta a decisão) se sua universalização não conflitar ou realizar valores relevantes à área do direito em questão. Para o direito tributário isso implica, de um lado, a necessidade de assegurar os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988, mas, também, viabilizar receitas públicas suficientes para a manutenção desse mesmo Estado. A ponderação sobre a prevalência de tais valores será realizada pelos juízes, por ocasião da justificação respectiva.

É nesse contexto teórico que o presente trabalho se insere. O autor deste artigo analisa com rigor a utilização de argumentos econômicos nos julgados do Supremo Tribunal Federal, para responder em que medida esse tipo de alegação se faz presente nos casos modulação de efeitos das decisões em matéria tributária. A relevância do tema não poderia ser maior. Um rápido olhar pelos tópicos pendentes de decisão no Supremo Tribunal Federal mostra a indefinição dos efeitos temporais do julgado que excluiu o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS – mais de 20 anos se passaram desde que o caso chegou ao Tribunal. A ausência de uma decisão final se explica, em parte, pelos impactos financeiros em jogo: segundo alega a Fazenda Nacional, a ausência de modulação poderia resultar em prejuízos severos aos cofres públicos; algo que a União certamente não poderia suportar em meio à presente pandemia.

O mérito e a importância do trabalho de Guilherme Villas Bôas e Silva estão na delimitação de critérios para a modulação de efeitos justamente à luz de argumentos que suscitam o impacto financeiro da decisão. Para chegar a esse termo, o percurso construído pelo autor é primoroso: análise de todas as decisões profe-

² Sobre o tema, MACCORMIK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. OUP: New York, 2005.

ridas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária em que a modulação de efeitos foi suscitada desde 1999, ano de publicação da Lei nº 9.868, que criou o instituto da modulação. Confere-se ao leitor material denso, a partir do qual é possível inferir, com clareza, a posição do tribunal na interpretação dos requisitos relativos ao instituto, quais sejam, “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”. Trata-se, não hesito em afirmar, do estado da arte da postura do Supremo quanto ao tema.

Ademais, para além de reconstruir e organizar a interpretação do tribunal no tema, o autor ainda avalia como a Fazenda Nacional se posicionou nos casos em que a modulação de efeitos era suscitada. A conclusão não poderia ser outra: a presença de argumentos financeiros tem sido cada vez mais presente, corroborando não apenas a relevância, mas também a necessidade da produção de pesquisa séria sobre o tema.

Compilados os dados fáticos, extraídos da pesquisa jurisprudencial, o autor apresenta, justifica e discorre sobre uma proposta possível e viável, da perspectiva prática e teórica, capaz de delimitar a atuação dos julgadores em tais causas, com foco no argumento financeiro: a modulação dos efeitos somente deve ser acolhida nos casos em que o impacto for previsível, expressivo e social. Como essa concomitância se dá, detalhadamente, o leitor encontrará nas páginas deste artigo.

O resultado, de qualquer modo, será maior segurança jurídica e estabilidade para o ordenamento como um todo, sem prescindir de rigor técnico. Trata-se, como se vê, de trabalho essencial para aqueles que pretendem compreender de modo denso o comportamento do Supremo Tribunal Federal nos casos de modulação de efeitos em matéria tributária, sem ceder às necessárias considerações críticas e propositivas que têm o impacto potencial de alterar a forma como o instituto é aplicado.

Aos leitores, apenas posso recomendar a análise atenta das lições contidas neste trabalho. Estou certa de que o artigo, que é um recorte da dissertação de mestrado do autor que tive o prazer de orientar, irá contribuir para o debate nacional em torno dos limites e critérios para a modulação de efeitos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, além de ser leitura obrigatória para aqueles que estudam o tema, por razões profissionais ou acadêmicas.

Tathiane Piscitelli

O IMPACTO DO ARGUMENTO FINANCEIRO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Guilherme Villas Bôas e Silva

1. INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, em que se discutiu a possibilidade de inclusão do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS) na base de cálculo do programa de integração social (PIS) e da contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), a Fazenda Pública trouxe para o debate o argumento de que uma eventual decisão judicial desfavorável à sua tese impactaria as contas públicas em duzentos e cinquenta bilhões de reais.

Como esses valores são de grande relevância, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões judiciais passou a ter um protagonismo especial na esfera tributária.

Diante disso, o tema a ser desenvolvido neste artigo envolve a análise crítica do impacto que o argumento financeiro vem causando nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial quando apresentado visando a modulação dos efeitos das decisões na esfera tributária.

Com base em uma análise da origem normativa e doutrinária do instituto da modulação no cenário brasileiro, serão verificados o panorama legislativo e o posicionamento da doutrina sobre a possibilidade de aplicação do efeito prospectivo no Direito brasileiro.

Em seguida, com base em um levantamento das decisões do Supremo Tribunal Federal em que houve debate sobre a modulação nos processos de natureza tributária, será verificado como o Supremo Tribunal Federal se posiciona quando a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social” são suscitados em uma discussão judicial.

Propõe-se, após avaliar o cenário atual, verificar a existência dos critérios utilizados pelo STF para fins de modulação na esfera tributária e criar parâmetros objetivos para haja a modulação dos efeitos de uma decisão na esfera tributária, quando o argumento financeiro for apresentado.

O objetivo final deste artigo é a apresentação de critérios objetivos a serem seguidos pelo Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de se garantir a segurança jurídica tanto para os contribuintes, que saberão o alcance dos seus direitos, como para a Fazenda Pública, que poderá organizar o seu orçamento público de forma mais condizente com a sua realidade financeira.

2. O INSTITUTO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO BRASIL

O instituto da modulação dos efeitos das decisões não é uma característica presente apenas no Brasil. Trata-se de uma possibilidade de conferir efeito prospectivo a uma decisão judicial que, caso fosse aplicada de forma indiscriminada, ou seja, sem qualquer corte temporal, acabaria por ser mais prejudicial aos jurisdicionados.

Em que pese exista esse paralelo com a doutrina internacional e a possibilidade de se analisar comparativamente o STF e as Supremas Cortes de outros países,¹ o presente artigo não abordará o instituto da modulação no âmbito internacional.

Isso porque não se tem como finalidade a comparação entre a modulação que ocorre no Brasil e aquela existente em outros países. O que se pretende é compreender como funciona esse instituto no Brasil, em especial envolvendo

¹ Em seu livro, Fábio Martins de Andrade expõe uma análise aprofundada sobre o instituto da modulação em diversos países e a sua eventual compatibilidade quanto ao cenário brasileiro. ANDRADE, Fábio Martins. *Modulação em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

o argumento financeiro, para que possam ser adotados critérios objetivos nos futuros julgamentos.

Entretanto, para que haja uma clareza sobre as hipóteses em que a modulação poderá ser acolhida na seara tributária, deve ser analisada a sua origem legislativa e doutrinária no Brasil, com o intuito de se compreender seu status no âmbito nacional.

2.1 O Cenário Normativo

A modulação de efeitos é aplicada visando à guarda do texto constitucional, ou seja, por ser aquela a interpretação mais condizente com a Carta Magna e os princípios ali protegidos.

Na Constituição Federal de 1988, as garantias fundamentais dos cidadãos estavam mais protegidas do que em qualquer Constituição pretérita. No que se refere à sua guarda, pela primeira vez, passou-se a dispor que deveria existir um compartilhamento entre os entes federativos e o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Portanto, pela redação hoje vigente, cabe a todos os entes federativos, sem qualquer exceção, zelar pela guarda da Constituição Federal, o que mostra uma divisão desse poder. Por outro lado, pela primeira vez uma Constituição Brasileira delegou a guarda do texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal, o que mostra que, a partir daquele momento, caberia ao Poder Judiciário, de forma ainda mais explícita, proteger o texto constitucional.

Entretanto, como não havia, em 1988, qualquer legislação infraconstitucional que autorizasse o STF a aplicar o efeito *ex nunc*, a retroatividade dos efeitos era a regra geral adotada pela Suprema Corte. Uma vez que determinada lei era declarada inconstitucional, retroagiam-se os efeitos dessa decisão desde a edição daquele ato normativo.

Todavia, passou-se a perceber que nem sempre a retroatividade geraria o resultado pretendido. Pelo contrário. Foi percebido que a simples declaração de nulidade de um ato infralegal, sem qualquer corte temporal, poderia gerar efeitos prejudiciais para os jurisdicionados.

Após alguns vetos parciais ao Projeto de Lei nº 2.960/1997, sob a justificativa de que alguns dispositivos originários prejudicariam a celeridade no julgamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade, foi promulgada a Lei nº 9.868/1999, que trouxe, em seu art. 27, a seguinte redação:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como os requisitos para o acolhimento da modulação estão previstos de forma específica na Lei nº 9.868/1999, para que haja a aplicação do efeito *ex nunc* no âmbito do STF devem ser observadas as condições previstas no art. 27, que no entender do presente artigo já englobam a possibilidade de modulação quando houver a mudança de jurisprudência.

Uma vez demonstrado o atual cenário normativo que envolve a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões judiciais, será objeto de análise o posicionamento da doutrina brasileira diante desse instituto.

2.2 O cenário doutrinário

As leis e os atos normativos, como regra geral, possuem a presunção de constitucionalidade. Para Luís Roberto Barroso, essa presunção “é uma decorrência do princípio da separação de Poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial.”²

Por trazer uma regra que, a princípio, somente seria aplicável para as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade das normas, surge a primeira dúvida: se a modulação também seria aplicável no controle difuso.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes expõe no seguinte sentido:

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razão de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.³

De acordo com o referido autor, a modulação dos efeitos não deveria permanecer limitada ao controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, em uma ação direta de inconstitucionalidade, podendo também ser aplicada essa técnica de julgamento para o controle difuso, ou seja, em eventual recurso extraordinário.

O posicionamento da Suprema Corte incorporou esse entendimento e também passou a aceitar a possibilidade de modulação no controle difuso de constitucionalidade.⁴

Apesar da aceitação desse instituto para o controle difuso, nem sempre a Suprema Corte se depara apenas com a inconstitucionalidade de uma norma, seja em controle concentrado ou difuso. Ao analisar uma mesma norma, o STF pode modificar sua interpretação, passando a adotar novo entendimento sobre o mérito em discussão.

Trata-se de uma nova forma de interpretar a Constituição. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso expõe que:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.⁵

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1291.

⁴ Todas as decisões do controle difuso em que modulação foi acolhida estão delineadas no anexo 1 ao presente trabalho.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

Dessa forma, é possível que a Suprema Corte, ao analisar uma mesma norma já discutida no passado, passe a ter nova interpretação, sem que isso necessariamente resulte na sua declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário. A ideia por trás dessa mudança de entendimento é a de tornar a nova interpretação mais condizente com o texto constitucional.

A doutrina majoritária brasileira, liderada pelos Ministros do STF, tem admitido a modulação dos efeitos das decisões judiciais nas seguintes hipóteses:

- controle abstrato de constitucionalidade;
- controle difuso de constitucionalidade; e
- mudança jurisprudencial sobre a interpretação do texto constitucional.

Trazidas as principais características apontadas pela doutrina brasileira envolvendo o instituto da modulação no âmbito do STF, passará a ser abordado o surgimento desse debate nos processos tributários perante a Suprema Corte.

3. ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, vale destacar que a pesquisa realizada possui como limite temporal a data de 31 de agosto de 2018, de modo que eventual julgamento ocorrido após essa data não será analisado no presente artigo.

Dessa forma, o que se buscou foi a verificação, com base em todas as discussões envolvendo a modulação nos processos tributários perante o STF e a partir de 11 de novembro de 1999,⁶ em quais processos a modulação foi debatida, independentemente de o resultado ter sido pelo seu acolhimento ou não.

Na busca de todas as decisões do STF envolvendo temas tributários, cujo debate sobre a modulação foi apresentado após 11 de novembro de 1999, foram localizadas cento e quarenta e quatro decisões, de modo que mostra relevante a compreensão de como essas decisões se encaixam aos conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social.

3.1 Análise da jurisprudência relacionada com a segurança jurídica

Analisadas todas as decisões em que a modulação foi suscitada com fundamento na segurança jurídica, pode-se delinear alguns critérios objetivos para que a segurança jurídica esteja configurada e seja concedido o efeito *ex nunc* pelo STF.

⁶ Data da entrada em vigor da Lei nº 9.868/1999 e consequentemente do seu artigo 27.

O primeiro requisito envolve a competência para elaboração da decisão judicial que será utilizada como jurisprudência modificada para fins de modulação. Nas decisões analisadas, percebe-se que, para fins de configuração do conceito de segurança jurídica, somente são levadas em consideração as decisões emanadas pelo próprio STF.

Mesmo que determinado tema tenha sido julgado e pacificado por outros Tribunais, até mesmo com a edição de súmulas, para a Suprema Corte tais decisões não são suficientes para ensejar o efeito prospectivo, pois a ótica é constitucional e consequentemente distinta.

Ademais, não se permitiu que a Suprema Corte ficasse sujeita ao que já foi decidido por outro Tribunal, razão pela qual apenas as decisões conferidas pela Corte Constitucional são consideradas para análise da modulação pela segurança jurídica.

Uma vez compreendido a quem compete proferir as decisões que serão verificadas antes de uma possível modulação, resta saber qual seria esse tipo de decisão, o que configura o segundo requisito para que haja o efeito prospectivo.

Sobre o tema, o STF entende que apenas as suas decisões proferidas em sede de Plenário são suficientes para fins de configuração da jurisprudência pacífica. Portanto, caso o Plenário entenda de forma distinta de um eventual julgamento pretérito da Turma, a modulação pela segurança jurídica tende a não ser acolhida.

O terceiro requisito envolve o *status* processual dessa decisão conferida pelo Plenário do STF. Para que a segurança jurídica possa ser aplicada, é indispensável que essa decisão pretérita, proferida em sentido contrário, tenha transitado em julgado.

Trata-se de um requisito peculiar e que parece não ser muito observado pelas partes processuais ao suscitarem a modulação, pois uma vez que o acórdão não tenha transitado em julgado, a Suprema Corte não considerará tal posicionamento como definitivo para fins de configuração de uma jurisprudência pacífica.

Portanto, não basta ter um acórdão que esteja sendo modificado pelo próprio STF, sendo necessário que a decisão pretérita tenha transitado em julgado. Tal requisito, na prática, acaba por travar a modulação em muitos temas tributários, pois é comum que, após o julgamento de mérito, sejam opostos sucessivos embargos de declaração, que permanecem pendentes de julgamento durante anos.

De todo modo, esse requisito apenas reforça a importância que o STF dá para o conceito de jurisprudência dominante apta a ensejar a aplicação do efeito *ex nunc*.

Como um requisito independente, que não necessariamente estará vinculado aos três requisitos pretéritos, está o *status* processual daquele processo em que a Suprema Corte estará firmando o seu novo posicionamento. Isso porque, caso tenha sido deferida uma cautelar com a finalidade de suspender os efeitos da lei impugnada, a modulação provavelmente será aplicada a partir da concessão dessa liminar.

Além disso, a edição de uma súmula vinculante sobre a matéria também pode fazer com que a modulação seja acolhida desde aquele marco temporal, haja vista que os seus efeitos são prospectivos.

Pretende-se, com esse requisito autônomo, a manutenção do *status quo* de uma lei que não estava mais produzindo os seus regulares efeitos, razão pela qual eventual julgamento que mantenha a cautelar concedida deve ser modulado a contar dessa decisão suspensiva.

Portanto, no entender do presente artigo, para que o conceito de segurança jurídica esteja configurado para fins de modulação dos efeitos das decisões, devem estar preenchidos os seguintes requisitos cumulativos:

Requisitos cumulativos para a configuração da segurança jurídica
1. Acórdão ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal
2. Acórdão ser proferido pelo Plenário; e
3. Acórdão deve ter transitado em julgado.

De forma autônoma e em função de um aspecto processual, o requisito apontado abaixo também pode ser entendido como suficiente para fins de configuração do conceito de segurança jurídica:

Requisito autônomo para a configuração da segurança jurídica
1. A concessão de medida cautelar ou a edição de súmula vinculante sobre o tema.

Com a delimitação desses requisitos objetivos, constata-se que a Suprema Corte já avançou substancialmente na delimitação conceitual da segurança jurídica para fins de modulação nos processos tributários.

Por outro lado, ainda se mostra indispensável a verificação do posicionamento do STF quando o “excepcional interesse social” é trazido pela Fazenda Pública para fins de modulação dos efeitos das decisões.

3.2 Análise da jurisprudência relacionada com o excepcional interesse social

Dos cento e quarenta e quatro processos tributários em que a modulação foi ventilada, em apenas quinze processos a modulação foi acolhida, o que mostra um percentual de dez por cento de todas as decisões analisadas.

Todavia, essas quinze decisões englobam tanto a “segurança jurídica” como o “excepcional interesse social”, sendo necessário compreender em quantos processos o impacto financeiro foi crucial para o debate, ainda que indiretamente. Segue abaixo um gráfico demonstrativo dessa análise empírica:

Dados empíricos sobre a pesquisa jurisprudencial	
Número de decisões analisadas	144
Em quantos processos a modulação foi acolhida?	15
Percentual de decisões em que a modulação foi acolhida	10%

Mantendo-se apenas os casos em que o impacto financeiro foi provocado para fins de modulação, foram encontrados sete processos tributários. Como em alguns desses processos a tese discutida foi idêntica e o julgamento ocorreu em conjunto, essas sete decisões que acolheram a modulação, no entender do presente trabalho, devem ser divididas em dois blocos principais.

Processos em que a modulação foi acolhida	Fundamento utilizado para fins da modulação, ainda que indiretamente
1. Recurso Extraordinário nº 401.953	Excepcional interesse social
2. Recurso Extraordinário nº 556.664	Excepcional interesse social, embora conste no acórdão a segurança jurídica
3. Recurso Extraordinário nº 559.943	Excepcional interesse social, embora conste no acórdão a segurança jurídica
4. Recurso Extraordinário nº 560.626	Excepcional interesse social, embora conste no acórdão a segurança jurídica
5. Recurso Extraordinário nº 500.171	Segurança jurídica
6. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875	Excepcional interesse social
7. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 429	Segurança jurídica
8. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.628	Segurança jurídica
9. Recurso Extraordinário nº 680.089	Segurança jurídica
10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.481	Excepcional interesse social, embora o aspecto processual tenha sido predominante
11. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425	Segurança jurídica

Processos em que a modulação foi acolhida	Fundamento utilizado para fins da modulação, ainda que indiretamente
12. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.171	Segurança jurídica
13. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 190	Segurança jurídica
14. Recurso Extraordinário nº 593.849	Segurança jurídica
15. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.796	Excepcional interesse social, embora o aspecto processual tenha sido predominante

O primeiro deles está relacionado, além do argumento financeiro, a um aspecto processual. Nesse grupo estão as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.796 e 4.481, em que se discutia os benefícios fiscais de ICMS instituídos sem convênio prévio do CONFAZ.

Embora o impacto nas contas públicas tenha sido provocado no debate, em especial pelo Ministro Roberto Barroso, ele não foi determinante para fins do efeito prospectivo instaurado. O que foi crucial, em ambos os casos, foi o fato de não ter sido analisada a constitucionalidade da norma impugnada de forma cautelar.

Assim, percebe-se que o aspecto formal ou processual se sobrepôs ao aspecto material, o faz com que a modulação, nesse bloco de decisões, tenha como característica principal a inexistência de análise cautelar de um tema que já era pacífico pela própria jurisprudência do STF.

Portanto, em que pese o impacto financeiro tenha sido ventilado, não foi efetuado qualquer avanço na definição do conceito de “excepcional interesse social”, em função desse aspecto processual.

O segundo bloco de decisões, por sua vez, tratou do impacto financeiro das decisões. As cinco decisões incluídas nesse grupo foram aquelas que, direta ou indiretamente, trataram do impacto nas contas públicas, sem que houvesse outro fator predominante para fins de modulação.

Nesses casos, em uma maior ou menor proporção, foi efetivamente o impacto financeiro que resultou na modulação. Como alguns desses processos tratam de mesma tese e foram julgados em conjunto, tem-se três teses tributárias que foram analisadas e debatidas antes da modulação.

Tendo em vista que esse grupo de decisões é crucial para a conclusão do presente trabalho, cabe apresentar na tabela abaixo os três temas que foram discutidos nesses processos:

Número do processo	Tema em debate
Recurso Extraordinário nº 401.953	Repartição de Receitas do ICMS
Recurso Extraordinário nº 556.664	Prescrição e Decadência

Número do processo	Tema em debate
Recurso Extraordinário nº 559.943	Prescrição e Decadência
Recurso Extraordinário nº 560.626	Prescrição e Decadência
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875	Fundo de participação dos estados

A primeira conclusão a que se pode chegar, após a análise de todas essas decisões, é a de que o impacto financeiro é utilizado para fins de modulação, em que pese ele nem sempre seja usado de forma direta ou clara.

No primeiro tema em que foi acolhida a modulação envolvendo o impacto financeiro, a análise do valor das cotas de participação dos municípios no ICMS foi decisiva para que a decisão judicial tivesse efeito prospectivo.

O entendimento adotado pelos Ministros da Suprema Corte foi de que as cotas de participação dos municípios no ICMS, no período de dez anos, resultariam em um valor suficiente para fins de configuração de um “excepcional interesse social”, na medida em que uma declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* poderia impactar nos serviços públicos⁷ de diversos municípios, que dependiam daquele repasse. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Agora, se determinarmos, de forma direta ou de indireta, que o Estado do Rio faça a compensação em relação aos benefícios distribuídos nesses dez anos, teremos, talvez, a falência de serviços públicos nessas comunidades, e, portanto, uma sanção não para as autoridades, mas para as populações que dependem desses serviços públicos.

Portanto, o primeiro parâmetro objetivo fixado pelo STF para fins de acolhimento do argumento financeiro decorre das cotas de participação dos municípios no ICMS, no período de dez anos.

O segundo tema em que o efeito prospectivo foi acolhido em função do impacto negativo nas contas públicas decorre do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 556.664, 559.943 e 560.626, em que se discutia a prescrição e decadência das contribuições previdenciárias.

Neste julgamento, o STF definiu, ainda que sem ter utilizado a fundamentação correta, que cinco anos de recolhimento das contribuições previdenciárias seria suficiente para se conferir efeito *ex nunc* a uma decisão judicial.

⁷ Em sua obra, Luiz Emygdio traz as principais características envolvendo a despesa pública, desde o seu conceito até o seu limite. JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Capítulo II.

Conclui-se que, para a Suprema Corte, essa declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos veio para diminuir eventuais impactos aos cofres públicos, que não deveriam ser afetados pela devolução de valores recolhidos há dez anos.

Por último, o terceiro tema em análise que resultou no efeito prospectivo de uma decisão judicial envolve o Fundo de participação dos estados. Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875, foi reconhecida a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados na Lei Complementar nº 62/1989, que tratavam dos critérios para o repasse de valores aos estados.

Quando da ocasião do julgamento, novamente o Ministro Gilmar Mendes trouxe para o debate o impacto prático dessa decisão:

Por fim, é preciso reconhecer que, apesar de a Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, não satisfazer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da Constituição, sua imediata supressão da ordem jurídica representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos.

Dessa forma, o fato de os critérios de repartição terem vigorado durante vinte anos, ou seja, desde a sua edição até 24.2.2010, quando ocorreu o julgamento de mérito, levou a Suprema Corte a entender que a modulação seria necessária, já que muitos Estados dependiam daquele repasse e uma reavaliação dos critérios utilizados poderia inviabilizar a sustentabilidade das contas públicas.

Como conclusão desse julgamento, mais um critério foi fixado para fins de configuração do “excepcional interesse social”: o do repasse do fundo de participação dos estados, no período de vinte anos.

Os critérios fixados, por sua vez, podem ser assim descritos de forma sucinta:

Critérios para fins de configuração do excepcional interesse social	
Recurso Extraordinário nº 401.953	Cotas de participação dos municípios no ICMS, no período de dez anos
Recurso Extraordinário nº 556.664	Cinco anos de contribuições previdenciárias
Recurso Extraordinário nº 559.943	Cinco anos de contribuições previdenciárias
Recurso Extraordinário nº 560.626	Cinco anos de contribuições previdenciárias
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875	Fundo de participação dos estados, no período de vinte anos

Com o término da pesquisa efetuada, foi possível averiguar que a Suprema Corte já havia se pronunciado, para cada ente federativo, sobre os critérios que

seriam suficientes para fins de configuração do “excepcional interesse social” e consequente acolhimento da modulação.

3.3 A linha de argumentação da Fazenda Pública ao pleitear a modulação dos efeitos nos processos tributários

Dentre os cento e quarenta e quatro processos analisados, envolvendo processos de natureza tributária desde a edição da Lei nº 9.868/1999, a Fazenda Pública requereu a modulação em setenta e sete processos, o que evidencia um percentual de cinquenta e três por cento de todo o acervo analisado.

Em outras palavras, a cada dois processos em que a modulação foi suscitada para o debate, em um deles houve o pleito de modulação da Fazenda Pública, independentemente do seu fundamento.

Vale destacar que a Fazenda Pública já pleiteou a modulação tanto sob o fundamento da “segurança jurídica” quanto do “excepcional interesse social”. Entretanto, como o presente trabalho possui como objetivo principal analisar o posicionamento do STF quando o impacto financeiro foi trazido para o debate, a análise da argumentação do Fisco englobará apenas aqueles processos em que o argumento utilizado envolve o impacto negativo nas contas públicas.

Nesse contexto, após a análise dos processos em que a Fazenda Pública requereu a modulação de efeitos com fundamento no argumento financeiro, foi possível perceber que, em que pese a linha de argumentação tenha se aprimorado e se tornado cada vez mais incisiva em relação ao impacto financeiro, a resposta da Suprema Corte tem sido na mesma intensidade, já que o simples apontamento de um número fictício por parte do Fisco, ainda que baseado em uma nota técnica, não tem sensibilizado os Ministros do STF a conferir efeito prospectivo em suas decisões.

Hoje, a linha de argumentação da Fazenda Pública tem se mantido nessa última estratégia e quarta estratégia, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 574.706, em que se discutiu a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, na medida em que a Fazenda Pública trouxe o pleito da modulação apenas após o julgamento de mérito, formalizada mais uma vez por meio de embargos de declaração.

A conclusão a que se chega com a presente análise é a de que o argumento financeiro, embora seja analisado e aceito pelo STF para fins de modulação, não tem sido acolhido quando a Fazenda Pública traz esse pleito de forma unilateral.

Por outro lado, a análise quanto ao argumento financeiro é muito mais aceita quando a questão da modulação é trazida de ofício pelos próprios Ministros da Suprema Corte, sem que sejam pressionados pelo Fisco.

A estratégia processual adotada pela Fazenda Pública apenas faz com que o argumento financeiro seja afastado para fins de modulação, independentemente do valor citado em seu pleito, já que, até hoje, não foram trazidos dados que confirmem os supostos valores que deixariam de ingressar aos cofres públicos.

Uma vez entendido que o argumento financeiro, quando trazido pelo Fisco, não foi relevante para fins de acolhimento da modulação, resta saber qual é o efetivo posicionamento da Suprema Corte antes de se propor melhorias a serem seguidas na análise do argumento financeiro.

Uma vez percebido o posicionamento do STF sobre o tema, bem com que o argumento financeiro, quando trazido pelo Fisco, não foi relevante para fins de acolhimento da modulação, serão propostas melhorias ao panorama atual, com a criação de novos critérios cumulativos para configuração do “excepcional interesse social”.

4. PROPOSTA DE OBJETIVIDADE PARA FUTURAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para que a modulação seja acolhida quando for trazido um argumento financeiro, o presente trabalho entende que esse impacto nas contas públicas deve ser previsível, expressivo e social, sendo esses os três requisitos que serão abordados na proposta ora apresentada.

A previsibilidade está relacionada com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, mais especificamente em seu anexo V, também denominado de “Anexo de Riscos Fiscais”. Ocorre que esse anexo nem sempre esteve previsto nas respectivas LDOs.

Visando conferir maior transparência às contas públicas, em 4 de maio de 2000 foi editada a Lei Complementar nº 101, também conhecida como “Lei de Responsabilidade Fiscal”. Entre diversas mudanças instauradas, a que interessa ao presente trabalho é a criação do Anexo de Riscos Fiscais.

Segundo a referida lei, a LDO passaria a ter, além de todas as exigências previstas, um anexo específico para tratar dos passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas. Dessa forma, foram incluídos os eventuais julgamentos em sentido desfavorável aos cofres públicos.

Com a finalidade de se conferir uma previsibilidade ainda maior aos processos que deveriam ser incluídos nesse anexo, em 2015 foi editada a Portaria AGU nº 40/2015, a qual dispôs expressamente que deveriam ser incluídas as “ações judiciais cujo impacto seja igual ou superior a um bilhão de reais.”

Em outras palavras, independentemente do grau de risco a que aquele tema estará sujeito, uma vez a estimativa de impacto sendo igual ou superior a um bilhão de reais, no entender do presente artigo esse tema já deveria constar no Anexo de Riscos Fiscais, ainda que fosse para ser classificado como “perda remota”.

Diante de todo esse cenário e visando conferir objetividade ao critério da previsibilidade, no entender do presente artigo todo eventual impacto tributário, cujo tema processual em debate ultrapasse R\$ 1 bilhão, deve estar previsto na LDO de cada ente federativo, com a respectiva atualização de forma anual, além da adequação do grau de risco com a respectiva situação processual.

Portanto, o critério da previsibilidade pode ser assim resumido:

Critério da Previsibilidade
1. O tema sob análise do Poder Judiciário deve ter estimativa de impacto igual ou superior a um bilhão de reais;
2. O valor do possível impacto deve ser apresentado com dados que comprovem a metodologia de cálculo que resultou naquele montante e não apenas a indicação de um valor sem qualquer fundamentação;
3. O montante indicado deve ser atualizado anualmente, em cada LDO; e
4. O grau de risco de cada tema deve corresponder à situação processual a que o tema está sujeito.

Uma vez preenchidos todos esses requisitos, o critério da previsibilidade do impacto financeiro está configurado para fins de análise do pleito de modulação dos efeitos das decisões.

O segundo requisito a ser cumprido para que o efeito *ex nunc* seja acolhido envolve a expressividade dos números apresentados.

De acordo com esse segundo requisito cumulativo, o montante apontado como impacto financeiro deve ser expressivo, em valores que demonstrem, de forma significativa, o desfalque ao orçamento daquele ente federativo.

Com base na pesquisa jurisprudencial formulada para o presente trabalho, foi possível constatar que o STF já se posicionou, para cada ente federativo, sobre os critérios que preenchem o requisito da expressividade, como demonstrado no quadro a seguir.

Apesar de o STF já ter se posicionado, em julgamentos isolados, sobre o montante considerado como expressivo para cada ente federativo, no entender do presente trabalho tais valores não devem estar necessariamente presentes para fins de modulação e nem sequer são estanques. O que se defende é que

o preenchimento do requisito da expressividade ocorrerá quando a Fazenda Pública trazer dados empíricos concretos, com anexos, e demonstrando toda metodologia de cálculo utilizada para chegar no montante apontado como perda arrecadatória.

Critérios para fins de configuração do excepcional interesse social	
Recurso Extraordinário nº 401.953	Cotas de participação dos municípios no ICMS, no período de dez anos
Recurso Extraordinário nº 556.664	Cinco anos de contribuições previdenciárias
Recurso Extraordinário nº 559.943	Cinco anos de contribuições previdenciárias
Recurso Extraordinário nº 560.626	Cinco anos de contribuições previdenciárias
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875	Fundo de participação dos estados, no período de vinte anos

Não basta, portanto, a simples indicação de valor numérico nos autos, inclusive porque, como já demonstrado linhas acima, os critérios da AGU para o cálculo do suposto prejuízo orçamentário não são claros, em especial após a edição da Portaria nº 318/2018, que dificultou ainda mais a constatação do efetivo impacto orçamentário.

Deve-se, portanto, ter em mente que o orçamento público deve ser elaborado de forma condizente com a realidade financeira de cada ente federativo, sem que sejam utilizados quaisquer artifícios que possam mascarar a verdadeira situação das contas públicas.

Ademais, não é suficiente que o impacto financeiro seja previsível e expressivo. Como a própria Lei nº 9.868/1999 dispõe, em seu art. 27, deve restar configurado o “excepcional interesse social”, de modo que o terceiro critério a ser cumprido, cumulativamente, é o social.

Entende-se como social aquele impacto que não apenas atrapalharia as contas públicas, como também resultaria na impossibilidade de manutenção dos serviços públicos daquele ente federativo.

Assim, não se trataria apenas de um valor alto e previsível, sendo aquele valor que deixaria de ser arrecadado extremamente prejudicial para a sociedade como um todo, que deixaria de usufruir de serviços básicos estatais.

Sobre o tema, a Ministra Carmen Lúcia, em mais de um julgamento, já se posicionou nesse mesmo sentido:

Primeiro, a Constituição, como lembrou o Ministro Marco Aurélio, aliás, de maneira muito firme tem repetido aqui que essa é uma constituição rígida que, uma vez afrontada, tendo sido afrontada, e, a não ser em situações excepcionadíssimas, em que a execução do que nós decidimos gere mais problemas

sociais, principalmente, não econômicos ou financeiros, mas sociais, que realmente poderiam ensejar uma prática dessa natureza em caráter excepcionalíssimo, nós temos de manter até o que é pedagógico para os órgãos do Estado. Não se pode afrontar a Constituição, nem nós aqui, que nos submetemos à Constituição, nem o Congresso Nacional, nem o Poder Executivo. Errou, eu pago na minha vida pessoal e o Estado paga quando ele erra. Então, não se pode fazer realmente disso uma prática comum.

Para fins de configuração desse requisito social, caberá ao ente federativo apontar, em confronto analítico com a sua Lei Orçamentária Anual, que aquele valor que deixará de ingressar aos cofres públicos resultará na impossibilidade de manutenção dos serviços básicos estatais.

Uma vez ultrapassada essa última etapa, existirá um impacto financeiro previsível, expressivo e social, que, no entender do presente trabalho, é suficiente para configuração do “excepcional interesse social”.

5. CONCLUSÕES

A modulação dos efeitos das decisões não é um instituto presente apenas no Brasil. Trata-se da possibilidade de conferir efeito prospectivo a uma decisão judicial que, caso fosse aplicada de forma indiscriminada, ou seja, sem qualquer corte temporal, acabaria por ser mais prejudicial aos jurisdicionados.

Com fundamento nessas situações cuja declaração de nulidade poderia distanciar-se ainda mais da vontade constitucional, foi possibilitado ao STF, após a edição da Lei nº 9.868/1999, declarar que as suas decisões passassem a ter efeito prospectivo.

Em que pese a redação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 limite a aplicação da modulação para hipóteses de declaração de inconstitucionalidade abstrata, foi demonstrado que a jurisprudência da Suprema Corte passou a estender essa possibilidade para o controle difuso de constitucionalidade, bem como para hipóteses que envolvam mudanças jurisprudenciais sobre a interpretação do texto constitucional.

Dito isso, vale esclarecer que a regra geral para a declaração de inconstitucionalidade das normas permanece sendo aquela com efeitos retroativos. O que se passou a permitir, que reste claro, foi uma exceção a essa regra geral, quando estivesse configurado o requisito da (i) segurança jurídica ou do (ii) excepcional interesse social.

Após a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal em que houve um debate sobre a modulação nos processos de natureza tributária, desde a

entrada em vigor da Lei nº 9.868/1999, foi demonstrado o efetivo posicionamento da Suprema Corte quando há uma discussão envolvendo a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social”.

No entender do presente trabalho, a segurança jurídica está relacionada com a manutenção da própria jurisprudência da Suprema Corte, a fim de se evitar surpresas prejudiciais a todos aqueles que agiam baseados no entendimento até então pacífico sobre determinado tema. Por esse requisito estar intrinsecamente relacionado com a uniformidade das decisões judiciais, uma vez constatada mudança de entendimento, poderá a Corte Constitucional modular os efeitos da sua decisão.

Se por um lado a “segurança jurídica” tem se tornado um conceito cada vez mais claro no âmbito da jurisprudência do STF, com uma previsibilidade maior sobre quando ocorrerá a modulação com base nesse fundamento, o requisito do “excepcional interesse social” ainda não se encontra nessa situação.

O excepcional interesse social possui uma terminologia mais abstrata. De todo modo, é imprescindível esclarecer que é nesse fundamento que está inserido o argumento financeiro consequencialista, uma vez que apenas com um impacto gravíssimo e excepcional às contas públicas se poderá iniciar a discussão sobre a existência ou não de interesse social suficiente para resultar na modulação dos efeitos de uma decisão judicial.

Com o término da pesquisa efetuada, averiguou-se que a Suprema Corte já havia se pronunciado, para cada ente federativo, sobre os critérios que seriam suficientes para fins de configuração do “excepcional interesse social” e consequente acolhimento da modulação.

Não bastasse a análise desses critérios, também foi analisada a linha de argumentação da Fazenda Pública nos processos tributários, com o intuito de se conferir até que ponto as decisões judiciais foram influenciadas pelo argumento financeiro consequencialista.

Assim, verificou-se que a argumentação utilizada tem se tornado cada vez mais incisiva em relação ao impacto financeiro. Por outro lado, a resposta da Suprema Corte tem sido na mesma intensidade, já que o simples apontamento de determinado número fictício por parte do Fisco, ainda que baseado em uma nota técnica, não tem sensibilizado os Ministros do STF a conferirem o efeito prospectivo em suas decisões.

Diante disso e visando conferir maior objetividade ao tema, concluiu-se que a modulação dos efeitos somente deve ser acolhida quando o argumento financeiro resultar em impacto (i) previsível; (ii) expressivo; e (iii) social.

Dessa forma, foram descritos os conceitos desses três requisitos cumulativos e como cada um deles restaria configurado para fins de aplicação do efeito prospectivo.

O requisito da previsibilidade estaria caracterizado se todo eventual impacto tributário processual que ultrapassasse R\$ 1 bilhão estivesse previsto na LDO de cada ente federativo, com a respectiva atualização de forma anual, além da adequação do grau de risco com a situação do processo.

O segundo requisito a ser cumprido para que o efeito *ex nunc* seja acolhido envolve a expressividade dos números apresentados. De acordo com esse segundo requisito cumulativo, os valores apontados como impacto financeiro devem ser expressivos, em valores que realmente demonstrem que aquele montante desfalcará de forma significativa o orçamento daquele ente federativo.

A configuração do requisito social, por sua vez, dependerá de o ente federativo apontar, em confronto analítico com a sua Lei Orçamentária Anual, que aquele valor que deixará de ingressar aos cofres públicos resultará na impossibilidade de manutenção dos serviços básicos estatais.

Uma vez ultrapassada essa última etapa, existirá um impacto financeiro previsível, expressivo e social, que, no entender do presente trabalho, é suficiente para configuração do “excepcional interesse social”, previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

Portanto, o objetivo geral deste artigo foi sofisticar o debate e estabelecer limites mais claros para a modulação de efeitos, a fim de que o tema deixe de ser subjetivo e possa, assim, auxiliar tanto os contribuintes, que saberão o alcance dos seus direitos, como a Fazenda Pública, que poderá organizar seu orçamento de forma mais condizente com sua realidade financeira.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação & STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2012.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins. MATTHIESEN, Maria Raphaela Dadona. Por que o STF não deve confiar no impacto de R\$ 250 bi? *JOTA*, 4 set. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/porque-o-stf-nao-deve-confiar-no-impacto-de-r-250-bi-0409201>. Acesso em: 7 jul. 2021.

Sites

www.decisoes.com.br

www.planalto.gov.br

<https://www.fazenda.sp.gov.br/RepasseConsulta/Consulta/repasse.aspx>

<http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2600:1>

<http://www.portaltransparencia.gov.br/>

<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm

12

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INSTITUÍDA PELO ART. 373 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Henrique Celso de Castro Sant'Anna
Juliana Furtado Costa Araujo

1. INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência *una*, didaticamente dividida para facilitar o estudo e a compreensão daqueles que o operam (operadores do Direito) e a utilizam na prática (partes nos processos). Dessa divisão, tem-se (i) Direito Privado e (ii) Direito Público, sendo que neste último se encontra o Direito Tributário.

Embora haja dentro dessa dicotomia vários ramos do Direito, o mesmo não acontece com a sua instrumentalização, que se dá por meio do direito processual. Assim, em explicação exígua, tais ramos instrumentalizam-se por meio do (i) Direito Processual Penal e do (ii) Direito Processual Civil.

A partir dessas duas divisões, conclui-se que o direito material deverá ser instrumentalizado por meio do Direito Processual Civil, caso não trate de matéria penal, não importando se o ramo do direito é classificado como Direito Público ou Privado. Assim, a aplicação do Direito Tributário se dá por meio do Processo Civil e recebe o nome de Direito Processual Tributário ou Processo Tributário – denominação que será utilizada neste trabalho.

Não obstante segmentados em direitos processuais específicos, tais meios de instrumentalização do direito material possuem um ponto de intersecção denominado Teoria Geral do Processo. Neste âmbito, por sua vez, trata-se especificamente da Teoria das Provas, que dispõe que a prova se utiliza de objeto para convencimento de outrem.¹ Para alcançar esse objetivo, deve-se estabelecer relação entre o conteúdo da prova e o fato alegado.

Coube ao legislador no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), em seu art. 333, estabelecer a dinâmica da prova, cujo ônus recai sobre aquele que alega o fato.

Essa sistemática estabelecida pela antiga legislação processual, todavia, além de ineficaz em determinadas situações, por impedir que as alegações se aproximem da verdade, trazia prejuízos às partes e comprometia o modelo constitucional do processo, uma vez que afrontava direitos constitucionais fundamentais, como o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, postos no art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988 (CR/1988).

A ineficiência da dinâmica da prova estabelecida no CPC/1973 já era notada pelos julgadores, os quais compreenderam a necessidade de inversão do ônus da prova, também chamada de “carga dinâmica da prova”² ou de “distribuição dinâmica da prova”.

Assim, o legislador ordinário positivou no art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) a inversão do ônus da prova para eliminar essa falha na dinâmica da prova que maculava o modelo constitucional do processo, impedia a proximidade das alegações com a verdade dos fatos e, conseqüentemente, causava problemas às partes. Arelada a isso, determinou-se, nos arts. 5º ao 10 do CPC/2015, a obrigação de cooperação das partes entre si, o que inaugurou um novo modelo processual denominado “modelo cooperativo do processo”.³

A aplicação do instituto da inversão do ônus da prova pode ser facilmente realizada no Processo Civil e em demais áreas do direito processual. O mesmo, todavia, não pode ser dito com tanta tranquilidade em relação ao Processo Tributário, utilizado para instrumentalizar o Direito Tributário. Isso se dá devido a presunção de validade dos atos administrativos, que, embora relativa, gera dúvida em relação à possibilidade de aplicação, ou não, do instituto nesse ramo do direito.

¹ SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Novo CPC e o Processo Tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015, p. 77.

² SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Op. cit.*, p. 86.

³ SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Op. cit.*, p. 117.

O presente artigo, fruto de trabalho de conclusão do Mestrado Profissional em Direito na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) do autor Henrique Celso de Castro Sant'Anna, visa responder acerca da possibilidade ou não de aplicação da inversão do ônus da prova, positivada no § 1º do art. 373 do CPC/2015, no Processo Tributário.

2. DA PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Não se poderia tratar da inversão do ônus da prova sem que antes sejam abordadas as presunções dos atos administrativos da Administração Tributária, uma vez que o crédito tributário se origina na esfera administrativa. Além disso, não se saberia se tais atos gozam de presunção relativa, ou não, e a quem caberia o ônus de provar sua invalidade.

É por meio desses atos que a Administração Pública realiza sua função executiva, de modo que ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade daquela Administração, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.⁴

Nota-se que o ato administrativo consiste na declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada por meio de providências jurídicas complementares da lei, para atribuir-lhe cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional,⁵ uma vez que possui como atributos a (i) presunção de validade, a (ii) imperatividade, (iii) exigibilidade e a (iv) executoriedade.

Os requisitos concernentes aos atos administrativos são essenciais para o funcionamento da Administração Tributária. Se não houvesse o requisito da presunção de validade, a Administração Tributária deveria comprovar a validade de seus atos como requisito prévio para a sua aplicação, o que não seria razoável, pois inviabilizaria a função administrativa com graves prejuízos para o contribuinte.⁶

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 378.

⁶ FREITAS, Ney José de. *Op. cit.*, p. 106.

Em seguida, tem-se a imperatividade, que é o atributo do ato administrativo que o torna imposto a terceiro, independentemente de sua concordância,⁷ isto é (i. é.), decorre tão somente da existência daquele ato.⁸ Já a exigibilidade, em complemento à imperatividade, permite ao Estado poder exigir do contribuinte o cumprimento, a observância das obrigações impostas.⁹ E a executoriedade, por sua vez, “[...] é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.”¹⁰

A presunção de validade “[...] é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme ao Direito, até prova em contrário”, aduz Celso Antonio Bandeira de Mello,¹¹ “isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existem até serem questionadas em juízo.”¹² Assim, esse atributo autoriza a imediata operação dos atos administrativos ainda que sejam portadores de vícios ou defeitos, sendo certo que somente deixarão de produzir efeito os atos administrativos viciados com pronunciamento superveniente sobre demonstrada pecha.¹³

Têm-se as definições de presunção como (i) vocábulo, (ii) relação e (iii) fato. No primeiro caso, trata-se o vocábulo como proposição prescritiva, fato e relação, sendo que, como proposição prescritiva, é norma jurídica deonticamente incompleta, de natureza probatória que, a partir da comprovação do diretamente provado (fato indiciário, fato diretamente conhecido, fato implicante), implica juridicamente o fato provado de maneira indireta (fato indiciado, fato indiretamente conhecido, fato implicado). Já no segundo caso, tem-se a presunção como o vínculo jurídico que se estabelece entre o fato indiciário e o aplicador da norma, conferindo-lhe o dever e o direito de construir indiretamente um fato. Por fim, tem-se a presunção como fato, como consequente da proposição (conteúdo do consequente do enunciado prescritivo), que relata um evento de ocorrência fenomênica provável e passível de ser refutado mediante

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 411.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 158.

⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 411.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 411 (itálico no original).

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 411.

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 411.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 156.

apresentação de provas contrárias. É prova indireta, detentora de referência objetiva, localizada em tempo histórico e espaço social definidos.¹⁴

Nota-se que a presunção é um processo lógico em que, a partir de um fato conhecido de existência certa, infere-se um fato desconhecido de existência provável.

Em razão desse processo lógico, surge a pergunta seguinte: a quem incumbe o ônus da prova de invalidade do ato administrativo, se a presunção de validade parte de um fato conhecido de existência certa para deduzir um fato desconhecido de existência provável?

Segundo parte da doutrina,¹⁵ verifica-se que, pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo; pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquiescência, uma obrigação; pela exigibilidade, o ato sujeita o contribuinte à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração Tributária, sem recorrer ao Poder Judiciário; pela executoriedade, o ato subjugua o contribuinte à obediência, por meio da coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial.¹⁶ Assim, conforme essa parte da doutrina, incumbe ao contribuinte o ônus da prova de invalidade do ato administrativo tributário. Vale dizer, trata-se de uma verdadeira inversão do ônus da prova em favor da Administração Tributária.

Nota-se que não é a partir dos atributos do ato administrativo em si que se constata haver uma transferência do ônus da prova de invalidade daquele ato para o contribuinte. Deveras, a constatação ocorre devido à carga forte, com requisitos de exagero, desequilibrando por demais a relação entre fisco e contribuinte, dada a presunção de validade do ato administrativo.¹⁷

Ressalta-se que isso não quer dizer que a presunção de validade do ato administrativo não deve ser preservada. Ao contrário. Como já exposto, trata-se de um atributo inerente àquele ato que deve ser preservado para o bom funcionamento da administração tributária. Deve-se, contudo, empregar carga ténue

¹⁴ FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 293.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 146; MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 378; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 215.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 412 e 413.

¹⁷ FREITAS, Ney José de. *Op. cit.*, p. 119.

no lugar da carga forte para que se compatibilize o ato administrativo com o Estado Democrático de Direito.¹⁸

Empregar carga ténue consiste em conferir ao contribuinte não o ônus de comprovar a invalidade do ato administrativo tributário, mas sim o de impugnar o ato administrativo tributário. Sabe-se que ônus é a faculdade de se desincumbir de algo. Nesse viés, caberia ao contribuinte impugnar aquele ato nas esferas administrativa ou judicial. A presunção de validade, portanto, tem um marco existencial que coincide com a sua impugnação na esfera administrativa ou na esfera judicial, de sorte que, a partir desse momento, cessam os efeitos da presunção de validade em favor do Estado.¹⁹ E isso é o que se defende aqui.

Assim, o único ônus que o contribuinte possui é o dever de impugnação do ato administrativo – momento em que a questão resolver-se-á no campo da produção de provas, sem qualquer presunção em favor da Administração Tributária. A ausência de impugnação do ato administrativo tributário, por outro lado, implicará dever do contribuinte de cumprir esse ato em sua integralidade.²⁰

Isso não significa, todavia, que a impugnação do contribuinte faz com que ocorra a inversão do ônus da prova em seu favor. A Administração Tributária, diante do poder-dever de provar, tem o poder de fiscalizar e o dever de comprovar seus atos. E, impugnado o ato, a Administração tem plenas condições de provar o porquê de sua emissão.

3. O PROCESSO TRIBUTÁRIO COOPERATIVO

A tutela constitucional da ação está presente em vários pontos da CR/1988. Nesta Carta, incumbiu-se o legislador de tratar o Direito Processual como instrumento hábil a fazer justiça, vez que é o caminho para se instrumentalizar o direito material. Assim, para garantir o acesso à justiça e efetivar a aplicação do Direito Processual, determinou-se que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,²¹ abrangendo os limites do juiz competente, o contraditório e ampla defesa, a igualdade processual, a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais. Tais garantias constitucionais são esten-

¹⁸ FREITAS, Ney José de. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁹ FREITAS, Ney José de. *Op. cit.*, p. 125.

²⁰ FREITAS, Ney José de. *Op. cit.*, p. 128.

²¹ Art. 5º, XXXV, da CR/1988.

didas a uma série de outras estabelecidas no Processo Civil²² e, no ordenamento jurídico, estabelecem-se limites de atuação ao operador do Direito e ao legislador por meio de normas e princípios postos no ordenamento jurídico.

Com o tempo, em uma relação processual, passou-se a se preocupar mais com o resultado e menos com as formalidades, com foco em decisões mais justas e efetivas. Indigitada interação, pautada na cooperação, moldou um novo modelo processual, denominado “modelo cooperativo”,²³ corroborado e inserido no ordenamento jurídico pelo CPC/2015.²⁴

Esse modelo processual, denominado aqui de “Processo Tributário Cooperativo”, busca a condução processual sem destaque a determinado sujeito do processo, de modo que o sujeito processual julgador se distancia das partes somente no momento de proferir sua decisão, razão pela qual assume dupla posição no processo: paritária no diálogo e assimétrica na decisão.²⁵

O Processo Tributário Cooperativo tem como base a ética do processo a lealdade processual, a boa-fé processual, o dever de veracidade, dever de esclarecimento, dever de consulta, dever de prevenção e o dever de auxílio.

A ética processual tem por objeto a formulação de padrões de conduta, pautados em conceitos morais, que devem ser seguidos pelos sujeitos do processo. Isso se faz necessário para que os sujeitos processuais envolvidos não extrapolem os limites morais ao tentar fazer prevalecer seu ponto de vista para alcançar seus objetivos.

Em paralelo à ética processual, tem-se a lealdade processual, que prega um jogo justo, equilibrado, com condições iguais para todos.

O dever de lealdade processual consiste em um binômio proibição-dever em que os sujeitos processuais estão (i) proibidos de utilizar instrumentos colocados à sua disposição com fins diversos daqueles já programados e (ii) devem se abster de perseguir a vitória com meios não consentidos pelo ordenamento jurídico.

A boa-fé processual visa à proteção do próprio contraditório e da ampla defesa, os quais somente podem ser encarados como garantias fundamentais,

²² CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88 e 89.

²³ SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Op. cit.*, p. 117.

²⁴ “Art. 6º – Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

²⁵ AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC*. Salvador: JusPovim, 2017, p. 50 e 51.

quando visualizados a partir do prisma de que eles representam a garantia da parte de influenciar positivamente o sujeito processual julgador em seu favor.²⁶

Une-se aos pilares do modelo cooperativo processual o dever de veracidade. Em explicação sintética, trata-se da obrigação dos sujeitos processuais envolvidos de dizerem a verdade, uma vez que o processo tributário é de interesse público.

Destaca-se que dizer a verdade não é tolher a liberdade dos sujeitos processuais de não entregarem suas armas uns aos outros.

O dever de veracidade consiste na obrigação de comprovar a sua versão da verdade. Assim, se o sujeito processual sabe que determinada alegação é falsa e ainda assim a sustenta na contestação, é óbvio que não está diante de qualquer defesa de verdade subjetiva, mas propriamente de uma mentira, face oposta à verdade.²⁷

Atrelado ao dever de veracidade, tem-se o dever de esclarecimento. Nesse pilar do modelo processual cooperativo, quando interpretado em conjunto com os demais, está a permissão de inversão do ônus da prova. Trata-se, de modo genérico, do dever que os sujeitos processuais e demais envolvidos possuem de participar ativamente para uma boa instrução probatória.²⁸ Essa participação se dá com esclarecimentos e informações sobre fatos que sejam relevantes para a causa e que auxiliam na formação do convencimento do sujeito do processo julgador sobre o objeto da demanda.

Submete-se também ao dever de esclarecimento o sujeito processual julgador, que deixa de ser um mero fiscal de regras para se tornar um agente-colaborador. O órgão julgador deve se esclarecer junto aos sujeitos processuais quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições constantes dos autos para evitar a tomada de decisão a partir de percepções apressadas.

Em sequência, há o dever de consulta, ligado ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que ganha contornos mais objetivos, uma vez que o sujeito do processo julgador não mais poderá decidir com base em questão de fato ou de direito sem que os sujeitos processuais envolvidos sejam ouvidos – ainda que a questão em análise seja conhecível de ofício.²⁹

²⁶ AUILO, Rafael Stefanini. *Op. cit.*, p. 64.

²⁷ AUILO, Rafael Stefanini. *Op. cit.*, p. 67 (itálico no original).

²⁸ AUILO, Rafael Stefanini. *Op. cit.*, p. 73.

²⁹ AUILO, Rafael Stefanini. *Op. cit.*, p. 81.

O dever de consulta, relacionado ao contraditório, atua como base de diálogo entre todos os sujeitos do processo envolvidos, para que cada qual possa atuar dentro de seus papéis, a fim de desincumbir-se adequadamente de seu ônus, com obediência não só de seus deveres, mas também com o exercício de seus direitos e faculdades.

O dever de prevenção, por sua vez, “incumbe o juiz de indicar às partes que eventuais escolhas equivocadas do ponto de vista do processo podem acarretar a frustração do exame do direito material”, leciona Daniel Mitidiero.³⁰ “Assim, por exemplo, é vedado ao juiz não conhecer de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que se tenha primeiramente dado oportunidade para a parte saná-lo.”³¹ Isso ocorre porque o sujeito processual Estado tem o dever de tutelar os direitos e ao mesmo tempo evitar que o direito sucumba diante de defeitos formais sanáveis não relevados para ele. É por essa razão que o sujeito processual julgador concede oportunidade aos sujeitos processuais de corrigir eventuais erros³² antes de extinguir um feito sem resolução de mérito.³³

Por fim, tratar da cooperação também consiste em tratar do auxílio mútuo para a consecução de determinado fim, objeto do dever de auxílio. Trata-se de trabalho em comum para que o instrumento – por meio do qual o sujeito processual Estado atua na prestação jurisdicional – se desenvolva não só em observância às regras processuais técnicas de procedimento, mas também àquelas de conduta, essenciais à compreensão da finalidade social que deve conformá-lo.³⁴

Desse modo, em suma, para que se tenha um Processo Tributário Cooperativo, os sujeitos processuais terão que: (i) pautar suas condutas em conceitos morais (ética processual); (ii) permitir o desenvolvimento de um diálogo que não desvirtue o objetivo de buscar a verdade dentro de um confronto de razões e não de forças (lealdade processual); (iii) influenciar positivamente o sujeito processual julgador em seu favor (boa-fé processual); (iv) dizer a verdade, uma vez que o processo tributário é de interesse público (dever de veracidade); (v) participar ativamente para uma boa instrução probatória (dever de esclarecimento); (vi) garantir o contraditório por meio da consulta (dever de consulta);

³⁰ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, jul./dez. 2015, p. 86.

³¹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, jul./dez. 2015, p. 86.

³² Conforme posto nos arts. 317 e 932 do CPC/2015.

³³ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 86.

³⁴ BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 198, ago. 2011, p. 455.

(vii) serem advertidos acerca de eventuais escolhas processuais equivocadas que podem acarretar a frustração do exame do direito material (dever de prevenção); (viii) prestar auxílio mútuo para superar eventuais dificuldades que impeçam o exercício de seus direitos, faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (dever de auxílio).

4. DA PROVA

Existem diversos critérios de classificação da prova. Dentre alguns processualistas civis,³⁵ por exemplo, classifica-se a prova no processo como objetiva e subjetiva. Esta está presente na convicção pessoal do julgador. Aquela, a prova objetiva, é o meio hábil para demonstrar a existência de determinado fato, que pode ter seu enunciado produzido em documentos, por testemunhas ou constituído por perícia.³⁶

Outra parte da doutrina classifica a prova de acordo com seu (i) conteúdo; (ii) sujeito que as emana; e (iii) forma com que se apresenta.³⁷

Em função do conteúdo, as provas são classificadas em diretas, que são aquelas que atestam de forma imediata a ocorrência de determinado fato (como a prova documental e a perícia técnica, por exemplo); e as indiretas, que são aquelas que atestam de forma mediata a ocorrência de determinado fato e tem por objeto um fato indiciário diverso do fato típico (como a presunção, por exemplo).

Em relação ao sujeito que emana as provas, estas se classificam em (i) pessoal, quando são produzidas pela afirmação de determinado sujeito (como a prova testemunhal, por exemplo); e (ii) real, quando são produzidas pela própria coisa (como impressão digital e *e-mail*, por exemplo).

Já em relação à forma que se apresentam, classificam-se as provas em (i) documental; (ii) testemunhal; (iii) materiais e a (iv) prova eletrônica.³⁸

Embora essa classificação descrita nos itens (i), (ii), (iii) e (iv) acima seja adotada por diversos doutrinadores, tais como Moacyr Amaral Santos, João Penido Burnier Júnior, Magalhães Noronha, Arruda Alvim e Aclibes Burga-

³⁵ Nesse sentido entendem THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 466; e CARPES, Artur Thomsen. **Ônus da Prova no Novo CPC**: do Estático ao Dinâmico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40-41.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 466.

³⁷ FERRAGUT, Maria Rita. *Op. cit.*, 2017, locais do Kindle 438-439.

³⁸ FERRAGUT, Maria Rita. *Op. cit.*, locais do Kindle 439-456.

relli,³⁹ entende-se, todavia, que as provas, por serem enunciados linguísticos, são sempre pessoais e classificam-se, em razão de sua forma (documental ou eletrônica) e em razão de seu conteúdo (em direta ou indireta).⁴⁰

Diverge-se também das demais classificações quanto à finalidade e ao destinatário da prova. Entende-se que a finalidade da prova não é apenas para formar o convencimento do julgador, mas sim de todos os envolvidos no processo; é demonstrar para todos os sujeitos do processo (autor, réu e julgador) que as alegações constantes dos autos são verdadeiras. E, por isso, o destinatário da prova é o caderno processual para que todos os envolvidos possam acessá-la, inclusive aqueles estranhos ao processo, que eventualmente o integre.

Assim, determinado sujeito do processo pode se convencer da alegação produzida, provada pelo outro sujeito processual e, a partir disso, requerer o fim, ou se retirar, da relação processual em andamento. Isso pode ser visto, por exemplo, em execução fiscal em que o devedor, citado a pagar o débito em 5 (cinco) dias, argui a extinção do débito exequendo pela prescrição e junta cópia dos autos do processo administrativo tributário para comprovar a data da constituição definitiva do débito exequendo. Analisados os fatos e os documentos probatórios, a Fazenda, por sua vez, concorda com o exposto e pede a declaração da extinção dos débitos exequendos, com o cancelamento e baixa da execução fiscal, antes do magistrado decidir o mérito da demanda.

Logo, as provas são enunciados linguísticos pessoais, classificadas em razão de sua forma (documental ou eletrônica) e de seu conteúdo (em direta ou indireta), com a finalidade de formar o convencimento de todos os sujeitos do processo e, por isso, possui como destinatário o processo em si.

4.1 Ônus da prova

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, o ônus da prova recai sobre aquele que alega o fato a ela subjacente. Essa distribuição do ônus da prova está posta no art. 373 do CPC/2015, sendo certo que em regra o sujeito processual autor da ação deve provar fatos constitutivos e o sujeito processual réu deve provar fatos impeditivos, modificativos e extintivos que irão se contrapor aos fatos alegados na inicial.

³⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 116.

⁴⁰ FERRAGUT, Maria Rita. *Op. cit.*, locais do Kindle 490-492.

Deve-se atentar aqui para uma importante diferenciação: ter o ônus de provar o direito pleiteado não é o mesmo que ter a obrigação de provar o direito pleiteado.

Essa faculdade está ligada à permissão dada ao sujeito do processo de provar o fato alegado, sendo que a não apresentação de provas nos autos não implicará sanção jurídica, uma vez que não se trata de ato ilícito. Embora não haja sanção, poderá haver, todavia, prejuízo processual pela não desincumbência do ônus da prova. Em regra, a ausência do ato de provar pode prejudicar somente aquele que alega o fato, mas, em atenção ao princípio da cooperação processual e devido à possibilidade de inversão do ônus da prova, essa situação pode trazer prejuízo processual para outros sujeitos do processo.

O ônus da prova, por fim, possui dois aspectos que serão tratados a seguir, quais sejam (i) aspecto subjetivo e (ii) aspecto objetivo. Enquanto esse atua como regra de julgamento, o primeiro indica a quem cabe produzir cada prova. Ambos os aspectos são interdisciplinares e, além de não se excluírem, possuem a mesma importância abstrata. Desse modo, para a correta e adequada aplicação do ônus da prova, aqueles aspectos devem harmonizar entre si, muito embora um deva sobressair sobre o outro em determinados casos,⁴¹ o que não torna um mais importante que o outro.

4.2 Aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova e a sua interdisciplinaridade

O ônus subjetivo da prova está ligado à conduta dos sujeitos do processo no momento adequado de se produzir as provas. Resume-se pela pergunta seguinte: “a quem incumbe o ônus da prova?”. Disso, em regra, entende-se que o aspecto subjetivo do ônus da prova é realizado a partir da ótica dos sujeitos litigantes do processo.⁴²

Ao delimitar o comportamento processual do sujeito do processo, aquele que alegou o fato poderá alcançar uma interpretação mais benéfica para suas alegações ao se desincumbir do ônus de provar, a ponto de suas chances de convencer o sujeito processual julgador serem aumentadas.

Não obstante parte da doutrina entender⁴³ que o aspecto subjetivo da prova está presente para incumbir o sujeito processual do ônus de provar o

⁴¹ CURY, Augusto Jorge. *Op. cit.*, p. 107.

⁴² CURY, Augusto Jorge. *Op. cit.*, p. 116.

⁴³ CURY, Augusto Jorge. *Op. cit.*, p. 116.

fato alegado para que se alcance o benefício ou a tutela pleiteada, pugna-se aqui neste trabalho pela simples ideia de que o aspecto subjetivo delimita quem poderá produzir a prova no Processo Tributário – ainda que não seja o sujeito que alegou o fato. Trata-se de regra de conduta e de organização processual para indicar quem deve provar e o momento que deve fazê-lo. Explica-se, diante da positividade da possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC/2015), o sujeito do processo que alegar o fato – independentemente desse ser constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo – e não tiver condições de prová-lo por causas relacionadas à impossibilidade, ou à excessiva dificuldade de provar, mas conseguir demonstrar que o outro sujeito do processo consegue tal feito, o ônus da prova será invertido, sendo certo que ao outro sujeito processual recairá o ônus da prova.

A importância do aspecto subjetivo da prova no Processo Tributário sobressai quando analisada de uma forma mais ampla, de modo a não restringir a atribuição do ônus da prova somente àquele que alega o fato. Isso porque, ao retirar essa trava, constata-se que o aspecto subjetivo do ônus da prova inibirá a insuficiência de prova no Processo Tributário, na medida em que estimula a produção probatória por quaisquer dos sujeitos do processo,⁴⁴ desde que presentes os requisitos da dinâmica da prova postos no art. 373 do CPC/2015.

Assim, o aspecto subjetivo do ônus da prova é uma regra de conduta processual hábil a determinar sobre quem deve recair o ônus probatório em determinado momento do processo (geralmente no saneamento processual)⁴⁵ para que se iniba a insuficiência de provas mediante a produção delas por quaisquer sujeitos do processo competente para tanto.

Em paralelo ao aspecto subjetivo do ônus da prova, tem-se o aspecto objetivo do ônus da prova que, juntos, formam a dinâmica do ônus da prova.

O aspecto objetivo não tem como foco a divisão do ônus da prova, mas não o descarta. Indigitada divisão somente é utilizada de modo excepcional a fim de se evitar o *non liquet*.⁴⁶ Isso ocorre quando, insuficientes as provas produzidas e diante da vedação de pronunciar-se pelo *non liquet*, o sujeito do processo julgador poderá proferir decisão contrária àquele que não se desincumbiu do ônus da prova.

⁴⁴ CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁵ REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

⁴⁶ *Non liquet*, expressão do latim, consiste na proibição de ausência de decisão sobre determinada matéria por julgar que essa não está clara. Tal situação é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o julgador deve se pronunciar de forma positiva ou negativa sobre a matéria posta, a partir do que consta dos autos dos processos administrativo ou judicial.

A excepcionalidade no uso da divisão do ônus da prova se pauta nos princípios da aquisição e da comunhão das provas, os quais dispõem que as provas não pertencem mais aos sujeitos processuais que as produziu após a juntada delas nos autos do processo, podendo beneficiar quaisquer sujeitos do processo.

Com o Processo Tributário Cooperativo, o aspecto objetivo do ônus da prova tornou-se aparentemente mais relevante que o aspecto subjetivo, pois, ao estabelecer regra de julgamento, o sujeito processual julgador deve seguir norma expressa em cujo teor determina que deverá apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.⁴⁷

Tal relevância é aparente, uma vez que os aspectos se completam, ainda que em determinados casos um se sobressaia ao outro.

Assim, o ônus da prova é o somatório de seus aspectos subjetivo e objetivo, de sorte que o primeiro é uma regra de conduta e o segundo uma regra de julgamento.

É o aspecto objetivo do ônus da prova que possibilitará a prolação de decisão com fundamento em poucas provas, seja por dificuldade, ou impossibilidade, de terem sido produzidas pelos sujeitos do processo, e, com isso, evitará a pronúncia de *non liquet*. Tecnicamente, é o aspecto hábil a resolver a demanda, ainda que de forma não tão justa para um dos sujeitos litigantes.⁴⁸

Essa possibilidade de tomada de decisão com fundamento nas provas já produzidas, mas com pouca capacidade de convencimento, distancia a justiça daquela almejada pelos sujeitos do processo.

Indigitada justiça poderá ser encontrada a partir da subjetividade do ônus da prova, porquanto o fator que orienta a atividade dos sujeitos do processo na produção de provas para que se busque ou se aproxime da verdade real, uma vez que essa é inalcançável, é o ônus que recai sobre os sujeitos do processo para que produzam provas dos fatos alegados.

O ônus da prova, então, possui dupla função, haja vista que (i) desempenha importante papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (função subjetiva) e (ii) funciona como regra de julgamento porque, no caso de insuficiência de provas aptas à constatação da probabilidade prevalente, o julgador proferirá decisão contrária aos interesses do sujeito do processo que não se desincumbiu do ônus da prova, dada a impossibilidade de pronúncia de *non liquet* em Processo Tributário.⁴⁹ Assim, não se pode falar em ônus da prova somente com aspecto objetivo ou somente com aspecto subjetivo.

⁴⁷ Art. 371 do CPC/2015.

⁴⁸ CURY, Augusto Jorge. *Op. cit.*, p. 124.

⁴⁹ CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.*, p. 41.

5. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015

O ônus da prova recai sobre aquele que alega o fato a ela subjacente, sendo certo que tem por objeto algo que se utiliza para servir de convencimento de outrem⁵⁰ e, para que se alcance tal objetivo, deve-se estabelecer uma relação entre o conteúdo da prova e o fato alegado. Nem todo fato, contudo, pode ser objeto de prova, tais como os fatos notórios, os estranhos à causa (também chamados de impertinentes), os irrelevantes (aqueles que não importam para a tomada de decisão, ainda que guardem pertinência com o caso), os confessados, os objetos de presunção legal e, por fim, os que são extremamente difíceis, ou impossíveis de serem provados.

Essa distribuição estática da prova constante do CPC/1973, mantida no CPC/2015, era seguida pela exceção de possibilidade de alteração do ônus da prova por meio de negócio processual.

Ainda que inexistente no CPC/1973, a inversão do ônus da prova possuía aplicação restrita e subjetiva, de modo que variava conforme o caso e o convencimento do sujeito processual julgador.

A dinâmica da prova estabelecida pelo CPC/1973 era ineficaz em determinadas situações por impedir que as alegações se aproximassem da verdade, como, por exemplo, nos casos da presunção de validade dos atos administrativos realizados pela Administração Pública (ausência de acesso pelo contribuinte do motivo de indeferimento de compensação tributária) e nos casos de produção de prova de fato negativo (como no caso em que o contribuinte tem que provar o não recebimento do carnê de IPTU para que o lançamento seja desconstituído).

A ineficiência da dinâmica da prova estabelecida no antigo Código de Processo Civil já era notada pelos julgadores, os quais perceberam a necessidade de inverter o ônus da prova em alguns casos. A partir disso, o legislador positivou a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações consumeristas⁵¹ em que há parte hipossuficiente em determinados casos.

Observou-se que a dificuldade, ou impossibilidade, de provar o fato alegado em determinadas situações não é exclusiva das relações de consumo e tampouco em razão da existência de sujeito processual hipossuficiente. Trata-se de uma

⁵⁰ SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Novo CPC e o Processo Tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015, p. 77.

⁵¹ Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

dificuldade que abarca o Direito Processual Tributário, dada a sistemática da dinâmica da prova estabelecida pelo CPC/1973.

Assim, o legislador ordinário positivou no art. 373, § 1º, do CPC/2015, a inversão do ônus da prova para eliminar essa falha na dinâmica da prova que maculava o então modelo constitucional do processo, impedia a proximidade das alegações com a verdade dos fatos e, consequentemente, causava problemas aos sujeitos do processo. Arelado a isso, determinou-se nos arts. 5º ao 10 do CPC/2015 a obrigação de cooperação das partes entre si, base para o modelo atual do processo cooperativo, premissa do presente estudo.

5.1 Requisitos e limites para inversão do ônus da prova

Aplica-se a inversão do ônus da prova por meio de lei; diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* do artigo; ou quando o outro sujeito do processo tiver maior facilidade de provar o fato a ela subjacente (art. 373, § 1º, do CPC/2015).

Embora não existisse noma expressa no CPC/1973 para a aplicação da inversão do ônus da prova, não raro os julgadores determinavam a aplicação desse instituto a depender do caso concreto, vale dizer, a aplicação era bastante subjetiva, uma vez que não existiam limites e contornos muito bem definidos.

Com o advento do CPC/2015, o legislador consignou no § 1º do art. 373 a possibilidade de inversão do ônus da prova por determinação legal e por determinação do julgador.

Em ambos os casos, trata-se de uma exceção legal, posta no § 1º do art. 373 do CPC, que se aplica quando (i) a lei permitir (*ope legis*); ou (ii) diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou da excessiva dificuldade de o sujeito do processo de se desincumbir do ônus probatório; ou (iii) quando o sujeito do processo contrário possuir maior facilidade de obtenção da prova do fato alegado – *ope judicis*, no caso dos itens (ii) e (iii). Nota-se que estão presentes no texto normativo a conjunção alternativa “ou”, de sorte que aquela inversão pode ser aplicada quando um, dois ou os três requisitos estiverem presentes no caso concreto. Presentes os requisitos (ii) e (iii), entretanto, a aplicação do ônus da prova somente será concretizada após a determinação do julgador para que ocorra o equilíbrio entre os sujeitos do processo.

Antes de se pormenorizar os requisitos para a aplicação da inversão do ônus da prova no Processo Tributário, deve-se destacar o alcance de aplicação dado ao CPC/2015 pelo legislador, que assinalou, no art. 15 desse Código, a aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais ali contidas em caso de ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos.

Infere-se, então, que qualquer ação de matéria tributária, interposta no âmbito judicial, será regida direta ou indiretamente pelo CPC/2015. As diretamente regidas pelo CPC/2015 são aquelas de rito comum e especial e as indiretamente regidas por esse Código são as execuções fiscais. Nestas, o regramento processual está posto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal), em cujo art. 1º⁵² determinou-se a aplicação subsidiária do CPC/2015 nos casos em que a lei for omissa.

Situação diferente da Lei de Execução Fiscal (LEF) não ocorre no âmbito administrativo tributário. Embora não haja norma explícita, o CPC/2015 é aplicado de forma supletiva ou subsidiária nos processos administrativos tributários.

Nota-se que o primeiro requisito⁵³ posto no § 1º do art. 373 do CPC/2015 não obsta em nenhum momento a aplicação da inversão do ônus da prova no Processo Tributário, porquanto, como exposto, as ações judiciais tributárias estão diretas, ou indiretamente, sob a égide do CPC/2015 e os processos administrativos tributários recebem a aplicação supletiva ou subsidiária desse Código.

O segundo requisito,⁵⁴ por outro lado, pode filtrar a aplicação daquele instituto no Processo Tributário, uma vez que trata das peculiaridades do caso concreto. “Deve-se entender por ‘peculiaridades da causa’”, como ensina Augusto Jorge Cury,⁵⁵ “as características especiais da lide levada ao Poder Judiciário e que as diferenciam das demais da mesma espécie, ou seja, as condições fáticas e jurídicas em que se encontram as partes e as circunstâncias do objeto da lide”.

É a partir da análise da peculiaridade da causa, aqui englobados a situação dos sujeitos, os fatos e a causa de pedir, que o julgador conseguirá vislumbrar o grau de dificuldade ou impossibilidade do sujeito do processo de provar o fato alegado. Também conseguirá vislumbrar se o sujeito do processo contrário ao que alegou o fato possui condições de se desincumbir do ônus da prova eventualmente imposto a ele.

Pode-se afirmar que no terceiro requisito⁵⁶ se encontra a maior inovação presente no § 1º do art. 373 do CPC/2015, vez que eliminou a prova diabó-

⁵² “Art. 1º – A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

⁵³ Aplica-se a inversão do ônus da prova quando a lei permitir.

⁵⁴ Aplica-se a inversão do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou da excessiva dificuldade de o sujeito do processo se desincumbir do ônus probatório.

⁵⁵ CURY, Augusto Jorge. *Op., cit.*, p. 220 e 221.

⁵⁶ Aplica-se a inversão do ônus da prova quando o sujeito do processo contrário possuir maior facilidade de obtenção da prova do fato alegado.

lica. Esta, quando presente, se tornava um problema para todos os sujeitos do processo envolvidos, pois era de difícil, ou impossível, solução por causa tanto da dinâmica da prova posta no CPC/1973 quanto da forma como foi consignada a possibilidade de alteração do ônus da prova naquele Código.

Há que se ter cuidado, contudo, ao se aplicar a inversão do ônus da prova, seja por força de lei ou por decisão do julgador, no Processo Tributário. Deve-se cotejar os requisitos. Principalmente o segundo e o terceiro, que possuem uma linha tênue de separação. Em um, o legislador determinou que a inversão do ônus da prova ocorrerá quando houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de o sujeito do processo se desincumbir do ônus probatório. Noutro, determinou-se que o sujeito do processo contrário suportará o ônus da prova caso possua maior facilidade de obtenção da prova do fato alegado.

A expressão “maior facilidade” é aberta e pode gerar subjetivismo, porquanto o que é mais fácil para um, pode não ser para outro. Assim, neste trabalho, entende-se que a “maior facilidade” se dá no Processo Tributário quando o sujeito processual contrário possuir uma vantagem em provar o fato alegado. Tal benefício sobre o outro sujeito do processo pode ser desde a aquisição mais célere de documentos por meio de comunicação oficial, quanto por ter a prova em seu poder – como por exemplo, quando há redirecionamento de execução fiscal para pessoa física, que, por ter se retirado da sociedade há mais de cinco anos, não possui condições de obter cópia de processo administrativo tributário para juntá-lo em sua defesa.

Os requisitos de aplicação da inversão do ônus da prova são objetivos, finalizam o subjetivismo anteriormente existente no CPC/1973 e comprovam que o instituto é uma exceção à regra. Conforme Cassio Scarpinella Bueno⁵⁷ leciona, “os §§ 1º e 2º, por sua vez, inovam ao admitir e disciplinar expressamente os casos em que pode haver modificação (legal ou judicial) das regras constantes dos incisos do *caput*”.

Não obstante de aplicação objetiva, a inversão do ônus da prova não incide nos processos de forma automática. Requerida a aplicação do instituto, o julgador deverá intimar o sujeito processual adverso para que se pronuncie acerca de sua capacidade, ou não, de se desincumbir do ônus a ser-lhe atribuído. Após a oitiva dos sujeitos do processo, confirmada a presença de um dos requisitos inclusos no § 1º do art. 373 do CPC/2015, o julgador determinará a inversão do ônus da prova no feito por meio de decisão fundamentada.

⁵⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 464.

E, sobre a obrigação de fundamentação, não poderia ser diferente, pois, de acordo com Nelson e Rosa Maria Nery,⁵⁸ “as decisões do Poder Judiciário, quer sejam administrativas (CF 93 X), quer jurisdicionais, têm de ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade, cominada no próprio texto constitucional”.

Além disso, consta do §1º do art. 373 do CPC/2015, a necessidade de o julgador consignar o motivo da inversão do ônus da prova nos autos. Isso ocorre porque a regra geral do sistema probatório brasileiro é a de que cabe ao sujeito processual autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao sujeito processual réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito daquele. E o legislador indicou no texto normativo tendência em adotar a inversão do ônus da prova pela técnica do ônus dinâmico da prova: terá o ônus de provar aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo. Como se trata de exceção à regra, a norma não comporta interpretação ampliativa e, por isso, deve ser aplicada com redobrada cautela.⁵⁹

Interposto o pedido de inversão do ônus da prova, realizado o contraditório e presentes os requisitos para que se aplique o instituto no processo, cabe ainda ao sujeito do processo julgador analisar os limites das normas constantes do art. 373 do CPC/2015 para a aplicação do instituto por força de lei.

Estabeleceu-se no §2º do art. 373 do CPC/2015 que a decisão fundamentada de inverter o ônus da prova proferida pelo julgador não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo do ônus da prova pelo sujeito do processo contrário seja impossível ou excessivamente difícil.

Vedou-se expressamente naquele parágrafo a prova duplamente diabólica. O objeto daquela norma é a proibição de transferência do encargo para que se produza prova impossível ou excessivamente difícil de um sujeito do processo para o outro em nome da busca da verdade ou em atenção extrema ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional. É aqui que se percebe na prática a interdependência dos aspectos do ônus da prova (dupla função do ônus da prova).

Consoante exposto, em regra, o ônus da prova é de quem alega o fato (critério objetivo). Diante de permissão legal e de peculiaridades da causa que impeça o sujeito do processo de provar o alegado, requer-se a inversão do ônus da prova (critério subjetivo). Nesse ponto, realizado o contraditório, se o julgador deferir o pedido de inversão do ônus da prova, estar-se-á diante de uma situação em que

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. *Revista dos Tribunais*, 2017 edição eletrônica (*e-book*).

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, edição eletrônica.

o critério subjetivo do ônus da prova se sobressaiu ao outro para que se chegasse mais próximo da verdade. Se o julgador, por outro lado, indeferir o pleito com fundamento no § 2º do art. 373 do CPC/2015, o critério objetivo do ônus da prova continuará a se sobressair sobre o subjetivo para que se evite a prova diabólica reversa, de modo que o julgador deverá decidir com base nas provas eventualmente produzidas – proibição de ausência de decisão sobre determinada matéria por julgar que essa não está clara (*non liquet*).

Nota-se então, que, muito embora a conjunção “ou” no § 1º do art. 373 do CPC/2015 indique opção, sendo certo que a presença de apenas um dos requisitos demonstra a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova por lei, isso somente irá acontecer se a transferência do ônus da prova não gerar situação em que a desincumbência do encargo imposto ao sujeito processual contrário não for impossível ou excessivamente difícil. Logo, indigitada inversão – por força de lei ou por determinação do julgador – somente será possível quando estiverem presentes algum (ou todos) dos requisitos do § 1º do art. 373 do CPC/2015 “e” (conjunção de adição) o requisito do § 2º, qual seja a impossibilidade de a inversão do ônus da prova gerar situação em que a desincumbência do encargo pelo sujeito do processo adverso ao que alegou o fato seja impossível ou excessivamente difícil.

Para a aplicação da inversão do ônus da prova deve-se fazer necessariamente as perguntas seguintes: (i) é impossível, ou extremamente difícil, a produção de prova do fato pela parte que o alegou?; (ii) a outra parte possui vantagem em produzir a prova do fato alegado pelo sujeito do processo contrário?

Se a resposta for positiva para ambas as perguntas, deve-se aplicar a inversão do ônus da prova. Caso contrário, deve-se manter a distribuição estática da prova e o sujeito do processo julgador deve-se pronunciar sobre a matéria objeto do processo com as provas e recursos necessários que possui.

Veja-se que a incidência da inversão do ônus da prova no processo depende de um ponto de intersecção, o qual se representa na Figura 1.

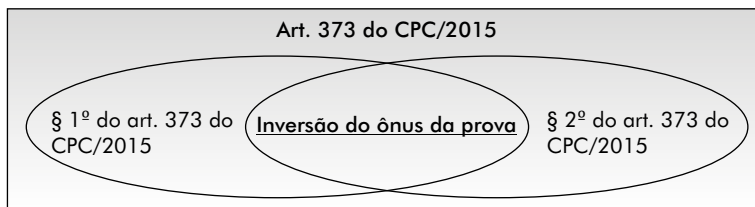


Figura 1 Art. 373 do CPC (“Constatada a intersecção, deve-se inverter o ônus da prova”)

5.2 O poder-dever do julgador de inverter o ônus da prova no Processo Tributário

“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, assinou-se no § 1º do art. 373 do CPC/2015, que “**poderá** o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (negritou-se). Veja-se que, para tal atribuição, entretanto, o sujeito processual julgador deverá constatar a presença de algum dos requisitos descritos naquele artigo e, cumulativamente, constatar que a inversão do ônus da prova não implicará situação em que a desincumbência do encargo atribuída ao outro sujeito processual seja impossível ou excessivamente difícil.

Para complementar o exposto na subseção anterior, demonstrou-se de forma gráfica, mediante intersecção, quando se deve aplicar a inversão do ônus da prova. E, por isso, acredita-se que o cerne desta subseção é a palavra “**poderá**”, uma vez que os requisitos e limites para aplicação da inversão do ônus da prova já foram demonstrados.

Se o Processo Tributário é cooperativo, é certo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que todos os envolvidos tenham igualdade de condições processuais. Isso implicará não só aproximação dos fatos com a verdade, mas também maior efetividade da tutela jurisdicional.

Para que se alcance o objetivo do legislador, não se demonstra razoável colocar uma norma expressa, de cujo teor consta a possibilidade de inversão do ônus da prova no Processo Tributário, com aplicação discricionária do julgador, ainda que estejam presentes algum dos requisitos objetivamente determinados na norma.

Não se nota motivo para que haja discricionariedade de aplicação do instituto quando presentes os requisitos determinados no § 1º e no § 2º do art. 373 do CPC/2015. Entende-se, por isso, que no contexto de mencionado artigo, a palavra “**poderá**” indica que o julgador tem “**força**”, “**autoridade**”, para determinar a inversão do ônus da prova.

Essa “**autoridade**” está atrelada ao “**dever**” de aplicar o instituto quando necessário. É esse “**dever**” de aplicação que fará valer a existência da norma e possibilitará o cumprimento de seu objetivo. Unam-se o verbo poder, consignado na norma com o dever, que está implícito no contexto, para se formar o binômio “**poder-dever**”, porquanto o sujeito do processo julgador tem o “**poder**” de inverter o ônus da prova e o “**dever**” de aplicá-lo quando estiver presente algum dos requisitos no § 1º e no § 2º do art. 373 do CPC/2015.

5.3 Momento da inversão do ônus da prova no Processo Tributário

Como o Processo Tributário abarca o processo judicial tributário e o processo administrativo tributário, será demonstrado o momento de inversão do ônus da prova em ambas as esferas.

Embora possuam fases diferentes, tanto o processo judicial tributário quanto processo administrativo tributário possuem quatro fases, sendo certo que o primeiro possui a fase de (i) postulação, a de (ii) saneamento, a de (iii) instrução e a de (iv) decisão. Já o processo administrativo tributário possui a fase de (i) instauração; a de (ii) preparação e instrução; a de (iii) julgamento; e a de (iv) recurso.

No processo judicial tributário, a fase postulatória não é a adequada para que ocorra a inversão do ônus da prova, pois, ainda que haja requerimento liminar, não há que se falar em aplicação do instituto antes do exercício do contraditório, cuja regra está insculpida no art. 9º do CPC.

Além disso, nem sequer é possível definir os limites objetivos da demanda e, por conseguinte, fixar os limites da matéria a ser provada antes da defesa apresentada nos autos. Some-se a isso a possibilidade de o sujeito passivo réu, em sua contestação, deixar de controverter a respeito de determinados enunciados fáticos ou mesmo reconhecer juridicamente a respeito de aspecto do direito material deduzido em juízo. Tais circunstâncias podem reduzir em muito os limites do objeto da prova. Seria contraproducente, portanto, decidir a respeito de eventual aplicação da inversão do ônus da prova antes do exercício de defesa pelo sujeito do processo réu.⁶⁰

Como é na fase de saneamento que o sujeito processual julgador tomará as providências necessárias para corrigir o processo; determinar a especificação de provas; e determinar tanto a réplica do sujeito processual autor quanto marcar audiência preliminar, quando necessários; não é difícil de se concluir que o momento processual ideal para que se constate os requisitos e limites para que se aplique a inversão do ônus da prova será **preferencialmente** no momento de sanear o processo.

Não obstante, o legislador dispôs no inciso III do art. 357 do CPC/2015 que deverá o sujeito processual julgador, em decisão de saneamento e de organização do processo, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificar os meios de prova admitidos e definir a distribuição do ônus da prova em observância às normas do art. 373 daquele Código, entende-se que a aplicação desse instituto se dá preferencialmente, e não obrigatoriamente, naquela fase.

⁶⁰ CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.*, p. 170.

Diga-se isso pois a hipossuficiência do sujeito processual que alegou o fato pode ocorrer no momento da instrução. Demais disso, fatos novos (supervenientes) podem aparecer no decorrer do processo e isso não pode ser tratado como uma situação menor a ponto de não merecer a inversão do ônus da prova se estiverem presentes os requisitos consignados nos § 1º e § 2º do art. 373 do CPC/2015.

Some-se a isso o modelo processual cooperativo em que as partes devem cooperarem entre si. E, por isso, deve o julgador, na condição de sujeito do processo, auxiliar os outros sujeitos processuais envolvidos a esclarecerem os fatos alegados, mediante inversão do ônus da prova, ainda que após o saneamento do processo. Essa postura fará que com que o sujeito processual julgador conduza um processo justo e com a entrega de tutela jurisdicional efetiva.

No processo administrativo tributário,⁶¹ a fase de instauração é aquela em que o sujeito processual réu apresenta a sua contestação, aqui denominada impugnação, ao lançamento tributário realizado.

A partir daí, inicia-se o contencioso tributário administrativo. Ressalta-se que é **preferencialmente** nesse momento que se deve apresentar, e requerer, os meios de provas admitidos em direito, sob pena de preclusão.⁶² Esta não ocorrerá e poderão ser juntadas provas em momento posterior ao mencionado quando ficar demonstrada a impossibilidade de apresentação das provas em momento oportuno por motivo de força maior; quando tais provas se referirem-se a fato novo ou a direito superveniente; e, por fim, quando se destinar a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, segundo disposto nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972. Com fundamento nesse dispositivo e no art. 38 da LGPAF,⁶³ o CARF⁶⁴ tem admi-

⁶¹ Diante da quantidade de conjunto de normas no Brasil para reger os processos administrativos tributários da União, dos vinte e seis Estados da Federação e do Distrito Federal, utilizar-se-á neste estudo a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, denominada Lei Geral do Processo Administrativo Fiscal (LGPAF), a qual traça limites e contornos para todos os conjuntos de normas processuais administrativas no âmbito federal, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal federal.

⁶² Art. 16 do Decreto nº 70.235/1972.

⁶³ “Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”.

⁶⁴ Acórdão 1301-003.709, processo 10783.900309/2010-75, publicado em 11/03/2019, Relator(a): JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA; Acórdão 1301-003.315, processo 13819.906244/2012-77, publicado em 24/09/2018, Relator(a): FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO; Acórdão 1301-002.935, processo 16327.720393/2011-90, publicado em 10/05/2018, Relator(a): JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA.

tido a juntada de provas e o requerimento de produção de provas em direito admitidas, essenciais para a solução da lide até data anterior ao julgamento do processo administrativo tributário.

Ao superar essa fase, inicia-se a fase de preparação e instrução. Nela, o sujeito processual autoridade fiscal preparará e verificará se há necessidade de complementação probatória nos autos para que o julgamento da matéria neles versada seja realizado. Caso haja necessidade, o sujeito processual contribuinte poderá juntar novas provas que considerar pertinentes, desde que se demonstre o acontecimento de alguma das situações elencadas nas alíneas do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, ou que se demonstre que tais provas são essenciais para o julgamento da matéria. Nota-se que se trata de uma fase de caráter probatório complementar. E, realizadas ou não as complementações probatórias devidas, inicia-se a fase de julgamento, a qual será realizada por sujeito do processo julgador.

Embora tanto no processo judicial tributário quanto no processo administrativo tributário haja uma fase indicada para que ocorra a inversão do ônus da prova, nada impede que sujeito processual julgado aplique o instituto até a data anterior ao julgamento do processo, desde que o sujeito processual requerente apresente argumentos pertinentes para que a prova seja invertida e que o contraditório seja obedecido.

6. CONCLUSÃO

Por ausência de código processual específico, conclui-se que as normas gerais processuais tributárias estão consignadas no CPC/2015, de sorte que são utilizadas de forma direta, subsidiária ou supletiva para instrumentalizar o direito material em processos judiciais tributários e em processos administrativos tributários.

Dentre as normas contidas naquele diploma processual estão as referentes à dinâmica da prova, que, embora a base tenha sido mantida desde o CPC/39, aborda de forma expressa e explícita a possibilidade de inversão do ônus da prova em casos específicos.

Conforme demonstrou-se neste trabalho, a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova resulta no conhecimento dos fatos alegados e, por conseguinte, na aproximação da verdade ocorrida no mundo fenomênico.

Não basta a norma posta no art. 373 do CPC/2015 para que se aplique a inversão do ônus da prova no processo tributário. Para isso, há que se estabelecer algumas premissas, quais sejam (i) a presunção de validade do ato administrativo tributário é relativa e cessa no momento em que aquele ato é

impugnado; (ii) o modelo processual tributário é cooperativo, sendo certo que os sujeitos processuais, aqui se inclui o Estado-juiz e os órgãos jurisdicionais e administrativo, são obrigados a cooperarem entre si para que se tenha uma prestação jurisdicional célere e efetiva; (iii) o ônus da prova recai sobre quem alega o fato, mas pode ser invertido quando o sujeito processual adverso possuir maiores condições de provar o fato alegado; (iv) presentes os requisitos para a inversão do ônus da prova, o sujeito processual julgador possui o poder-dever de invertê-la; e (v) o ônus da prova pode ser invertido até o momento anterior à prolação da decisão final do processo tributário.

Desse modo, diante do sistema processual atual, não há que se tratar somente das partes e do julgador, mas abordá-los como sujeitos do processo em que atuam, dentro de suas limitações legais, em conjunto para um desfecho processual célere e efetivo.

O ônus da prova, apesar de ter uma regra de distribuição, pode excepcionalmente ser invertido quando estiverem presentes no caso concreto os requisitos para tal inversão.

A prova, instrumento hábil para formar o convencimento de outrem, possui como destinatário o processo em si e não o julgador. Este, por sua vez, irá auxiliar a obtenção da prova ao inverter o ônus dela quando necessário. Ressalte-se que a prova não é definitiva para formar o convencimento dos envolvidos em uma relação processual, mas pode fazer a diferença em um desfecho processual quando bem-produzida.

Consignou-se no art. 373 do CPC/2015 a possibilidade de inversão do ônus da prova posta no § 1º e no § 2º do CPC/2015, cujos requisitos para a aplicação são (i) a lei permitir; ou (ii) diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou da excessiva dificuldade de o sujeito do processo de se desincumbir do ônus probatório; ou (iii) quando o sujeito do processo contrário possuir maior facilidade de obtenção da prova do fato alegado; e (iv) quando a aplicação do instituto não causar prova diabólica reversa, ou seja, para o sujeito processual que recebe o ônus em transferência.

Assim, para a aplicação da inversão do ônus da prova deve-se fazer necessariamente as perguntas seguintes: (i) é impossível, ou extremamente difícil, a produção de prova do fato pela parte que o alegou?; (ii) a outra parte possui vantagem para produzir a prova do fato alegado pelo sujeito do processo contrário?

Se a resposta for positiva para ambas as perguntas, deve-se proceder à inversão do ônus da prova. Caso contrário, deve-se manter a distribuição estática da prova e o sujeito do processo julgador deve se pronunciar sobre a matéria objeto do processo com as provas e recursos necessários que possui.

A aplicação da inversão do ônus da prova, portanto, consiste no resultado da intersecção das normas do § 1º com as do § 2º do art. 373 do CPC/2015, *i. e.*, trata-se da presença de um dos requisitos descritos no § 1º e a de decisão de que não acarretará prova diabólica ao sujeito processual que receberá a inversão do ônus da prova.

Deve-se aplicar a inversão do ônus da prova preferencialmente na fase de saneamento processual, mas nada impede a aplicação desse instituto em momento posterior ao saneamento processual e imediatamente anterior à decisão final do processo. Isso justifica a aplicação da inversão do ônus da prova nos processos que não possuam a fase de saneamento, como em juizados especiais e nos processos administrativos tributários. Ressalta-se que é impossível a aplicação da inversão do ônus da prova sem o contraditório.

Presente a intersecção das normas do § 1º com as do § 2º do art. 373 do CPC/2015 no caso concreto, o julgador tem o poder-dever de inverter o ônus da prova para que se consiga um resultado processual célere e efetivo. Como dito, o modelo processual atual é o cooperativo, de sorte que o julgador deve cooperar na busca da verdade dos fatos e na solução célere e efetiva do processo; e, por isso, deve determinar a aplicação da inversão do ônus da prova quando necessário. Além disso, a possibilidade de aplicação discricionária desse instituto inviabilizaria a própria norma, a ponto de perder a sua finalidade.

Conclui-se, por fim, que a inversão do ônus da prova possui aplicação obrigatória – ante um poder-dever do julgador – no Processo Tributário, desde que obedecidos os requisitos constantes da norma processual, posta no § 1º e no § 2º do art. 373 do CPC/2015.

Conclui-se também que se trata de uma inovação processual ainda pouco utilizada no Processo Tributário, não somente em razão da presunção de validade dos atos administrativos, mas também por se tratar ainda de novidade dentro do direito processual.

REFERÊNCIAS

- AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC*. Salvador: JusPovim, 2017.
- BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 198, ago. 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Tomo I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da Prova no Novo CPC: do Estático ao Dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CURY, Augusto Jorge. *Ônus da Prova e sua Inversão no Novo Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERRAGUT, Maria Rita. *As Provas e o Direito Tributário – Teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica*. São Paulo: Saraiva. Edição do Kindle, 2017.

FREITAS, Ney José de. *Ato Administrativo: Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, edição eletrônica (e-book).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no Processo Civil. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, jul.-dez. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, edição eletrônica (e-book).

SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Novo CPC e o Processo Tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 13

A PEC 45, em tramitação no Congresso Nacional, propõe uma ampla alteração na tributação sobre o consumo, a partir de princípios que estão em sintonia com as melhores práticas internacionais: cria um imposto sobre valor agregado que incidiria sobre uma base ampla, que inclui bens e serviços, adota o princípio do destino para as vendas interestaduais e, especialmente, estabelece uma alíquota única e acaba com o conjunto atual das isenções.

Fundamental para garantir o desenvolvimento econômico é que o sistema tributário seja informado pelo princípio da neutralidade. O artigo de Murilo Resio, escrito a partir de seu trabalho de conclusão apresentado ao programa de mestrado profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), ilustra muito bem o quão longe estamos desse ideal.

De acordo com estudo da Febrafite, com base nas leis de diretrizes orçamentárias estaduais, o gasto tributário dos Estados com o ICMS teria sido de 83,1 bilhões no exercício de 2018. Esses números são estimados e não incluem muitos dos benefícios hoje concedidos, por exemplo, por meio de regimes especiais.

O trabalho de Murilo trata de um tipo de benefício que passa despercebido mesmo dos advogados especializados, tal é a complexidade da legislação brasileira e, em especial, da legislação do ICMS: a tributação diferenciada para massas alimentícias e biscoitos estabelecida pelo estado do Ceará.

Como ele escreve: “O estado do Ceará, ao regulamentar os Protocolos ICMS 46/2000, 50/2005 e 53/2017, inovou e criou uma figura *sui generis* da ‘indústria com produção integrada ou de mesmo grupo empresarial’”. Os grupos empresariais em que a moagem de trigo e a fabricação de biscoitos, massas e demais derivados for realizada por pessoa jurídica detentora do mesmo CNPJ básico receberam da legislação um tratamento totalmente diferenciado.

Ora, se a concessão de benefícios é a regra do jogo, fica muito mais fácil lutar por algum tipo de isenção ou de regime especial do que atuar de forma mais eficiente. As situações excepcionais se multiplicam e o resultado é a proliferação

de alíquotas e tratamentos diferenciados do que decorre a complexidade e a falta de transparência que são a regra em nossa tributação sobre o consumo.

Em termos de justiça, o problema é que o tratamento diferenciado de forma geral interfere na igualdade da tributação entre os diferentes setores e mesmo no âmbito de um mesmo setor. E, além disso, reduz o volume de recursos arrecadados que poderiam ser redistribuídos via serviços públicos.

Lutar contra esses privilégios, no entanto, não é tarefa fácil. Em seu trabalho de conclusão, Murilo demonstrou detidamente, em números reais, o tamanho das distorções causadas pela criação do benefício para as empresas concorrentes e a dificuldade dessas empresas em fazer uso dos instrumentos oferecidos pelo nosso ordenamento jurídico para equacionar a situação de desvantagem.

Diante disso, o trabalho propõe a regulamentação do art. 146-A da Constituição Federal como forma de melhor equacionar o problema e garantir efetivamente maior neutralidade na tributação.

O trabalho foi submetido a uma banca qualificadíssima. Seus integrantes, os professores Roberto Pfeiffer, Oswaldo Santos Carvalho e Flávio Rubinstein, além de mim, reconheceram toda sua qualidade e, de forma unânime, indicaram-no à premiação.

Para quem pensa em reformar o sistema tributário, uma etapa necessária é o diagnóstico dos problemas. Quanto melhor for o diagnóstico e melhor for compreendida a complexidade dos nossos problemas atuais, tanto melhor poderá ser a qualidade da reforma. A leitura do texto de Murilo é um ótimo exercício para quem quer entender algumas das distorções da tributação do consumo no Brasil de hoje e o quanto elas podem prejudicar o ambiente dos negócios e o desenvolvimento de nossa economia.

Leonel Cesarino Pessôa

13

ELEVANDO A COMPETITIVIDADE BRASIL ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO DO ART. 146-A DA CF/1988

Murilo Rêzio de Castro

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui um sistema tributário complexo, oneroso para as empresas e que distorce os preços relativos dos bens e serviços.

A tributação sobre o consumo é uma relevante fonte de arrecadação, tem como principal problema a cumulatividade na cadeia e é permissiva à assimetria concorrencial entre empresas semelhantes.

Segundo pesquisa estatística publicada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em outubro de 2019,¹ o “Brasil ocupa a 15ª posição, entre 18 países, no fator determinante da competitividade Peso dos tributos”, além de ocupar a última posição no “total de impostos e contribuições recolhidos” em relação percentual do lucro das empresas.

¹ Competitividade em foco: Peso dos tributos – CNI, ano 1, número 4, outubro de 2019: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/competitividade-em-foco/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

Na insuficiência de medidas capazes de reduzir as desigualdades regionais por parte da União Federal (CF/1988, art. 43), os Estados Membros e o Distrito Federal passaram a implementar políticas de incentivos fiscais em matéria de ICMS concedidos unilateralmente, na maioria dos casos, como forma de ativar suas economias locais, gerar emprego e circular riqueza.

No decorrer dos anos, a legislação foi se aperfeiçoando e estabeleceu os critérios legais para a concessão de incentivos fiscais, como exemplo a regulamentação do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF/1988, com a publicação da Lei Complementar nº 160/2017 (“LC 160/2017”) e do Convênio CONFAZ ICMS nº 190/2017 (os “Critérios Legais”).

Também foram estabelecidos critérios financeiros para o controle da concessão de incentivos fiscais, como exemplo o art. 14, da Lei Complementar nº 101/2000 (“LC 101/2000”) – os “Critérios Financeiros”.

Inobstante este avanço, é possível deparar-se com incentivos fiscais em matéria de ICMS que, mesmo observando os Critérios Legais e os Critérios Financeiros, paradoxalmente geraram um efeito maléfico ao desenvolvimento econômico e ao mercado local.

O desafio está em encontrar o ponto de equilíbrio entre a redução tributária e o maior custo produtivo e logístico, de forma que a união desses dois fatores gere uma neutralidade econômica suficiente e na exata medida para deixar o mercado mais competitivo.

Encontra-se, com certa facilidade, benesses fiscais camufladas nas diversas sistemáticas tributárias que passam despercebidas do contribuinte. Um bom exemplo é o caso da tributação diferenciada para massas alimentícias e biscoitos estabelecida pelo Estado do Ceará. Muito embora esteja estruturada como substituição tributária, na prática, tratou-se de verdadeiro benefício fiscal.²

Ao privilegiar um tipo específico empresarial em detrimento de seus concorrentes em situações semelhantes de competitividade, gerou uma assimetria concorrencial tributária entre seus competidores localizados na mesma região Nordeste, e até dentro do próprio estado do Ceará.

Neste estudo, utiliza-se dos aprendizados desse caso prático do Ceará para demonstrar como a correta regulamentação do art. 146-A da Constituição Federal (CF/1988) pode elevar a competitividade das empresas, proteger a livre concorrência e fortalecer a economia local e nacional.

² Os detalhes dessa tributação diferenciada podem ser obtidos no trabalho: CASTRO, Murilo Rêzio de. *Desequilíbrio concorrencial tributário: análise da legislação de ICMS do Ceará nas operações com biscoitos e massas alimentícias* – 2019. Orientador: Leonel Cesarino Pessoa. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

2. COMO O CASO DA TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA DE ICMS DO CEARÁ EXCLUSIVA PARA A IPIGE AFETA A LIVRE CONCORRÊNCIA COM A REDUÇÃO DA COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS

Os estados da região Nordeste firmaram entre si dois Protocolos de ICMS com o objetivo de estabelecer uma regra de substituição tributária para os produtos da cadeia do trigo.

Enquanto o Protocolo ICMS nº 46/2000 estabeleceu as regras de harmonização da substituição tributária do trigo em grão e da farinha de trigo, o Protocolo ICMS 53/2017 (anteriormente o Protocolo ICMS 50/2005) estabeleceu as regras de harmonização da substituição tributária dos derivados da farinha de trigo, como os biscoitos e as massas alimentícias.

Pelas regras estabelecidas nos Protocolos referenciados, as indústrias sediadas na região Nordeste (estados signatários) e produtoras dos derivados da farinha de trigo, como os biscoitos e massas alimentícias, que venderem seus produtos em território cearense, deverão aplicar uma margem de valor agregado (MVA) sobre o preço de venda de tais produtos, ou pelo preço pautado por Ato COTEPE/ICMS, o que for maior.

Para os produtos de origem dos estados signatários, o percentual da MVA para massas alimentícias, massas instantâneas e pães é de 20%, e o percentual da MVA dos biscoitos e demais derivados da farinha é de 30%. Para os produtos de origem dos estados não signatários, seguem os percentuais de 35% e 45% (respectivamente).

O estado do Ceará, ao regulamentar os Protocolos ICMS 46/2000, 50/2005 e 53/2017, inovou e criou uma figura *sui generis* da “indústria com produção integrada ou de mesmo grupo empresarial”, que denominaremos de “IPIGE” para simplificar sua referência ao longo deste estudo, por meio dos Decretos Estaduais CE nº 28.067/2005 e 31.109/2013.

Para a IPIGE, não vale a regra dos Protocolos ICMS 50/2005 e 53/2017 aplicada a todas as suas concorrentes, isto é, a aplicação da MVA de 20%, 30%, 35% ou 45% sobre o preço de venda ou pautado por Ato COTEPE/ICMS, conforme o caso.

Os biscoitos e as massas alimentícias fabricados e vendidos pela IPIGE no mercado cearense serão tributados com uma alíquota de 1% sobre o preço do custo do trigo em grão, que é insumo da farinha de trigo, que por sua vez é insumo dos produtos da IPIGE.

Pela regra dos Decretos referenciados, a IPIGE foi agraciada com um duplo benefício: (i) redução significativa da base de cálculo (custo do trigo em grão, ao

invés do preço de venda da massa ou do biscoito); e, (ii) uma alíquota muito menor (1%, ao invés de 20%, 30%, 35% ou 45% de seus concorrentes, conforme o caso).

Para melhor visualizar as diferenças das cargas tributárias, segue quadro abaixo comparando a tributação dos produtos da IPIGE com as indústrias nordestinas, que são suas concorrentes pelo mesmo mercado cearense.

2.1 Carga tributária efetiva: tributação diferenciada IPIGE vs Indústria Nordestina (R\$/ton)

	IPIGE		IND. NORDESTINA		
Produto	Valor ICMS total	Carga tributária efetiva	Valor ICMS total	Carga tributária efetiva	Diferença
Biscoitos	R\$ 307,27	4,0%	R\$ 1.473,65	15,3%	11,3 p.p.
Massas	R\$ 460,59	8,8%	R\$ 1.146,55	18,2%	9,4 p.p.

Fonte: Elaboração do autor.

Vale observar que, para encontrar a carga tributária efetiva dos produtos da IPIGE e de suas concorrentes nordestinas, foram considerados: (i) o preço médio da tonelada de trigo em grão de R\$ 818,00 (oitocentos e dezoito reais), conforme divulgado pela ABITRIGO;³ (ii) a taxa de extração estabelecida de 75% (1 tonelada de trigo em grão produz 750Kg de farinha de trigo);⁴ (iii) a densidade de 103%⁵ de farinha de trigo utilizada para a produção de massa alimentícia, nos termos estabelecidos pela Instrução Normativa do Ceará nº 03/2006; e, (iv) os critérios estabelecidos pelos Decretos do Ceará e dos Protocolos ICMS 46/2000 e 53/2017.⁶

Supondo que as indústrias A e B fabricam biscoitos e massas alimentícias com os mesmos custos de produção, a Indústria A está localizada no Estado do Ceará e a Indústria B localizada em outro Estado signatário do Protocolo ICMS

³ Disponível em: http://www.abitrigo.com.br/associados/arquivos/02.trigo_anual.pdf. Acesso em: 4 mar. 2019.

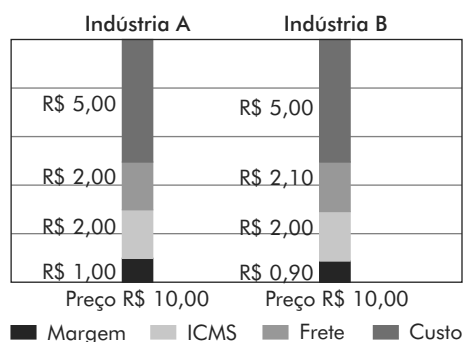
⁴ Cláusula Quarta, §6º, do Protocolo ICMS nº 46/00.

⁵ Disponível em: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20060125/do20060125p02.pdf#page=31>. Acesso em: 4 mar. 2019.

⁶ Os cálculos detalhados do ICMS podem ser extraídos no trabalho: CASTRO, Murilo Rêzio de. *Desequilíbrio concorrencial tributário: análise da legislação de ICMS do Ceará nas operações com biscoitos e massas alimentícias* – 2019. Orientador: Leonel Cesarino Pessôa. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

53/2017 e, portanto, com um custo adicional de frete. Vamos considerar que ambas tenham lucratividade na comercialização de seus produtos no mercado cearense e, hipoteticamente, ambas estão sujeitas à mesma alíquota de ICMS, para adotar o preço hipotético de R\$ 10,00.

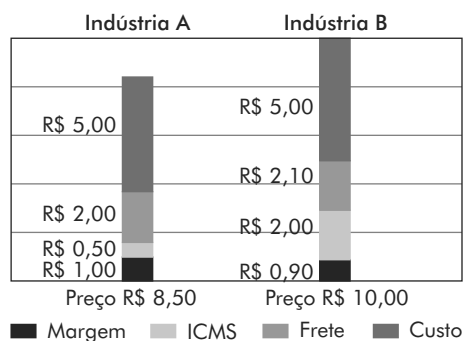
2.2 Indústrias A e B com custos semelhantes e mesma sistemática tributária



Fonte: Elaboração própria.

Sendo a Indústria A uma IPIGE, vejamos os impactos concorrenciais proporcionados pela tributação diferenciada do Ceará:

2.3 Indústrias A e B com custos semelhantes e sistemática tributária diferentes – Indústria A reduzindo seus preços

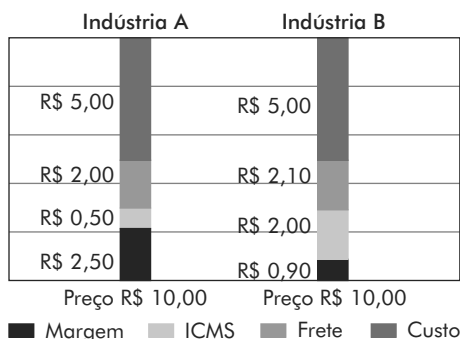


Fonte: Elaboração própria.

Comparando os gráficos 2.(b) e 2.(c), podemos visualizar uma sensível redução do ICMS de R\$ 2,00 (dois reais) para R\$ 0,50 (cinquenta centavos de real). Esse tratamento diferenciado alterou a estruturação de preços dos produtos concorrentes, fazendo com que a Indústria B (nordestina) perdesse competitividade no mercado cearense a ponto de que mesmo se zerasse a sua margem de lucro, não conseguirá praticar os preços viabilizados para a IPIGE, que teve uma redução no preço na ordem de 15%, mantendo a margem de lucro inicial.

Na hipótese de a IPIGE decidir manter o preço inicial de R\$ 10,00, vejamos o que ocorrerá com sua margem de lucro:

2.4 Gráfico – Indústrias A e B com custos semelhantes e sistemática tributária diferentes – Indústria A aumentando sua margem



Fonte: Elaboração própria.

A margem inicial que era de R\$ 1,00 (um real), passa para R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos). Isto é, a tributação diferenciada exclusiva para a IPIGE lhe permite, sem qualquer esforço ou eficiência, aumentar em 250% sua margem de lucro.

Essa redução da carga tributária em 9,4 p.p. para massas e em 11,3 p.p. para biscoitos, em comparação com as demais indústrias concorrentes localizadas na mesma região Nordeste, demonstra como a tributação diferenciada da IPIGE afeta a livre concorrência ao interferir na neutralidade econômica dos tributos.

A neutralidade econômica dos tributos não significa que eles não causem impactos na economia, nem que os agentes econômicos não possam sofrer tributação diferenciada, mas, sim, uma garantia constitucional aos contribuintes que se encontrem em situações semelhantes de que não sofrerão impactos econô-

micos diferentes com políticas tributárias que privilegiem um em detrimento do outro (art. 150, II, da CF/1988).

Como leciona Luís Eduardo Schoueri,⁷ “não basta que o sistema tributário seja instrumento adequado para a arrecadação; impõe-se que sua configuração se dê de forma que não ponha em risco sua base de sustentação, qual seja, a própria economia”.

Vale conferir a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior⁸ sobre o princípio da neutralidade concorrencial:

Assim, o princípio da neutralidade concorrencial será ferido se fica demonstrado que, por força da medida normativa, as relações competitivas entre empresas concorrentes em igualdade de condições venham a ser restringidas por uma medida normativa (geral ou individual) que efetivamente crie para elas uma diferença **que passa a existir apenas em virtude da própria medida**.

A tributação diferenciada do Ceará evidencia o rompimento com a neutralidade econômica do tributo, haja vista a distorção gerada entre empresas concorrentes e localizadas na mesma região, como também rompe com a neutralidade concorrencial, ao se constatar apenas um único grupo empresarial reconhecido como IPIGE, através da Instrução Normativa nº 05/2013,⁹ da Secretaria da Fazenda de Estado do Ceará.

Para garantir a livre concorrência e elevar a competitividade, dever-se-ia promover uma integração entre neutralidade econômica dos tributos e neutralidade concorrencial, pela importância apontada por Luís Eduardo Schoueri, que em sua obra sustenta:

[...] a ponte entre os dois aspectos constitucionais examinados: a observância das regras impostas pela ordem tributária é uma das garantias para a preservação da livre concorrência, prestigiada pela ordem econômica; ao mesmo tempo, as garantias da ordem econômica favorecem o fortalecimento da economia, substrato de onde o Estado busca recursos para atingir suas finalidades.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução Econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para a sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2 – Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 142.

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Neutralidade Concorrencial do Estado e sua Implicação no Processo Judicial. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 959.

⁹ Acesso ao Diário Oficial do Estado do Ceará publicado no dia 20 fev. 2013: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20130220/do20130220p01.pdf#page=35>.

Mesmo essa tributação diferenciada exclusiva para a IPIGE descumprir diversos princípios constitucionais¹⁰ e gerar uma assimetria concorrencial lesiva à livre concorrência e ao mercado, ela poderia, em tese, ganhar ares de legalidade, caso o estado do Ceará a publicasse no CONFAZ como benefício fiscal, nos termos da LC 160/2017 e do Convênio ICMS nº 190/2017.

Isto porque, para a concessão de incentivo ou benefício fiscal, basta ter aprovação do CONFAZ (LC 24/1975 e LC 160/2017) e observar a disponibilidade orçamentária (LC 101/2000). Este último requisito pouco aplicável diante da estratégia dos estados em alegar tratar-se de arrecadação incremental – que em muitos casos é verdadeira –, isto é, decorrente da atração de novos investimentos.

Segundo o estudo “Competitividade Brasil 2019-2020” publicado pela CNI,¹¹ “o Brasil é o penúltimo colocado no ranking geral do Competitividade Brasil, entre 18 economias selecionadas”.

Uma das variáveis desse estudo da CNI que é responsável por rebaixar o Brasil no *ranking* de competitividade é justamente o “efeito distorcivo de impostos e subsídios”.

A tributação diferenciada da IPIGE permite identificar que benefícios fiscais podem ser obtidos utilizando outra roupagem que não a tradicional concessão de incentivos e, por isto, dificultar o controle de sua legalidade.

Também evidencia a distorção provocada nos preços dos produtos concorrentes fabricados na mesma região nordeste para atender o mercado cearense.

Evidencia, ainda, a necessidade de introduzir critérios econômicos-concorrenciais ao ente tributante para estabelecer quaisquer tipos de benesses fiscais, sob qualquer modalidade de sistemática tributária disponível.

3. INSTRUMENTALIZAÇÃO DISPONÍVEL AO CADE PARA COMBATER A ASSIMETRIA CONCORRENCIAL TRIBUTÁRIA

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi criado pela Lei Federal nº 12.529/2011 com objetivo de estruturar um sistema capaz de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica.

¹⁰ Em 10.04.2020 o STF julgou inconstitucional a tributação diferenciada da IPIGE, por meio da ADI 6222.

¹¹ Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/competitividade-brasil-comparacao-com-paises-selecionados/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) compõe o SBDC e tem por finalidade zelar pela livre concorrência no mercado, sendo responsável por investigar, elaborar estudos econômicos e decidir em última instância sobre matéria concorrencial.

Em sua estrutura possui: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, com função judicante; a Superintendência Geral, com a função de gestão; a Procuradoria Federal junto ao CADE, com a função de consultoria e assessoria jurídica, bem como de representação judicial e extrajudicial, além de promover a execução das decisões proferidas pelo CADE; e, o Departamento de Estudos Econômicos, com a função de elaborar os estudos e pareceres econômicos.

Analisando a Lei Federal nº 12.529/2011, em seu art. 31, verifica-se que as pessoas jurídicas de direito público, isto é, a União, os estados, o Distrito Federal e os territórios, os municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei¹² estão abrangidos nas regras da lei de defesa da concorrência referenciada.

A doutrina polariza o entendimento se o CADE tem competência para aplicar as regras de defesa da concorrência e da ordem econômica perante a pessoa jurídica de direito público.

Na dissertação de mestrado do curso de Direito da FGV DIREITO SP, o colega Rodrigo Veiga Freire e Freire¹³ traz, de forma objetiva, as discussões doutrinárias polarizadas sobre esse tema, tendo o jurista Fábio Ulhôa Coelho liderando a corrente que entende que o agente infrator é somente os particulares, seja pelo fato de o CADE não ter ascendência hierárquica sobre os estados, o Distrito Federal, os municípios e muito menos a União, da qual inclusive é subordinado, seja pelo fato de ser o empresário aquele que produz ou circula bens e serviços e, portanto, quem pode praticar conduta anticompetitiva.

Ainda segundo o colega Rodrigo Veiga Freire e Freire, a corrente contrária tem referência em João Bosco Leopoldino da Fonseca que defende “uma interpretação mais ampliativa do enunciado legal, para admitir que o Poder Público também possa ser penalizado”, complementando com a citação de Roberto

¹² Art. 41, do Código Civil Brasileiro.

¹³ FREIRE, Rodrigo Veiga Freire e. *Livre concorrência tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias* – 2017. Orientadora: Tathiane dos Santos Piscitelli. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito São Paulo da Fundação Getulio Vargas, p. 32 a 34.

Codorniz Leite Pereira,¹⁴ segundo a qual, em casos especiais, o auxílio do Poder Público a agentes econômicos resulta em desequilíbrio concorrencial.

Nesse entendimento de Roberto Codorniz Leite Pereira, a tributação diferenciada da IPIGE poderia ser submetida a julgamento do CADE. Contudo, antes, vale analisar como essa autarquia avalia sua competência nessas situações.

A Consulta nº 08700.002380/2006-35¹⁵ realizada pelas empresas Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Sony Brasil Ltda., e Semp Toshiba S.A. perante o CADE traz uma situação semelhante ao caso do Ceará, que vale analisar, por analogia, como a autarquia julgaria a tributação diferenciada da IPIGE.

Em breve resumo, as empresas alegaram que o estado do Amazonas concedeu, por meio de Lei Estadual nº 2.826/2003, um benefício fiscal adicional a empresas produtoras de televisores entrantes na Zona Franca de Manaus não extensivo aos concorrentes que lá já estavam instalados,¹⁶ no caso as próprias consulentes.

Segundo consta na Consulta, a LG teria se aproveitado do benefício fiscal adicional para empresa entrante, de forma que “o volume mínimo de 770 mil unidades frente à sua produção **atual** de 1.600.000 unidades em 2005, ofereceu-lhe um benefício, no total, de **restituição de cerca de 75% de ICMS, frente aos 50% de seus concorrentes**”.¹⁷

Adiante, as consulentes pontuam que “pode inviabilizar a competição, caso a LG venha a repassar o incentivo para os preços de seus televisores”.¹⁸

Após colacionarem os argumentos e fundamentos jurídicos, dentre eles os arts. 3º, III (redução das desigualdades regionais); 5º (isonomia); 146-A (critérios especiais para prevenir desequilíbrio concorrencial tributário); 155, § 2º, XII, “g” (acordo entre os Estados para concessão de benefícios fiscais); e, 170, IV (livre concorrência), todos da CF/1988, formalizaram sua pergunta se a conduta da LG “em tese poderia constituir infração à ordem econômica”.

¹⁴ FREIRE, Rodrigo Veiga Freire e. *Livre concorrência tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias* – 2017. Orientadora: Tathiane dos Santos Piscitelli. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito São Paulo da Fundação Getulio Vargas, p. 33.

¹⁵ Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQeeC30t23ZPn-9YDojjAUY6EMOIBlv3otLkIHISX76y. Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁶ Página 2 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

¹⁷ Página 4 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

¹⁸ Página 4 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

Nesse processo, a Procuradoria do CADE recomendou não conhecer da consulta pelo impedimento do “pronunciamento do plenário” versar “sobre ato em tese”.¹⁹

O Ministério Público Federal (MPF) manifestou seu entendimento de que não houve infração à ordem econômica pelo fato de a “LG não poder ser condenada por receber um benefício fiscal de acordo com a lei estadual.” E mais, “que o Estado do Amazonas não poderia ser condenado, posto a *“edição de lei não constitui medida capaz de ser enquadrada como possível de ser sancionada pela via da legislação de combate às infrações contra a ordem econômica.”*”²⁰

Por fim, o MPF opinou que o CADE fizesse uma recomendação ao Estado do Amazonas para que concedesse a mesma vantagem tributária da LG para as demais empresas lá sediadas.

O CADE não conheceu “por faltar os requisitos de admissibilidade”; contudo, no corpo do Voto e Decisão,²¹ trouxe elementos bastante esclarecedores de como a autarquia poderia julgar o caso da tributação diferenciada da IPIGE, senão vejamos:

Neste sentido, sobre a questão de incentivos fiscais, o CADE já se pronunciou, na Consulta 38/1999, relativa à Guerra Fiscal, no sentido de que é possível, de forma hipotética, que determinadas isenções tributárias distorçam, em algumas situações, o ambiente concorrencial. Por outro lado, resta difícil determinar (1) se houve tratamento desigual; e (2) se este tratamento desigual afronta os princípios relativos à defesa da concorrência.

[...]

Aliás, a partir da interpretação das normas concorrenciais e do princípio da isonomia tributária, não é possível afirmar que se deva tratar a todos igualmente, em especial no que se refere a isenções tributárias. Sobre este aspecto, por exemplo, é relevante a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior no sentido que *“...a instituição de incentivos fiscais que tenha como finalidade corrigir desigualdades regionais ou estimular determinados setores da economia em desvantagem em relação a outros não é ofensiva à igualdade, uma vez que são tratadas desigualmente situações desiguais”*. Tais incentivos fiscais pelo contrário, *“pressupõem alguma desigualdade, e apenas a existência dessa desigualdade é que os justifica, pois, se desigualdade não houvesse, haveria ofensa ao princípio da isonomia”*.

¹⁹ Página 228 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

²⁰ Páginas 228 e 229 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

²¹ Páginas 232 e 233 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

Por essa razão, não basta defender a jurisdição do CADE para analisar e intervir sobre os efeitos anticoncorrenciais gerados por normas tributárias criadas pelas pessoas jurídicas de direito público, é preciso instrumentalizar legalmente quais são os parâmetros concorrenciais que devem ser observados quando da concessão de qualquer benesse fiscal.

Essa instrumentalização, com os critérios econômicos-concorrenciais a serem observados pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, pode vir através de lei complementar nacional regulamentadora do art. 146-A da CF/1988.

Voltando à decisão do CADE, sobre a consulta da LG, importante transcrever mais uma parte que ajudará na avaliação de qual seria o posicionamento no caso de submissão a julgamento da tributação diferenciada exclusiva para a IPIGE:²²

De qualquer forma, independentemente de qualquer análise concorrencial, a questão posta é de cunho eminentemente tributário, sendo melhor endereçada a questão a outros foros que não a autoridade de defesa da concorrência. No presente caso, o judiciário, por exemplo, poderá afirmar, com mais propriedade, se o regime de tributação mencionado está ou não enquadrado na vedação prevista no art. 150, II, da Constituição Federal, que proíbe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

“instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”

Ora, as partes necessitam provar que estão em situação equivalente com a LG e que não existe circunstância excepcional que permita ao Estado do Amazonas realizar sua política tributária diferenciada. Sendo esta análise feita no judiciário, o julgamento garantirá o contraditório e a ampla defesa ao estado do Amazonas. Por isto, levando em consideração a competência específica de outras esferas da administração pública para resolver este problema tributário, não haverá qualquer prejuízo às partes pelo não pronunciamento do CADE neste aspecto (que, aliás, como já foi mencionado anteriormente, está impossibilitado de se pronunciar em se de consulta sobre suposta prática em andamento de terceiros).

Analisando o posicionamento do MPF e do CADE no caso da LG, absorve-se, por analogia, que, se a tributação diferenciada da IPIGE fosse submetida

²² Página 234 da Consulta nº 08700.002380/2006-35 – CADE.

ao CADE, provavelmente o MPF opinaria que o estado do Ceará não poderia ser condenado porque o Decreto Estadual “não constitui medida capaz de ser enquadrada como passível de ser sancionada pela via da legislação de combate às infrações contra a ordem econômica”.

O CADE provavelmente se posicionaria no sentido de não ser possível saber se a concessão de um benefício fiscal exclusivo para uma indústria integrada ou de grupo empresarial, não extensivo às demais indústrias concorrentes que não seja integrada ou que não seja do mesmo grupo empresarial, ofenderia a legislação tributária e traria um desequilíbrio concorrencial ilegal, pelo simples fato de inexistirem parâmetros e critérios legais para definir a regra econômica concorrencial para conceder incentivo e benefício fiscal, bem como pelo fato de ser esperado que um incentivo ou benefício fiscal tenha um desequilíbrio entre outros concorrentes do mercado.

Provavelmente, o CADE também se posicionaria no sentido de não ter competência para avaliar se a tributação diferenciada exclusiva para a IPIGE foi constituída de forma ilegal ou inconstitucional, recomendando que o caso seja levado ao Poder Judiciário, preservando o direito do contraditório e da ampla defesa, para que haja uma decisão sobre o caso.

Outrossim, em que pesem os argumentos colacionados pelo colega Rodrigo Veiga Freire e Freire, inclusive da doutrina de peso mencionada em seu trabalho, sobre a competência do CADE para aplicar a lei de defesa da concorrência perante a pessoa jurídica de direito público, com o devido respeito, entendemos que a pessoa jurídica de direito público mencionada no art. 31, da Lei nº 12.529/2011 é aquela no exercício de uma atividade empresarial.

Assim, a pessoa jurídica de direito público na função de ente tributante não está abrangida pela lei concorrencial, porque muito embora o tributo exerça impacto econômico e concorrencial, a CF/1988 atribuiu competências e regras específicas para a sua instituição.

Isso não significa que o CADE não teria competência para imputar o cometimento de infração à ordem econômica aos agentes econômicos que praticassem concorrência abusiva ou predatória decorrente do favorecimento de uma tributação diferenciada. O caso da LG também evidencia isso, senão a Consulta teria sido arquivada imediatamente.

No corpo da resposta à Consulta do caso LG, percebemos que o relator busca encontrar formas para verificar se a LG, e não o estado do Amazonas, estaria cometendo alguma infração à ordem econômica.

Observa-se que o CADE reconhece que poderia converter a Consulta em Processo de Investigação, caso detectasse algum elemento de suspeita de que a LG estaria cometendo alguma infração concorrencial, contudo, concluiu pelo encerramento “por faltar os requisitos de admissibilidade”.

O §4º, do art. 173, da CF/1988 determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O art. 36, IV, da Lei nº 12.259/2011 estabeleceu infração à ordem econômica o exercício de sua posição dominante de forma abusiva. O § 2º do mesmo artigo cuidou de definir posição dominante quando “uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante”.

A tributação diferenciada permite à IPIGE alterar, unilateralmente, as condições do mercado de toda a cadeia do trigo no Estado do Ceará, na medida em que, exercendo a atividade integrada e tendo carga efetiva de ICMS praticamente zero para produtos de maior valor agregado, como biscoitos e massas alimentícias, ela poderia subsidiar o benefício auferido nas categorias de maior valor agregado para reduzir significativamente os preços das farinhas de trigo, de forma que os demais Moinhos de trigo não consigam competir (anticoncorrência vertical), bem como praticar preços nos biscoitos e massas alimentícias, que os concorrentes não consigam acompanhar e decidam deixar de atuar no mercado cearense (anticoncorrência horizontal).

Seria possível à IPIGE, ainda, acumular lucros exorbitantes e adotar uma estratégia de consolidação do mercado regional por meio de aquisição de seus concorrentes que não tenham a mesma benesse tributária e, consequentemente, com lucros muito mais modestos que a IPIGE, ainda que tenha uma maior eficiência operacional, diante da diferença de carga tributária.

Caberia ao CADE, com fulcro nos dispositivos do art. 173, IV, da CF/1988, combinado com o art. 36, IV, e §2º, da Lei nº 12.529/2011, investigar se a IPIGE, aproveitando da vantagem tributária que lhe foi conferida pelo Decreto Estadual/CE nº 31.109/2013, estaria ou não adotando algum abuso concorrencial decorrente de seu poder econômico.

Portanto, avaliando o instrumental disponível e o comportamento do CADE em casos semelhantes ao do Ceará, reforça a necessidade de introduzir os critérios econômicos-concorrenciais para a concessão de benesses fiscais, para que o CADE, o CONFAZ e o Poder Judiciário possam ter recursos objetivos para agir com mais eficiência, em proteção do mercado concorrencial.

4. CRITÉRIOS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO PARA PREVENIR DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA

O Congresso Nacional alterou a CF/1988, por meio da Emenda Constitucional nº 42/2003,²³ incorporando o dispositivo do art. 146-A, que estabelece o seguinte:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

No ano de 2017, a senadora Ana Amélia (PP-RS) apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 284, que pretende regulamentar o art. 146-A da CF/1988,²⁴ o qual está em plena tramitação no Senado Federal, inclusive com parecer favorável da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), de relatoria do Senador Ricardo Ferraço.²⁵

O PLS nº 284/2017 busca regulamentar o art. 146-A da CF/1988 partindo da premissa do desequilíbrio concorrencial tributário provocado pelo contribuinte, não abrangendo aquele provocado pelo ente tributante, ainda que decorrente de legislação tributária com função extrafiscal.

O objetivo principal do projeto em referência é criar uma espécie de regime especial de tributação inibidor de práticas predatórias concorrenciais tributárias. Oportuno se mostra transcrever parte da justificativa do PLS nº 284/2017:²⁶

Ou seja, uma vez demonstrado que o mercado está sendo afetado gravemente, pode o Estado instituir sistemas especiais de fiscalização e arrecadação com o objetivo de coibir práticas abusivas de empresas que se formam

²³ José Luis Ribeiro Brazuna traz em sua obra uma riqueza de detalhes sobre os bastidores do Congresso Nacional quando da tramitação do Projeto de Emenda Constitucional que resultou na Emenda Constitucional nº 42/2003. BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição – Série Doutrina Tributária*, v. II – São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 55 a 59.

²⁴ O acompanhamento da PLS nº 284/2017 está disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130467>. Acesso em: 23 mar. 2019.

²⁵ O Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, de relatoria do Senador Ricardo Ferraço, referente ao PLS nº 284/2017, está disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7746959&ts=1553281912874&disposition=inline>. Acesso em: 23 mar. 2019.

²⁶ O texto inicial do PLS nº 284/2017 com sua justificativa está disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7110996&ts=1553281912798&disposition=inline>. A parte transcrita se encontra na página 7. Acesso em: 23 mar. 2019.

com a única finalidade de não pagar tributos, no todo ou em parte, e com isso, obter vantagem concorrencial. Se assim ocorrer não se estará em face de exceção ao disposto nas súmulas comentadas e sim diante de sua inaplicabilidade ao caso, pois de sanção fiscal não se tratará.

Para não restar dúvidas quanto a esse objetivo do PLS nº 284/2017, veja os argumentos trazidos no Parecer da CAE, de relatoria do Senador Ricardo Ferraço:²⁷

Portanto, a premissa utilizada na elaboração do PLS nº 284, de 2017 – Complementar, no sentido de que o seu objeto deva ser a criação de instrumentos que permitam neutralizar práticas tributárias engendradas pelos contribuintes, dos quais possam resultar desequilíbrios concorrenciais, parece ser a única compatível com a letra e o espírito do art. 146-A da CF.

É fato que as práticas de sonegação tributária, inadimplência reiterada de tributos e a utilização de estratégias legais para não recolher tributos causam um desequilíbrio concorrencial e um ataque à livre concorrência e, portanto, merecem ser combatidos.

Contudo, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios já possuem instrumental legal farto que lhes permitem monitorar, acompanhar, inibir, coibir, cobrar e executar, inclusive por meio de fiscalização especial e diferenciada, caso o contribuinte pratique atos ilegais com o objetivo de não recolher ou reduzir o recolhimento de tributos.

O mercado precisa de proteção contra os ataques à livre concorrência. Independentemente se o ataque venha pelo ente tributante ou pelo contribuinte.

Entendemos ser mais razoável a interpretação do art. 146-A da CF/1988 no sentido de buscar-se, por meio da lei complementar nacional, critérios especiais como parâmetros do exercício da função extrafiscal de equilíbrio concorrencial tributário, para que o ente tributante possa exercer sua competência quando da instituição de tributos, suas espécies, alíquotas, base de cálculos, substituição tributária, controle fiscal e concessão de benesses fiscais.

E o que vem a ser esses “critérios especiais” mencionados pelo art. 146-A da CF88? José Luis Ribeiro Brazuna²⁸ sustenta em sua obra que:

²⁷ O texto transcrito se encontra nas páginas 7 e 8 do Parecer da CAE, de relatoria do senador Ricardo Ferraço, disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7746959&ts=1553281912874&disposition=inline>. Acesso em: 23 mar. 2019.

²⁸ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição – Série Doutrina Tributária, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 134.

Ao falar na utilização de **critérios especiais de tributação**, o Constituinte Derivado parece ter autorizado o legislador infraconstitucional a, em face dos critérios normalmente utilizados no ato de tributar (isto é, de instituir a imposição do tributo), tornar alguns deles diferenciados, criando normas especiais de incidência capazes de induzir comportamentos por parte dos agentes econômicos, com o objetivo de prevenir desequilíbrios na concorrência.

Dentre os elementos da norma de incidência, poderão ser utilizados aqueles que se prestem à instituição de normas tributárias indutoras, ou seja, aqueles que se prestem à discriminação de situações (critérios material, temporal e espacial) ou de sujeitos passivos (critério subjetivo), que ficarão submetidos a uma tributação especial, mais ou menos gravosa do que a imposta aos demais, instituída mediante o aumento ou a diminuição das variáveis quantitativas (base de cálculo e alíquota) da norma de incidência tributária.

Mais adiante, José Luis Ribeiro Brazuna²⁹ conclui:

Parece-nos correto concluir, consequentemente, que o art. 146-A veicula, de forma explícita, uma norma de competência que autoriza o legislador infraconstitucional a manipular os critérios da norma de incidência tributária com o objetivo de, criando regimes mais ou menos gravosos de tributação, gerar efeitos indutores de comportamento dos agentes econômicos, com o objetivo de prevenir desequilíbrios concorrências que possam vir a ser provocados tanto por falhas de estruturas, quanto pela deslealdade de comportamentos.

Essa visão, muito embora esteja focada na regulação do comportamento do contribuinte, traz elementos importantes a serem considerados como norteadores dos atos dos entes tributantes.

Esses critérios especiais indutores de comportamento e de controle da função extrafiscal mencionados também serviriam de base para que outros órgãos da administração pública, como o CADE, o CONFAZ e até o Poder Judiciário, possam utilizar como critério para a sua adequada intervenção e decisão.

José Luis Ribeiro Brazuna entende que a natureza do art. 146-A não seria de definir normas gerais,³⁰ mas instituir diretamente os critérios especiais de tributação. Muito embora seu levantamento histórico da aplicação constitucional seja persuasivo, na prática haveria uma confusão generalizada,³¹ provo-

²⁹ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição – Série Doutrina Tributária, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 140.

³⁰ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição – Série Doutrina Tributária, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128.

³¹ SOUZA, Hamilton Dias de. Em defesa da boa concorrência. *Revista ETCO*, n. 3, Ano 2, agos. 2005, p. 38 e 39: “De fato, se cada Estado ou Município, tendo em vista interesses dos que atuam

cando mais insegurança jurídica, caso cada um dos estados, dos municípios e do Distrito Federal editassem unilateralmente seus próprios critérios especiais sem um alinhamento norteador com parâmetros comuns.

Haveria uma nova forma de “guerra fiscal”, isto é, a “guerra dos critérios especiais de tributação diferenciada”.

Faz mais sentido a lei complementar, em nível nacional, estabelecer as normas gerais norteadoras a serem observadas quando do estabelecimento de critérios especiais de tributação, por meio de lei e harmonicamente entre os entes tributantes.

Corroborando com o entendimento de que o ente tributante também precisa ser controlado para não desorganizar a economia sob o pretexto de reduzir sua condição de desigualdade econômica, vale transcrever parte da justificativa do próprio PLS nº 284/2017:³²

Esse quadro de anomia é preocupante, pois impostos como o ICMS e o ISS são incluídos diretamente no preço de mercadorias e serviços, de modo que sua eventual redução por parte de um competidor pode ter efeitos concorrenciais perversos e desorganizar o mercado.

Os preços são afetados tanto pela prática perversa de um competidor que infringe a lei tributária quanto pelo favorecimento decorrente de edição de legislação abusiva por parte do ente tributante. A tributação diferenciada da IPIGE evidenciou bem essa situação.

Até para buscar um equilíbrio econômico e instituir normas indutoras capazes de reduzir as desigualdades regionais é preciso cuidado para não ultrapassar a linha divisória entre a medida saudável para ativação de sua econômica e o fomento do monopólio e do atentado ao “patrimônio-mercado”³³ que deve ser protegido.

em seus territórios, tivesse competência para criar tributação diferenciada para determinados setores, a discriminação de renda tributária e as normas gerais que lhe dão consistência poderiam ser seriamente afetadas. Imaginem-se, a propósito, regimes especiais em matéria de ISS ou até de ICMS introduzidos pelas legislações locais sob a alegação de evitar problemas concorrenciais. Isso inviabilizaria o trato uniforme dessas questões no território nacional, prejudicando a lógica interna do sistema e possibilitando o surgimento de inúmeros conflitos federativos, sobretudo quando as operações realizadas repercutem em mais de um território”.

³² Esse trecho transcrito da Justificativa do PLS nº 284/2017 encontra-se na página 8 disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7110996&ts=1553281912798&disposition=inline>. Acesso em: 23 mar. 2019.

³³ Luís Eduardo Schoueri, citando Celso Ribeiro Bastos e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução Econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para a sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). *Prin-*

A tributação diferenciada exclusiva para a IPIGE gera uma significativa desoneração de ICMS para apenas um único tipo de competidor, deixando de fora as indústrias localizadas nos Estados do nordeste (signatários dos Protocolos ICMS 46/2000, 50/2005 e 53/2017), as quais possuem situações semelhantes.

Se houvesse normas gerais com critérios econômicos-concorrenciais norteadores da ação do ente tributante, regulando o art. 146-A da CF/1988, provavelmente a tributação diferenciada da IPIGE não existiria e, se ainda assim existisse, simplificaria a demonstração, por parte da empresa prejudicada, da ofensa ao princípio da livre concorrência, facilitando a atuação tanto do CADE, quanto do CONFAZ, ou até do Poder Judiciário.

Apesar de arquivado em decorrência do final da legislatura, o PLS nº 161/2013, de relatoria do Senador Delcídio do Amaral (PT/MS), também buscava a regulamentação do art. 146-A da CF/1988.³⁴

O PLS nº 161/2013 buscava estabelecer que os órgãos integrantes do SBDC que identificassem situações de desequilíbrios concorrenciais tributários, tivessem competência para apresentar representação perante órgãos da administração pública competentes para proceder aos ajustes necessários ao reequilíbrio concorrencial, senão vejamos seu art. 7º:

Art. 7º. Os órgãos integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência que identificarem situações que possam configurar, nos termos desta Lei Complementar, desequilíbrios concorrenciais tributários, enviarão representação ao órgão da administração tributária do ente federativo competente, para adoção das providências cabíveis.

Parágrafo único. Sem prejuízo da adoção dos critérios especiais de tributação previstos nesta Lei Complementar, os atos que se enquadrem no art. 2º, II, poderão ser examinados pelos órgãos referidos no caput para efeitos de repressão ao abuso de poder econômico.

Esse projeto define desequilíbrio concorrencial tributário como (inciso II, do art. 2º):

II – desequilíbrio concorrencial tributário: anomalia no funcionamento de mercado capaz de afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, em decorrência de atos sob qualquer forma manifestados por agente econômico, que possibilitem o não recolhimento de tributo suportado pelos demais contribuintes.

cípios e Limites da Tributação 2 – Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

³⁴ Todas as informações sobre o PLS nº 161/2013 estão disponíveis em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112549>. Acesso em: 23 mar. 2019.

Atribuir competência aos órgãos do SBDC para acionar os órgãos da administração tributária quando detectar situações de desequilíbrio concorrencial tributário é muito interessante. Contudo, restringir o conceito de desequilíbrio concorrencial tributário a ações somente do “agente econômico” é um erro gravíssimo, como vimos no estudo da tributação diferenciada da IPIGE.

Vejamos, ainda, trecho da justificativa do PLS nº 161/2013 sobre o comportamento do CADE em casos de desequilíbrio concorrencial decorrente de práticas tributárias e a análise de como solucionar a questão:

Contudo, há decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que afirmam que a análise de questões tributárias que prejudiquem a concorrência é tema de competência exclusiva das administrações tributárias. Assim, justifica-se a inclusão de dispositivo no projeto, a fim de deixar consignado que os desequilíbrios concorrenciais tributários devem ser igualmente avaliados e combatidos pelos órgãos do SBDC, no âmbito de suas competências, não sendo objeto apenas do instrumental tributário. Dessa maneira, além da possibilidade de resolver os desequilíbrios decorrentes de práticas tributárias mediante instrumentos criados pela legislação tributária (o que depende de vontade política do Legislador), poderão as empresas afetadas recorrer aos órgãos de defesa da concorrência para que sejam adotadas as providências de sua alçada no sentido de cessar os procedimentos causadores dos desvios de mercado.

A proposta acima gera uma sobreposição e um conflito de competências com os órgãos da administração tributária. Fatalmente isto provocaria maior insegurança jurídica, além de ter a constitucionalidade questionada.

Aqui nasce a necessidade de se definir expressamente o papel de cada órgão (CONFAZ e CADE) e os critérios gerais e especiais de natureza econômica-concorrencial a serem observados.

Considerando que o objetivo do art. 146-A da CF/1988 é prevenir o desequilíbrio concorrencial tributário provocado por falha estrutural na conduta do ente tributante, ou por ato de conduta desleal do contribuinte na infração à lei tributária, poder-se-ia incrementar a competência do CONFAZ com a atribuição de agir em relação à primeira hipótese, bem como instrumentalizar com os parâmetros necessários o CADE para agir em relação à segunda hipótese.

Em relação aos tributos municipais, os Tribunais de Contas dos Estados poderiam exercer a competência de avaliar a aplicação dos critérios econômicos-concorrenciais na concessão de benesses e harmonização das legislações entre os municípios de sua jurisdição.

Voltando ao regime especial de tributação buscado pelo PLS nº 284/2017, ele também tem por objetivo aplicar sanções políticas ao contribuinte sone-

gador, que aplica práticas tributárias controversas e que é inadimplente contumaz ou fraudador.

Há de se observar que, no campo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já tem consolidado o entendimento sobre aplicações de sanções políticas³⁵ com a finalidade de cobrar tributos, senão vejamos as Súmulas 70, 323 e 547:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

A aplicação de sanções políticas de forma ampla como proposta no PLS nº 284/2017 terá grandes chances de serem declaradas inconstitucionais caso seja convertida em lei.

Por esses motivos, o PLS nº 284/2017 precisa ser alterado em sua essência para introduzir as normas gerais norteadoras, que permitirão aos entes tributantes estabelecerem critérios especiais de tributação harmonicamente entre si, para prevenir o desequilíbrio concorrencial tributário e, ao mesmo tempo, implementar instrumentos que busquem a redução das desigualdades regionais, encontrando um ponto de equilíbrio entre a ativação de sua economia local e a proteção de seu mercado por meio da livre concorrência.

5. CONCLUSÃO

A pessoa jurídica de direito público, na função de ente tributante, também é passível de provocar um “efeito distorcivo” na simetria concorrencial, ainda que não intencional, e comprometer seu “patrimônio-mercado”.

³⁵ MORETI, Daniel Clayton. *Regime especial de controle e fiscalização de tributos e a livre-concorrência*. São Paulo: Noeses, 2017, p. 62 a 64: “As sanções políticas violam o devido processo legal nas suas duas vertentes: formal e substantiva. Violam o devido processo legal adjetivo na medida em que desrespeitam as garantias processuais, afastando-se da forma que deve ser observada no desenvolvimento do processo, além de violar as garantias do contraditório e a ampla defesa. [...] As sanções políticas violam também o devido processo legal substantivo, afrontando a razoabilidade nas suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), pois essas asseguram que os atos praticados pela Administração Pública devem conter, respectivamente, equilíbrio entre meios e fins, a utilização da medida menos gravosa ao administrado e que as vantagens dela oriundas se deem em maior grau do que os prejuízos decorrentes.

A tributação diferenciada exclusiva para a IPIGE estabelecida pelo estado do Ceará é um exemplo claro de benesse fiscal, travestida e bem camuflada na figura da substituição tributária, que gera distorções exageradas comprometendo a competitividade do mercado.

Essa assimetria concorrencial provoca um dano no “patrimônio-mercado”, gerando um efeito contrário ao esperado. Ao invés de equalizar os custos para atender os grandes centros, e assim ganhar competitividade, apenas acentua a desigualdade de condições competitivas entre concorrentes localizados na mesma região e, portanto, em condições e dificuldades semelhantes.

A tributação diferenciada também não foi capaz de atrair novos investimentos, pois, como vimos, apenas um grupo empresarial foi reconhecido como IPIGE pelo estado do Ceará, por meio da Instrução Normativa nº 05/2013 do Secretário de Fazenda, durante todos estes anos.

O desequilíbrio concorrencial tributário é um problema que ainda persiste, pois muito embora a Lei Complementar nº 160/2017 e o Convênio CONFAZ ICMS nº 190/2017 tenham endereçado o tema da chamada “Guerra Fiscal” entre os Estados sobre a concessão unilateral de incentivos fiscais em matéria de ICMS, faltam critérios norteadores como guia concorrencial para a instituição de políticas de estímulos fiscal e financeira.

Sabemos que a Lei Complementar nº 101/2000 estabeleceu critérios orçamentários-financeiros para a concessão ou ampliação de incentivos de natureza tributária (art. 14).

Contudo, as Leis Complementares nºs 101/2000 e 160/2017 não são capazes de impedir que outras situações semelhantes à IPIGE ocorram, porque é possível conceder via Convênio no CONFAZ – e, portanto, válido do ponto de vista da administração tributária – incentivos fiscais que gerem assimetria concorrencial desordenada e ainda assim cumprindo a regra orçamentária.

Os princípios constitucionais da Livre Iniciativa, da Livre Concorrência e da Neutralidade Fiscal são muito genéricos para entabular o quadro legal concorrencial. Daí a importância de termos critérios norteadores para prevenir o desequilíbrio concorrencial tributário e, conseqüentemente, regulamentar o art. 146-A da CF/1988.

Indicadores como o custo logístico, índices de competitividade, índices de desenvolvimento humano, grau de evolução tecnológica e de desenvolvimento técnico comparativo entre as regiões do país devem ser considerados juntamente com as vocações locais, acesso a insumos, tecnologia, portos, aeroportos e ao mercado consumidor na avaliação micro e macroeconômica para, conjuntamente com as previsões orçamentárias e validação no CONFAZ, estabelecer-se a estratégia de crescimento e desenvolvimento local, regional e nacional, utilizando as

ferramentas de fomento e atração de investimentos de forma mais assertiva, integrada e com objetivo em comum de crescimento harmônico do país.

Adicionalmente, aperfeiçoar a transparência das informações, o ambiente colaborativo, a segurança jurídica, a previsibilidade tributária e o ambiente de confiança mútua, além do estabelecimento de valores éticos via normas indutoras que estimulam comportamentos desejáveis e desestimulam comportamentos não desejáveis (por exemplo, cessar a edição de leis de anistias a inadimplentes se o interesse for de não estimular a inadimplência tributária), também são partes integrantes do novo *mindset* de tratar o problema da redução das desigualdades regionais sem se descuidar da proteção do mercado e da livre concorrência.

O PLS nº 284/2017 em trâmite no Congresso Nacional que pretende regulamentar o art. 146-A da CF/1988 não impedirá a existência de situações semelhantes à da IPIGE, além do fato de ser redundante em mecanismos de controle de fiscalização e cobrança que os Estados já possuem, bem como institui sanções políticas que o STF já pacificou em súmulas seu entendimento pela inconstitucionalidade.

Estamos diante de uma ótima oportunidade de mudarmos o enredo do PLS nº 284/2017 e estabelecermos os critérios concorrenciais a serem observados para a instituição de incentivos fiscais, bem como estabelecermos norma expressa para o CONFAZ, o CADE e o Poder Judiciário fundamentar suas atuações e decisões.

No mesmo PLS nº 284/2017 podemos, ainda, deixar expressa a competência do CONFAZ para atuar, fiscalizar, processar e decidir administrativamente sobre falha estrutural na conduta do ente tributante, e a competência do CADE para atuar contra ato de conduta desleal do contribuinte em matéria concorrencial tributária.

Portanto, estes ajustes causariam uma integração benéfica entre os princípios constitucionais de redução das desigualdades regionais (art. 3º, III), da Livre Iniciativa (art. 1º, IV) e da Livre Concorrência (art. 170, IV), além de trazer maior segurança jurídica aos intérpretes da lei quando de sua aplicação, elevando-se, assim, a competitividade no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição – Série Doutrina Tributária, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASTRO, Murilo Rêsis de. *Desequilíbrio concorrencial tributário: análise da legislação de ICMS do Ceará nas operações com biscoitos e massas alimentícias* – 2019. Orientador: Leonel Cesarino Pessôa. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

CASTRO, Murilo Rêzio de. Desenvolvimento Regional: políticas de estímulos fiscal e financeira – perspectivas. In: MARTINS, Ives Grandra da Silva (Coords.). *Tratado de Direito Financeiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Murilo Rêzio de. Desequilíbrio Concorrencial Tributário. In: PESSÔA, Leonel Cesarino (Org.). *Razões para a reforma tributária: distorções da tributação sobre o consumo no Brasil*. Rio de Janeiro: Synergia, 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Neutralidade Concorrencial do Estado e sua Implicação no Processo Judicial. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopolino da. *Direito Econômico*. 9. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORETI, Daniel Clayton. *Regime especial de controle e fiscalização de tributos e a livre-concorrência*. São Paulo: Noeses, 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial*. Coleção direito econômico (coordenador Fernando Herren Aguillar). São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução Econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para a sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2 – Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SOUZA, Hamilton Dias de. Em defesa da boa concorrência. *Revista ETCO*. Agosto 2005, n. 3, Ano 2.

Acesso eletrônico

ABITRIGO. Disponível em: http://www.abitrigo.com.br/associados/arquivos/02.trigo_anual.pdf.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado – PLS nº 284, de 2017 (Complementar). Senadora Ana Amélia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130467>.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado – PLS nº 161, de 2013 (Complementar). Senador Delcídio do Amaral. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112549>.

CNI. Competitividade Brasil 2019-2020. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/competitividade-brasil-comparacao-com-paises-selecionados/>.

ADERÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Vanessa Pereira Rodrigues Domene
Juliana Furtado Costa Araujo

1. INTRODUÇÃO¹

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – e, consequentemente, a valorização dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, com aplicação obrigatória pelos órgãos jurisdicionais, surge um reforço processual na busca pela racionalidade e pela eficiência do sistema jurídico. Isso se faz necessário para atingir o objetivo do CPC/2015, que visa garantir um ordenamento jurídico uniforme, íntegro, coerente e estável, reestabelecendo a segurança jurídica e a isonomia.

No âmbito das resoluções de conflitos no Poder Judiciário, a demora nas decisões dos tribunais judiciais e sua falta de previsibilidade e uniformidade são pontos críticos preocupantes em um sistema jurídico que se pretende eficiente. Diante dessas incertezas jurídicas, acreditamos que a aplicação de precedentes judiciais pelos tribunais administrativos pode minimizar o impacto desses

¹ Este artigo resume o trabalho de conclusão apresentado pela autora Vanessa Rodrigues Domene no Mestrado Profissional da FGV/Direito SP sob a orientação da professora Juliana Furtado Costa Araujo e será brevemente objeto de publicação em formato de livro pela editora Lummen Juris.

entraves em nosso sistema jurídico, contribuindo para sua maior racionalidade, uniformidade, celeridade e eficiência.

Portanto, a partir da análise dos principais aspectos que envolvem o sistema de precedentes adotado no Brasil e da função jurisdicional que exercem os tribunais administrativos tributários, busca-se no presente estudo tratar da obrigatoriedade da aplicação de precedentes no âmbito do contencioso administrativo tributário.

Além da teoria, encontra-se neste estudo a apresentação do resultado de pesquisa empírica realizada em dois grandes tribunais administrativos tributários do Brasil – CARF e TIT/SP – com vistas a demonstrar qual o real grau de aderência dos julgados administrativos em face do que fora decidido por nossos tribunais superiores.

2. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A busca pela uniformidade de um sistema jurídico é dever de todo Estado Democrático de Direito, que prima por previsibilidade, segurança jurídica e isonomia a seus cidadãos. Uniformidade não significa que o entendimento deva prevalecer eternamente, mas, ao menos a ponto de gerar estabilidade; até mesmo porque a sociedade e seus valores mudam, e como o direito age em serventia à sociedade, também há a necessidade de se adaptar a novas realidades, de forma a evitar surpresas.

A alteração de jurisprudência é salutar e benéfica em um ordenamento jurídico, desde que acompanhada de justificativa plausível, aliada às mudanças sociais e políticas ou à própria alteração da lei. Isso contribui para a evolução do direito. O que não se permite é a mudança corriqueira ou brusca de entendimento da câmara ou turma de um tribunal por mera alteração na composição de seus membros, ou, ainda, a existência de decisões conflitantes para casos semelhantes. Afinal, além de solucionar conflitos, também é papel dos tribunais superiores orientar as condutas de uma sociedade, gerando credibilidade a seus cidadãos.

Especificamente no âmbito do direito tributário, em que os temas se repetem e alcançam uma grande gama de contribuintes em situações semelhantes, é fato que a mudança repentina e despida de critérios plausíveis da jurisprudência firmada gera enorme insegurança à sociedade. Isso porque a resposta a um litígio instaurado não pode depender da “sorte” ou do “azar” na distribuição do processo, ou, da mudança da composição do órgão julgador, prestigiando-se uma “jurisprudência lotérica”. Logo, em matéria tributária, na

qual a discussão de teses jurídicas acaba por se repetir, torna-se plenamente viável a implementação de um sistema de precedentes que possa desafogar o Poder Judiciário.

Não só no âmbito do Poder Judiciário, mas também nos âmbitos federal, estadual e municipal, a postura adotada pelas administrações públicas deve ser guiada pela eficiência, como forma de dar segurança jurídica à sociedade. Essa mesma eficiência deve ser aplicada no âmbito dos tribunais administrativos tributários, onde se iniciam muitas das demandas tributárias.

William Pugliese, em referência a Evan Caminker,² defende a uniformidade nas decisões do Poder Judiciário como forma de beneficiar a própria administração pública: “Sem coerência e previsibilidade, a administração pública não teria um planejamento eficiente”.³

Disso se extrai que os tribunais administrativos brasileiros, que sempre gozaram de extremo prestígio no âmbito do direito tributário, em razão da qualidade técnica e da rica análise probatória das operações objeto de seus julgamentos, devem primar pela eficiência e traduzir em créditos tributários definitivos apenas as matérias que sabidamente o Estado não restará vencido posteriormente.

Vale lembrar que a primeira tentativa de se uniformizar a jurisprudência surgiu em 2008 com o instituto da repercussão geral e dos recursos especial e extraordinário repetitivos no CPC/1973, insculpidos nos arts. 543-A, 543-B e 543-C,⁴ porém, sem caráter vinculativo, e não foram suficientes para diminuir as demandas, tampouco gerar a uniformidade da jurisprudência que se esperava.

Dúvidas não há acerca da importância e da necessidade de um sistema de precedentes eficiente no Brasil, para alcançar a uniformização da jurisprudência em todas as instâncias, judicial e administrativa, como um sistema único. Para tanto, o CPC/2015 aperfeiçoou o instituto de precedentes anteriormente

² CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 836, Apr. 1994.

³ PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 65. (Coleção O Novo Processo Civil, coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

⁴ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. [...] Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.”

vigente, com a criação do “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)” e atribuiu regras mais eficientes aos “recursos especial e extraordinário repetitivos”. Assim, sendo a uniformização da jurisprudência um dever atribuído pelo CPC/2015 como reforço ao texto constitucional, cabe-nos iniciar a análise pela interpretação do *caput* do art. 926.

2.1 Dever de estabilidade, integridade e coerência

O CPC/2015 tem como objetivo primordial uniformizar e estabilizar a jurisprudência, em prol da segurança jurídica e da isonomia. Disso resultou a redação do *caput* do art. 926 do CPC/2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. De rigor aprofundar tais conceitos.

A estabilidade tem como principal objetivo evitar a mudança constante de posicionamento, o que só deve acontecer em situações muito específicas, desde que devidamente motivadas por questões sociais, culturais, econômicas ou políticas da sociedade, ou, ainda, por mudança de lei, cujos efeitos são prospectivos em respeito à segurança jurídica, como bem retratado no § 4º do art. 927.⁵ Além disso, a estabilidade da jurisprudência dá maior segurança aos julgadores na aplicação aos casos concretos e fortalece a credibilidade do Poder Judiciário e da administração pública.⁶

Por outro lado, a integridade exige que a construção da jurisprudência de um tribunal remeta ao que fora decidido em precedentes anteriores, a fim de evitar distorções na compreensão do direito. O objetivo desse dever tem inspiração na obra *O império do direito*,⁷ de Ronald Dworkin, no sentido de que, para viabilizar o sistema de precedentes, a jurisprudência deve ser contínua. Isso porque, para Dworkin, os juízes não criam nem descobrem o direito, mas o interpretam, e devem partir da análise de precedentes que foram construídos no passado para serem projetados para o futuro.

⁵ Art. 927 [...] “§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

⁶ Vide Enunciados no Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “Enunciado 316: (art. 926). A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”. “Enunciado 453: (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.

⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Para Dworkin, o direito como integridade se divide em dois princípios: o *princípio da integridade na legislação* e o *princípio da integridade no julgamento*. Neste último, que é o que nos interessa, a aplicação do direito pelos juízes deve ser coerente com o que foi decidido em precedentes do passado por seus próprios tribunais e pelos tribunais superiores. Ele equipara o *princípio da integridade no julgamento* a um *romance em cadeia*, em que, para a criação de uma norma, devem-se analisar os pontos essenciais dos julgados passados e dar-lhes a melhor interpretação do significado da norma, em consonância também com princípios constitucionais, como se fosse um novo capítulo do romance.⁸ A integridade evita também decisões esparsas ou arbitrárias pelos juízes, sem qualquer vínculo ou coerência com o que fora definido anteriormente. Dworkin também entende que o juiz não está livre para a interpretação que lhe melhor convir, porém, lhe é defeso dar um novo contexto à interpretação da norma, desde que em continuidade aos precedentes judiciais anteriores e aos princípios constitucionais.

Ao lado da integridade, tem-se a coerência. Para alguns autores, como Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a integridade e a coerência têm a mesma finalidade: *consistência* na jurisprudência.⁹ Além da necessidade de coerência com os precedentes anteriores, referido valor ganha forte coro na aplicação de precedentes em causas semelhantes (mesma tese jurídica). Logo, a observância a estes três valores, *estabilidade, integridade e coerência*, leva à obtenção da uniformização da jurisprudência. E, também, a necessidade de uniformização em nosso ordenamento jurídico se justifica por três motivos fundamentais em nossa Constituição Federal: segurança jurídica, isonomia e eficiência.¹⁰

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 275-279.

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual Civil*. 13. ed. rev. atual. e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2, p. 552.

¹⁰ Conforme defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso e por Patrícia Perrone Campos Mello: “Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e predeterminado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia” (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasi-*

2.2 Princípios jurídicos norteadores do sistema de precedentes

Independentemente de qualquer tradição, se *common law* ou *civil law*, o respeito a precedente advém de ação humana, já que é uma tendência natural do ser humano ter conhecimento e analisar ações e paradigmas anteriores para identificar qual a consequência daquele comportamento adotado. Contudo, diferentemente da cultura já sedimentada no *common law*, seguir o posicionamento de um precedente no *civil law* não é algo automático e natural, sendo necessário demonstrar o porquê da necessidade de utilizá-lo em nosso ordenamento jurídico.

O respeito a um sistema de precedentes se justifica, especialmente, por dois princípios, considerados deontológicos: segurança jurídica e isonomia, que, mais do que princípios, são valores fundamentais à sociedade e essenciais à compreensão acerca da obrigatoriedade na utilização de precedentes judiciais em todos os níveis jurisdicionais.

Um Estado Democrático de Direito deve garantir a todos os cidadãos tratamento isonômico para aqueles que se encontram na mesma situação, bem como garantir uniformidade no ordenamento jurídico – que se diz uno – para que se gere estabilidade e previsibilidade como formas de orientação nas condutas da sociedade.

É basilar que todo cidadão tenha pleno conhecimento das normas. Porém, mais do que isso, deve-se ter amplo conhecimento da interpretação que lhes é dada. Para fins de concretude da segurança jurídica, não importa a norma em abstrato, mas sim a norma individual e concreta, construída por meio da interpretação judicial, pois a mera análise da norma em abstrato não é capaz de prever qual será a interpretação a lhe ser dada.

Consequentemente, chegando-se a uma única interpretação, chega-se perto do que Marinoni chamou de *ideal de previsibilidade*,¹¹ já que sempre haverá dúvida acerca da correta interpretação. O importante é dar efetividade ao sistema jurídico, permitindo que, para cada norma abstrata, seja dada uma única interpretação capaz de chegar ao conhecimento de todos e se tornar uma orientação para a sociedade.

leiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019).

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 101.

Além da segurança jurídica, o princípio da isonomia também se destaca como valor fundamental, do qual se extrai que as partes iguais devem ser tratadas de forma igual, assim como as partes desiguais devem ser tratadas de forma desigual, conforme instituído no art. 5º da Constituição Federal. Isso significa que, em um sistema jurídico que respeita precedentes, os casos idênticos serão tratados de forma idêntica, de maneira que a decisão de uma tese jurídica deva ser aplicada indiscriminadamente a todos os demais casos que tratem da mesma discussão. Ou seja, a isonomia aqui é vinculada ao processo, no sentido de que o mesmo resultado seja aplicado aos demais casos idênticos.

Assim, a decisão judicial que vira precedente tem a função de orientar as decisões posteriores em casos iguais, assumindo a condição de norma jurídica. Na verdade, criam-se duas normas jurídicas, sendo uma de caráter geral, em que se tem a tese jurídica constante da fundamentação extraída do precedente e que será aplicada aos demais casos idênticos; e a outra, de caráter individual, que é a decisão aplicada a cada caso concreto.

Ao se falar da isonomia como valor fundamental de um sistema de precedentes, está a se falar em igualdade na interpretação que foi dada a determinada norma, e não à lei propriamente dita, visto que esta pode dar brecha a diversas formas de interpretação.¹² Além disso, resultados diferentes para processos idênticos afetam também a credibilidade de todo o sistema jurídico.

A utilização do sistema de precedentes também prestigia os princípios da *celeridade processual*,¹³ do *desestímulo à litigância* e da *solução para as causas repetidas*, de grande valia especialmente na realidade brasileira, podendo, assim, ser considerados como *princípios pragmáticos*.¹⁴

A aplicação de precedentes está diretamente relacionada à solução de processos com causas repetidas, de forma que os futuros litígios acerca da mesma questão deverão seguir a tese jurídica estabelecida pelos tribunais superiores, cabendo aos demais órgãos jurisdicionais a tarefa de realizar a distinção com o caso concreto. Isso implicará não só a redução de tempo na

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

¹³ O princípio da celeridade processual, em se tratando de aplicação de precedentes, deve ser considerado em observância aos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, razão pela qual o mais correto é falar em duração razoável do processo, que significa rapidez com respeito aos princípios processuais (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 62).

¹⁴ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 61-66.

análise de processos idênticos, como também de seu trâmite processual, pois automaticamente limitará a propositura de recursos às instâncias superiores. E, ainda, com a redução de estoque dos processos, indiretamente também se atinge o tempo de julgamento das demandas distintas dos precedentes, pois sobrarão mais tempo para a dedicação a casos específicos.

3. INTERFERÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO SOB A ÓTICA DO CPC/2015

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 os tribunais administrativos passaram a ter controle jurisdicional, nos termos do art. 5º, LV.¹⁵ A partir disso, os órgãos administrativos em matéria tributária passaram a ter relevante papel no Estado Democrático de Direito para defesa e garantia de direitos fundamentais previstos no art. 5º, permitindo a todos os cidadãos o direito ao devido processo legal (inciso LIV),¹⁶ representado pela ampla defesa e pelo contraditório, a serem respeitados em todas as instâncias processuais, inclusive no âmbito administrativo.

Impera no Brasil o “princípio da universalidade absoluta da jurisdição” ou “princípio da garantia jurisdicional” ou, ainda, “sistema de jurisdição única”, em que somente os órgãos do Poder Judiciário podem apreciar, em definitivo, qualquer lesão ou ameaça a direito, ainda que oriunda de atos da administração pública.¹⁷ Isso não significa que a função de julgar seja exclusiva do Poder Judiciário, mas que apenas a definitividade é de competência judicial.

Assim é que é legítimo ao Poder Executivo criar órgãos de julgamento administrativo, que formam o contencioso administrativo tributário, para solucionar conflitos de interesse entre Estado e contribuinte em matéria tributária, com o intuito de exercer o autocontrole de seus próprios atos, antes mesmo de levar a discussão ao crivo do Poder Judiciário. Ainda, o sistema de autocontrole age em respeito ao princípio da legalidade, visando reparar equívocos ou ilegalidades, não podendo ser utilizado apenas como mero efeito corretivo. Deve sim atingir objetivos mais abrangentes, na medida em que a administração pública também está ligada ao princípio da eficiência, da legalidade e da moralidade administrativa.

¹⁵ Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁶ “Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

¹⁷ “Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Logo, podemos conceituar jurisdição como sendo o pressuposto da existência do fato jurídico conflito, manifestada pelo ato de resistência do contribuinte, que, por sua vez, dará início à relação jurídica processual, buscando a melhor solução ao conflito instaurado.¹⁸

Acrescente-se, ainda, que o Estado exerce jurisdição não apenas como função administrativa propriamente dita, mas também em sua função atípica. Isso porque o Estado, apesar de dividido em três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, com cada qual exercendo primordialmente sua função típica, ou seja, legislar, administrar e julgar, respectivamente, também exerce atos secundários – função atípica, desde que respeitadas princípios e preceitos constitucionais de um Estado de Direito.¹⁹

Portanto, seja qual linha se adotar, se função típica ou atípica, é fato que o tribunal administrativo exerce jurisdição e deve se subsumir ao que fora decidido pelos tribunais superiores. Tanto é assim que há normas brasileiras que determinam a imposição do decidido nos precedentes judiciais pela administração pública federal, para fins de constituição ou revisão do crédito tributário. Os arts. 19-A e 19-B da Lei nº 10.522/2002, incluídos pela Lei nº 13.874/2019,²⁰

¹⁸ CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 99 e 102.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 34: “Eis, pois, que, de acordo com tais formulações, tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais: de normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares, como ocorre no processo de *impeachment*), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder. À vista disto, jamais se poderia depreender, com segurança, se uma atividade é legislativa, administrativa ou jurisdicional pelo só fato de provir do corpo Legislativo, Executivo ou Judiciário, fato que compromete irremissivelmente o critério orgânico”.

²⁰ “Art. 19-A. Os Auditores-Fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil não constituirão os créditos tributários relativos aos temas de que trata o art. 19 desta Lei, observado: I – o disposto no parecer a que se refere no inciso II do *caput* do art. 19 desta Lei, que será aprovado na forma do art. 42 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, ou que terá concordância com a sua aplicação pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; II – o parecer a que se refere o inciso IV do *caput* do art. 19 desta Lei, que será aprovado na forma do disposto no art. 40 da Lei Complementar n. 73, de 1993, ou que, quando não aprovado por despacho do Presidente da República, terá concordância com a sua aplicação pelo Ministro de Estado da Economia; ou III – nas hipóteses de que tratam o inciso VI do *caput* e o § 9º do art. 19 desta Lei, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional deverá manifestar-se sobre os temas abrangidos por esses dispositivos. Art. 19-B. Os demais órgãos da administração pública que administrem créditos tributários e não tributários passíveis de inscrição e de cobrança pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional encontram-se dispensados de constituir e de promover a cobrança com fundamento nas hipóteses de dispensa de que trata o art. 19 desta Lei. Parágrafo único. A aplicação do disposto no *caput* deste artigo observará, no que couber, as disposições do art. 19-A desta Lei.”

bem retratam essa hipótese, de forma a vincular a autoridade tributária, como ali especificado, à jurisprudência pacífica do STF e do STJ e dos julgados ocorridos na sistemática de recursos repetitivos.

3.1 Aplicação supletiva e subsidiária: interpretação do art. 15 do CPC/2015

Partindo da premissa de que os tribunais administrativos possuem jurisdição, cabe agora analisar o disposto no art. 15 do CPC/2015, que tratou de forma expressa acerca de seu caráter supletivo e subsidiário nos processos administrativos.²¹ Referido dispositivo do CPC/2015 estabeleceu uma regra integrativa ao aplicador do direito, a ser utilizada quando houver omissão ou complemento nas legislações específicas.²²

Importante também conceituar “subsidiariedade” e “supletividade”, para que possamos adequá-las de forma precisa ao caso concreto. Por subsidiariedade entende-se o cumprimento de todas as regras previstas no CPC/2015 naquilo que não for disciplinado pelas legislações específicas que tratam do contencioso administrativo tributário, ou seja, quando houver omissão. Já por aplicação supletiva entende-se a utilização das regras do CPC/2015 conjuntamente com as legislações processuais administrativas, e, portanto, em caráter complementar.

No Projeto de Lei nº 8.046/2010,²³ que originou o CPC/2015, verificamos que a Emenda na Comissão n. 80 incluiu a expressão “aplicação subsidiária”, deixando claro que, de fato, houve a intenção do legislador de abarcar ambos

²¹ CPC, art. 15. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

²² FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo tributário. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 315-329. (Coleção Repercussões do novo CPC, coord. geral Freddie Didier Jr., v. 16). Destaque para a nota de rodapé que traz os ensinamentos de Humberto Ávila, para quem o artigo 15 pode ser interpretado como um postulado normativo, que, em brevíssima síntese, é norma que orienta a aplicação de outras.

²³ Emenda na Comissão – EMC 80/2011: “Com frequência, os termos “aplicação supletiva” e “aplicação subsidiária” têm sido usados como sinônimos, quando na verdade, não o são. Aplicação subsidiária significa a integração da legislação subsidiária na legislação principal, de modo a preencher os claros e as lacunas da lei principal”. Relatório do Deputado Federal – PSDB/MS, Reinaldo Azambuja. PL 8.046/2010. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973) (PL602505). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=520696>. Acesso em: 19 jun. 2019.

os institutos. Tratando-se, pois, de aplicação em casos de “omissão” e “complemento”, fica claro o alto grau de abrangência que se pretendeu com referido dispositivo legal, a fim de que as normas trazidas pelo CPC/2015 sejam aplicadas ao processo administrativo. Reforça o argumento de que o nosso sistema jurídico é um só, devendo as instâncias administrativa e judicial estar em perfeita sintonia, a ponto de chegarmos na solução das lides tributárias de forma mais célere, isonômica, previsível e estável, independentemente do órgão jurisdicional que a solucionou.

Convém destacar, por fim, a interessante interpretação feita pelos professores Paulo Cesar Conrado e Rodrigo Dalla Pria²⁴ na análise conjunta dos arts. 13 (jurisdição regida pelas normas processuais) e 15 (aplicação supletiva e subsidiária ao processo administrativo) do CPC/2015 para confirmar a função jurisdicional dos órgãos administrativos, e prestigiar a uniformização da jurisprudência, administrativa e judicial, de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente, como prevê o art. 926 do CPC/2015.

Mesmo com o entendimento de que o CPC/2015 deve ser aplicado de forma subsidiária e supletiva no processo administrativo, é importante abordar o tema sob a ótica dos contenciosos administrativos tributários, cuja legislação processual específica é restrita quanto à aplicação dos precedentes vinculantes. Isso porque algumas legislações processuais específicas em nosso ordenamento jurídico não preveem, ou limitam, as hipóteses de aplicação obrigatória de precedentes por seus tribunais administrativos, como é o caso do art. 28 da lei do contencioso administrativo tributário do estado de São Paulo – Lei nº 13.457/2009.²⁵

Pelo dispositivo, apenas a norma declarada inconstitucional pelo STF e retirada formalmente do sistema jurídico, nos termos ali previstos, será objeto de aplicação obrigatória pelos tribunais administrativos. Concordamos com referida argumentação para os demais órgãos da administração pública, que não os judicantes, na medida em que aqueles, de fato, estão vinculados às normas do Poder Executivo. Porém, há de se discordar quanto aos órgãos julgadores que exercem função jurisdicional.

²⁴ CONRADO, Paulo Cesar; PRIA, Rodrigo. Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). *O novo CPC e seu impacto no direito tributário*. São Paulo: Fiscosoft/Thomson Reuters, 2015. p. 249-250.

²⁵ “Art. 28. No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada: I – em ação direta de inconstitucionalidade; II – por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.”

O fato de o referido dispositivo legal não mencionar expressamente as hipóteses de precedentes vinculativos do CPC/2015 é irrelevante, visto que, pelo caráter supletivo e subsidiário do art. 15 do CPC, é dever dos julgadores sua aplicação. No caso da legislação paulista, entende-se pela aplicação subsidiária, porque há norma específica que delimita as hipóteses de aplicação de decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Portanto, tratando-se de norma específica parcialmente omissa, utiliza-se da orientação integrativa do art. 15 do CPC, para que os julgadores dos tribunais administrativos apliquem os precedentes do art. 927 do CPC/2015, como forma de efetuar o controle de legalidade de seus atos de exigência fiscal e dar a melhor interpretação ao caso concreto.

Exemplificamos a não aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015, por falta de previsão em legislação processual específica, no julgamento do AIIM 4.027.367-2, no âmbito do TIT, cuja decisão de recurso ordinário foi proferida pela 11ª Câmara Julgadora²⁶ e confirmada pela Câmara Superior.²⁷ A fundamentação do acórdão do TIT se baseou em dois fundamentos: (i) a Súmula do STJ não está expressamente mencionada nas hipóteses do art. 28 da lei paulista; e (ii) violação ao art. 15 do CPC/2015.

Entretanto, tais argumentos não de ser rechaçados. Os Enunciados das Súmulas do STF e do STJ são vinculantes, não só porque foram previstos no art. 927, II, do CPC, mas, principalmente, pelo papel exercido pelos tribunais superiores em nosso sistema jurídico, que visam garantir a igualdade, a coerência do direito e a segurança jurídica, como previsto no art. 926 do CPC/2015.²⁸ Logo, as antigas Súmulas do STF e STJ são vinculantes, pois representam o posicionamento firmado em decisões atuais.

²⁶ AIIM 4.027.367-2 – DRT-14-4027367-2/2013 – Recurso Ordinário. Julgado em 5 de outubro de 2016 pela 11ª Câmara Julgadora. Destaque para o trecho do acórdão da 11ª Câmara Julgadora: “[...] entendemos pela impossibilidade, no âmbito dos julgamentos realizados perante este Tribunal, da aplicação da Súmula 166 do STJ e outros precedentes que vierem a ser firmados por outras vias processuais que não aquelas previstas no art. 28 da Lei 13.457/2009, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade e decisão definitiva do STF, em controle incidental de inconstitucionalidade, desde que haja suspensão da execução do ato normativo pelo Senado Federal, ou pela Assembleia, no caso da legislação atacada ser estadual”.

²⁷ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Fazenda e Planejamento. Tribunal de Impostos e Taxas. Auto de Infração e Imposição de Multa 4.027.367-2. Disponível em: https://www.fazenda.sp.gov.br/epat/extratoprocessos/ExtratoDetalhe.aspx?num_aiim=4027367. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁸ No direito brasileiro, a súmula não teve como objetivo inicial dar coerência, previsibilidade e igualdade à ordem jurídica, mas apenas ser um facilitador na solução de questões que envolvem matérias repetidas. Tratava-se de enunciados abstratos e gerais para solução dos casos (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 309-310).

Também não podemos concordar com a suposta violação ao art. 15 do CPC/2015, pelo entendimento de que sua aplicação só se justifica nos casos de ausência de norma processual específica. Como já dito, o referido artigo tratou da “subsidiariedade” e “supletividade” para abranger os casos de “omissão” e “complemento”, respectivamente, com ampla abrangência. Além disso, o art. 15 deve ser interpretado conjuntamente com o art. 13 (jurisdição regida pelas normas processuais) do CPC/2015, como uma orientação integrativa, na medida em que os órgãos de julgamento do contencioso administrativo tributário também desempenham função jurisdicional e devem buscar a uniformização da jurisprudência, bem como mantê-la estável, íntegra e coerente, a teor do art. 926 do CPC.

Disso se conclui, portanto, que a menção isolada ao art. 28 da lei paulista não pode ser utilizada como argumento para justificar a não aplicação de precedentes firmados pelos tribunais superiores, visto que o art. 15 do CPC/2015 supre tanto a ausência quanto a eventual lacuna existente na legislação processual específica.

Já no âmbito do CARF, há expressa previsão no art. 62²⁹ do Regimento Interno (RICARF), Portaria MF nº 343 de 9/6/2015³⁰ (com alterações posteriores das Portarias 39/2016, 152/2016, 169/2016, 329/2017, 153/2018) – da aplicação obrigatória por seus conselheiros do que fora decidido pelos tribunais superiores, sob a sistemática dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 ou dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

Como se vê, o CARF trouxe para sua realidade a previsão dos novos institutos uniformizadores de jurisprudência como de observância obrigatória por seus conselheiros. Porém, a teor da legislação acima, há um outro problema. Este diz respeito quanto à utilização da expressão “reproduzidas”. Para fins de aplicação do precedente judicial em um caso concreto, deve-se analisar a íntegra da decisão, identificar os elementos fáticos, bem como sua *ratio decidendi*, para, depois, realizar a subsunção. Veja-se que “reproduzir” o precedente não traduz a necessidade de subsunção do contexto fático jurídico ao caso concreto.

²⁹ “Art. 62 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 – Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

³⁰ “Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade [...]”.

Portanto, de rigor que o CARF utilize os precedentes judiciais nos julgamentos dos processos administrativos de acordo com a *ratio decidendi* firmada, e não apenas com sua mera reprodução.

3.2 Princípios adstritos à administração pública: moralidade, boa-fé objetiva, proteção da confiança e eficiência pública

Os princípios constitucionais do art. 37³¹ da CF/1988 – legalidade,³² eficiência pública e moralidade administrativa – são adstritos à administração pública e por esta devem ser perseguidos. O prestígio e o fortalecimento dos tribunais administrativos em nosso sistema jurídico passam pela confiabilidade de seus julgamentos, nos quais os contribuintes possam sentir segurança nas decisões ali proferidas, que, por sua vez, devem refletir a jurisprudência firmada por nossos tribunais superiores.

Além do resgate da confiabilidade, intrinsecamente ligada à moralidade administrativa, a utilização de precedentes no âmbito do processo administrativo tributário também ecoa na eficiência da administração pública, na medida em que cabe a esta exercer suas funções de acordo com os interesses da sociedade, sendo-lhe desafiador concretizar o princípio da eficiência, sem desrespeitar a legalidade. Em suma, a eficiência na administração pública está relacionada à existência de uma boa administração, sendo-lhe exigido o dever de mostrar resultados efetivos aos interesses da sociedade.

No âmbito federal, a Lei nº 13.874/2019 incluiu o art. 19-C na Lei nº 10.522/2002, para prever a possibilidade de dispensa de prática de atos processuais, incluindo a desistência de recursos já interpostos, “quando o benefício patrimonial almejado com o ato não atender aos critérios de racionalidade, de economicidade e de eficiência”.

Fica evidente, portanto, que a aplicação de precedentes pelos tribunais administrativos é medida que prima pela eficiência e deve ser adotada pela administração pública, não só como autocontrole de seus atos, mas também para dar eficácia social ao crédito tributário e orientar a sociedade acerca da

³¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte [...]”.

³² O princípio da legalidade está insculpido no art. 5º, II da CF/1988, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

interpretação dada à lei pelos tribunais superiores, de modo a regular as futuras ações dos cidadãos.

Com tais iniciativas, identificam-se dois benefícios de ordem prática que, além de atingir os cidadãos, trazem resultados para a própria administração pública: (i) a orientação e a previsão de como será o julgamento de determinada matéria, no âmbito judicial ou administrativo, auxiliam no comportamento futuro dos contribuintes, de forma a diminuir os custos na fiscalização e lavratura de autos de infração; e (ii) há a redução de custos com futuras discussões no Poder Judiciário, porque o próprio precedente solucionará a lide tributária no âmbito administrativo: se favorável ao contribuinte, finda-se a discussão de forma célere; se desfavorável, permite a rápida cobrança fiscal por meio da execução do título executivo.

É de se destacar também a redução de custos da administração tributária quando se tem a diminuição das demandas no Poder Judiciário. Primeiro, porque havendo estabilidade e previsibilidade das decisões e uniformização da jurisprudência, haverá uma ponderação maior por parte dos advogados e do próprio Estado em judicializar demandas, cujo resultado negativo já é de conhecimento de todos.

Nessa linha de raciocínio, o CPC/2015 prevê um aumento de custo considerável às demandas judiciais, estimulando as partes a avaliar a real necessidade de acionamento do Judiciário,³³ com a mudança na definição dos honorários sucumbenciais ao advogado da parte vencedora.³⁴ Acrescem-se, ainda, as despesas incorridas no decorrer do processo, que também deverão ser arcadas

³³ Antes, as condenações eram irrisórias, muitas vezes em valores inferiores a 0,1% de honorários para a Fazenda Pública e eram decididas de forma subjetiva pelos magistrados. Hoje, diferentemente, há critérios objetivos para a definição dos honorários de sucumbência nos casos em que a Fazenda Pública é sucumbente

³⁴ Vejam-se as regras estipuladas no art. 85 do CPC/2015: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos”.

pela parte vencida.³⁵ Mais ainda, se for detectado pelo magistrado que se trata de cobrança fiscal indevida, podem-se estipular multas por litigância de má-fé, que variam de 1% a 10% do valor corrigido da causa, além de eventual indenização à parte tida por prejudicada.³⁶ Há também o risco de inclusão de outras despesas processuais que se mostram essenciais ao litígio, como, por exemplo, os custos com o oferecimento e a manutenção de garantia, a teor do art. 84³⁷ do CPC/2015.

Logo, a aplicação de precedentes no processo administrativo tributário impacta positivamente: (i) a economia financeira ao Estado, com a diminuição dos custos atinentes à judicialização desnecessária, que vão desde as despesas processuais, verbas sucumbenciais, até os demais riscos de multas e indenizações, a critério do magistrado; (ii) a economia processual, visto que resultará em maior celeridade no trâmite dos processos administrativos, reduzindo o custo da máquina administrativa, e, conseqüentemente, ocasionando maior eficiência e agilidade na cobrança judicial.

3.3 Dispensa de interposição de recursos judiciais pelas Procuradorias: uma questão de coerência

Outro ponto chama a atenção e reforça nosso argumento para a aplicação de precedentes no âmbito do processo administrativo: é a hipótese de dispensa de interposição de recursos judiciais pelas respectivas Procuradorias, em matérias já decididas no Judiciário.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, com respaldo no art. 26 da Resolução PGE nº 54 de 04 de julho de 1994³⁸ (com redação dada pela Resolução PGE nº 3, de 07 de janeiro de 2002), permite a dispensa de interposição

³⁵ “Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. [...] § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.”

³⁶ “Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

³⁷ “Art. 84. As despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha.”

³⁸ “Art. 26. Os casos de dispensa genérica de interposição de recursos serão autorizados pelo Procurador Geral do Estado, podendo ser consolidados em Orientações Normativas baixadas pelo Subprocurador Geral da Área do Contencioso (alterada pela Resolução PGE – 3, de 7.1.2002).” Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/contencioso/rotina.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

de recursos perante o Poder Judiciário de matérias tributárias já decididas, desde que consolidadas por meio de Orientações Normativas expedidas pela Subprocuradoria Geral do Contencioso Tributário-Fiscal.³⁹ É de se louvar essas iniciativas, porém elas se limitam ao âmbito do Poder Judiciário, o que se mostra contraditório em um sistema jurídico racional e uniforme.

Por outro lado, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com base no disposto no art. 19⁴⁰ da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, vem sendo mais ativa na edição de Atos Declaratórios⁴¹ que autorizam a dispensa e a interposição de recursos em matérias expressamente mencionadas.

Na linha dessas orientações, o CARF aplica a jurisprudência consolidada do tribunal superior de forma reiterada. Ainda há que se lembrar, no âmbito federal, da edição da Portaria PGFN n. 502, de 12 de maio de 2016, que elenca no art. 2º diversas situações que ensejam a não continuidade dos processos

³⁹ A título de exemplo: “*Orientação Normativa SubG-CTF n. 1, de 1º de julho de 2016: autoriza a não interposição de recursos em face de decisão judicial que afasta a aplicação dos juros previstos na Lei 13.918/2009, limitando-os à SELIC*”; “*Orientação Normativa SubG-CTF n. 2, 1º de julho de 2016: autoriza a não interposição de recursos em face de decisão que reconhece a não incidência do ICMS sobre o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, mesmo na hipótese de serem estabelecimentos localizados em diferentes estados da federação*”.

⁴⁰ “Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: I – matérias de que trata o art. 18; II – tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; III – (Vetado). IV – tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; V – tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por Resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; VI – tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando: a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e VII – tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei.”

⁴¹ BRASIL. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Atos declaratórios da PGFN. Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br/assuntos/legislacao-e-normas/atos-declaratorios-arquivos/atos-declaratorios-da-pgfn>. Acesso em: 20 jul. 2019.

judiciais, dentre os quais se destacam os julgamentos de casos repetitivos e as Súmulas do STF e do STJ que forem desfavoráveis à Fazenda Nacional.⁴²

De se concluir, portanto, que a dispensa na interposição de recursos judiciais pelas respectivas Procuradorias reforça o argumento de que os precedentes firmados pelos tribunais superiores devem ser aplicados no âmbito do contencioso administrativo tributário.

4. ASPECTOS RELEVANTES DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O “modelo brasileiro de sistemas de precedentes” adotado pelo CPC/2015, embora siga a tradição do *civil law*, traz, ainda que de forma parcial, conceitos do *common law*. Pretendemos realçar apenas pontos de conexão e diferenciação entre tais tradições com o modelo que vem se formando no Brasil.

Em sua origem, a característica que distingue as tradições do *common law* e do *civil law* está na eleição de sua principal fonte do direito, e, consequentemente, no papel assumido pelo Poder Judiciário para a solução de demandas. No primeiro, tem-se como norma jurídica o precedente judicial, em que a partir do julgamento de um caso concreto, identificam-se os fundamentos jurídicos e passa-se a aplicá-los em outros julgamentos de casos idênticos. O Poder Judiciário, por sua vez, atua como protagonista na solução das lides. Para o *civil law*, cuja tradição é seguida pelo direito brasileiro, temos a lei como principal fonte do direito, de onde se extrai a norma jurídica que trará todas as hipóteses de incidência. Os códigos trazem todas as respostas à sociedade e o Poder Judiciário, nesse caso, atua apenas como aplicador da lei, não lhe cabendo interpretá-la.

Porém, com a evolução dos tempos, e, mais especificamente, com os efeitos da globalização, ocasionando inúmeras mudanças sociais, culturais, econômicas e políticas no mundo, tem-se visto cada vez mais a necessidade de convergência entre esses dois sistemas jurídicos, com o intuito de complementar as respectivas deficiências.

⁴² BRASIL. Ministério da Economia. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Lista de Dispensa de Contestar e Recorrer (Art. 2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN n. 502/2016). Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assuntos/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/lista-de-dispensa-de-contestar-e-recorrer-art-2o-v-vii-e-a7a7-3o-a-8o-da-portaria-pgfn-no-502-2016>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Assim, em função dessa necessária convergência entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, é que estamos vivenciando no Brasil uma grande mudança de técnica de julgamento consistente na implementação do sistema de precedentes com características próprias, respeitando nossa realidade e nossa tradição jurídica.

A aplicação de precedentes em casos concretos é uma tarefa que deverá ser executada por todos os órgãos jurisdicionais de nosso ordenamento jurídico, razão pela qual é de extrema importância a compreensão dos conceitos de *ratio decidendi* e *distinguishing* (*distinguish*) para que as subsunções ocorram de forma eficiente, a ponto de dar concretude aos precedentes vinculantes.

O entendimento acerca da *ratio decidendi* é controverso inclusive nos países do *common law* e é visto como uma das tarefas mais difíceis no ato de decidir. Um precedente deve conter as circunstâncias fáticas do caso, a tese jurídica extraída de sua fundamentação e a respectiva argumentação jurídica.

No *common law* define-se a *ratio* por meio das peculiaridades do caso a ser julgado. No *civil law*, especificamente no modelo brasileiro: (i) deve-se interpretar de forma coerente com as questões postas no julgado; (ii) deve ser considerada a partir dos precedentes passados e atuais do tribunal, em respeito à integridade da jurisprudência; e (iii) seu processo interpretativo não pode violar garantias fundamentais constitucionais, exceto se for em detrimento de outra garantia fundamental.⁴³

Pode-se afirmar que a *ratio decidendi*⁴⁴ é a própria norma jurídica do precedente em que se encontra a razão de decidir do julgado e que será aplicada em casos análogos. Disso se extrai que a força vinculante e obrigatória para aplicação em decisões futuras vem da *ratio decidendi* e não do precedente em si. Apesar de a *ratio decidendi* se encontrar de forma expressa na fundamentação do julgado, é importante que seja feita a análise completa do julgado, assim entendido como relatório, fundamentação e dispositivo final, para que se possa compreendê-lo em sua totalidade, incluindo as circunstâncias fáticas relevantes, a interpretação que foi dada às normas, e, finalmente, a conclusão a que se chegou a decisão final da lide.

⁴³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 109-113.

⁴⁴ Convém esclarecer que a *ratio decidendi*, advinda da tradição do *common law*, tem como objetivo solucionar os casos, diferentemente do que ocorre no sistema brasileiro de precedentes, em que também se objetiva a solução de questões inerentes à causa, como, por exemplo, quando o tribunal decide sobre questões processuais e competência. Isso implica dizer que da análise de um precedente pode-se extrair mais de uma *ratio decidendi*.

A fundamentação é de extrema relevância na *ratio decidendi*, sendo mais importante, inclusive, que o próprio resultado do julgamento, afinal, o que irá defini-la como tal é a quantidade de votos favoráveis ao fundamento vencedor. Somente com a análise de todos esses elementos é que se pode identificar com clareza e precisão a *ratio decidendi* de determinado precedente.

Quanto ao *distinguishing* tem-se a identificação dos fatos relevantes que levaram à decisão do precedente como item fundamental para a delimitação da *ratio decidendi*. De rigor a verificação da proximidade entre os fatos do precedente com os fatos do caso a ser julgado, que também deve ser exercida pelos julgadores. Em suma, deverá ocorrer a distinção quando não houver semelhança dos fatos e dos fundamentos jurídicos entre a *ratio decidendi* do precedente e o caso concreto.

4.1 Os precedentes obrigatórios do CPC/2015 e seu poder de vinculação no processo administrativo tributário

Tema bastante relevante no contexto deste estudo é a força do precedente prevista no CPC/2015, para avaliarmos a capacidade de sua vinculação nos casos futuros. Apesar de existirem outros,⁴⁵ trataremos dos precedentes com eficácia vinculante/obrigatória, que são os aplicáveis ao objeto de nosso estudo.

Por estarmos em um sistema jurídico que segue o *civil law*, cuja principal fonte do direito é a lei, têm-se como precedentes vinculantes os institutos arrolados no art. 927.⁴⁶ De forma geral, a tese jurídica definida na fundamentação de um precedente vinculará as decisões futuras a serem proferidas em casos idênticos, mesmo que o julgador não concorde.⁴⁷

⁴⁵ Para os autores Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, há seis tipos de efeitos jurídicos no Brasil: (i) vinculante/obrigatório; (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão das decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficazante e (vi) revisão da sentença.

⁴⁶ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

⁴⁷ Enunciado n. 172 do FPPC: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”.

A doutrina não é unânime quanto ao entendimento acerca da obrigatoriedade desse dispositivo legal,⁴⁸ mas o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o Enunciado nº 170, definindo: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Fortalece, ainda, o argumento de caráter vinculativo do art. 927, o disposto no § 1º, que prevê a necessidade do contraditório prévio entre as partes litigantes (art. 10 do CPC/2015), bem como da fundamentação específica pela aplicação ou não dos precedentes ali listados (art. 489, § 1º, CPC). Se não fossem vinculantes, não fariam sentido tais exigências.⁴⁹

Diante disso, precisamos entender quais institutos uniformizadores de jurisprudência devem ser aplicados pelos órgãos jurisdicionais. Para tanto, partilhamos o entendimento esposado por Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas de que a obrigatoriedade do art. 927 do CPC/2015 decorre de sua *finalidade* e de sua *razão de ser*, resultando em três graus diferentes de obrigatoriedade: forte, média e fraca.⁵⁰

Por obrigatoriedade em sentido forte, encontram-se os casos em que sua desobediência será solucionada com a reclamação, conforme o art. 988⁵¹ do CPC/2015, como é o caso das Súmulas Vinculantes e das Súmulas do STF e do STJ; dos recursos repetitivos objeto dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e 1.036 a 1.041 do CPC/2015; do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC). Por obrigatoriedade em sentido médio, quando eventual desobediência for solucionada por recursos, e em sentido fraco quando se tem uma expectativa de direito. Porém, somente os precedentes vinculantes, em sentido forte, são os que devem ser aplicados pelos órgãos jurisdicionais, e serão objeto do nosso estudo.

⁴⁸ Ronaldo Cramer expõe de forma bastante clara, rica e objetiva as cinco correntes que interpretam a vinculatividade do art. 927 do CPC/2015. Para conhecê-las, sugere-se a leitura das páginas 183 a 192 da obra *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, da editora Forense.

⁴⁹ “Art. 927. [...] § 1º Os juízes e tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.”

⁵⁰ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 275-279.

⁵¹ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...]”

O primeiro precedente vinculante em sentido forte é a Súmula. Interessam-nos os Enunciados das Súmulas do STF e STJ, de acordo com o art. 927, IV, do CPC/2015. Eles espelham o entendimento jurisprudencial firmado pelos precedentes das Cortes Superiores, que, por sua vez, têm a missão de dar sentido ao direito.⁵² Com isso, é de se entender que o caráter vinculante das Súmulas vem da própria função dos tribunais superiores, independentemente da vinculatividade que fora expressamente mencionada no art. 927 do CPC/2015. Consequentemente, as antigas Súmulas do STF e do STJ, emitidas antes da edição do CPC/2015, também possuem caráter vinculante, desde que proferidas em decisões atuais, tendo em vista a *responsabilidade institucional* dos tribunais superiores de garantir a igualdade, a coerência do direito e a segurança jurídica.⁵³

Logo, as Súmulas Vinculantes e os Enunciados das Súmulas do STF e do STJ são vinculantes e devem ser aplicados em todas as instâncias, judicial e administrativa, de nosso sistema jurídico, por consolidarem o entendimento jurisprudencial do tema decidido pelo tribunal superior.

Já os precedentes decorrentes de julgamentos em recursos especial e extraordinário são os de maior relevância no atual sistema jurídico, especialmente pela quantidade de temas tributários que vêm sendo decididos pelos tribunais. Essa sistemática teve início com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu a figura da repercussão geral como requisito para admissão do recurso extraordinário. Com a edição das Leis nº 11.418/2006 e nº 11.672/2008, foram incluídos os arts. 543-B e 543-C ao CPC/1973, passando a instituir o incidente de demandas repetitivas em nosso ordenamento jurídico, cujo objetivo primordial era diminuir o número de processos em trâmite no STF.

Há diferenças significativas na sistemática prevista anteriormente e no CPC/2015. A primeira delas está no modo de seleção do recurso representativo da controvérsia. O art. 1.036, § 6º, CPC/2015, prevê a eleição de um recurso com a maior quantidade e variedade de argumentos, de forma a dar plenas condições de julgamento da demanda, além de o relator ter o dever de identificar com precisão a matéria que será julgada.

A segunda está na regra de suspensão dos processos semelhantes que tratam da mesma matéria do processo eleito como representativo da controvérsia. Enquanto no CPC/1973 suspendiam-se apenas os recursos especial e

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 312.

extraordinário admitidos pelos presidentes ou vice-presidentes dos tribunais, no CPC/2015 a suspensão de processos ocorre em todas as instâncias do Judiciário, desde a primeira.⁵⁴

Destaque, ainda, para a previsão de *amicus curiae*,⁵⁵ a importância da fundamentação e do contraditório prévio, e, ainda, o ensejo à reclamação em sua inobservância. Desses, chama a atenção no CPC/2015 a importância que foi dada à fundamentação. O CPC/2015 prevê em seu art. 489, § 1º, V e VI,⁵⁶ que qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença e acórdão, para ser considerada devidamente fundamentada, deve, ao invocar um precedente, identificar os fundamentos determinantes e demonstrar que é o caso de sua aplicação. Mesmo se for pela não aplicação do precedente, deve-se demonstrar a existência de distinção no caso concreto ou superação.

Destacado como o ponto mais importante e inovador do CPC/2015, tem-se a vinculação imediata da *ratio decidendi* oriunda da decisão proferida no recurso representativo da controvérsia, fazendo que os demais órgãos jurisdicionais apliquem a tese jurídica firmada pelos tribunais superiores.

Disso tudo, necessário detalhar as matérias processuais do CPC/2015 a que estão vinculados os tribunais administrativos, e que têm correlação direta com o objetivo deste trabalho: (i) a aplicação da *ratio decidendi* do precedente judicial vinculante, em sentido forte, de acordo com o art. 927 do CPC/2015;

⁵⁴ Convém esclarecer que não se encontra na situação do art. 1.037, II, do CPC/2015, a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, cuja hipótese somente ocorrerá se presente alguma das hipóteses do art. 151 do CTN.

⁵⁵ A Lei nº 9.868/1999, que trata das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, foi a primeira norma a disciplinar a figura do *amicus curiae* no § 2º do art. 7º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Posteriormente, o § 6º do art. 543-A do CPC/1973 passou a permitir a manifestação de terceiros em casos de repercussão geral: “§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. O *amicus curiae* também era admitido na edição da súmula vinculante, conforme o art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006: “§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

⁵⁶ “Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

(ii) a necessidade de motivação das decisões administrativas que apliquem ou não os precedentes (*vide* art. 489, § 1º, IV e V,⁵⁷ do CPC/2015); e (iii) o sobrestamento de todos os processos pendentes, que versem sobre a mesma questão e tramitem no território nacional, a teor do art. 1.037, II, do CPC/2015.

No que tange aos itens (i) e (ii) acima, não à toa, o CPC/2015 uniu esses dois institutos. Isso porque a aplicação de precedentes evita a proliferação de decisões conflitantes para uma mesma questão de direito, ao mesmo tempo que uniformiza a jurisprudência e prestigia a isonomia; e, a necessidade de fundamentação das decisões protege do descaso na aplicação do precedente pelos órgãos jurisdicionais.

No que tange à fundamentação das decisões no âmbito administrativo, é preciso lembrar que tal obrigação parte da previsão do próprio texto constitucional e é vista como uma das garantias constitucionais que decorrem do contraditório e da ampla defesa, albergados no art. 5º, LV, da CF. Tal obrigatoriedade se justifica em um Estado Democrático de Direito, em que as partes devem ter pleno conhecimento dos fundamentos que ensejaram uma decisão administrativa contrária a seus interesses. A doutrina, aliás, é pacífica em entender pela obrigatoriedade da fundamentação dos atos da administração pública, especialmente para fins do controle de legalidade de seus atos.⁵⁸

Tratemos agora do item (iii), acerca do sobrestamento de todos os processos pendentes de julgamento do recurso afetado, nos termos do inciso II do art. 1.037 do CPC/2015, o qual tem sido aplicável apenas no âmbito do processo judicial e de forma pontual quando o Tribunal Superior autoriza a suspensão nacional de todos os processos semelhantes. Por ocasião da afetação de um recurso pelos tribunais superiores, têm-se entendido que tal suspensão depende de pedido da parte interessada, com análise subjetiva por parte do relator. A questão aqui não tem sido amplificada aos processos administrativos. Apesar disso, não há que se negar que aplicar a regra do sobrestamento ao processo administrativo tem por objetivo aliar celeridade processual com previsibilidade, visto que pode evitar a discussão de novas demandas judiciais

⁵⁷ Conforme já dito anteriormente, a motivação é exigida em diversas situações do CPC/2015 – sob pena de nulidade da decisão considerada não fundamentada –, entre as quais se destacam: a mera menção a precedente ou enunciado de súmula, sem identificar os fundamentos essenciais e que ensejam a aplicação ao caso concreto; e, a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado por uma das partes, sem demonstrar a existência de distinção ou superação com o caso concreto.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 113 e 251-252.

além de solucionar a lide de forma mais célere e eficiente, impactando inclusive a agilidade da cobrança judicial daquilo que for considerado devido aos cofres públicos.

A respeito do tema, o próprio CARF, sob a égide do CPC/1973, já passou por essa experiência, prevendo em seu regimento interno (RICARF), Portaria MF n. 256/2009⁵⁹ – o sobrestamento dos processos administrativos, cuja matéria fosse submetida ao STF. Referido dispositivo legal foi revogado pela Portaria MF nº 545/2013. Acreditamos que o motivo da revogação dessa previsão legal deu-se em razão do estoque de processos que se acumulou nas dependências do órgão público. Apesar de o sobrestamento no processo administrativo inalterar a situação de “suspensão da exigibilidade do crédito tributário”, nos termos do art. 151, III, do CTN,⁶⁰ é fato que poderá implicar o prolongamento desse *status*, o que é um ponto negativo quanto ao sobrestamento referido. Por outro lado, se considerarmos que as demandas tributárias, de um modo geral, não são solucionadas rapidamente,⁶¹ podemos considerar que esse prolongamento não seria tão maléfico em prol da necessária revisão do ato de legalidade pela administração pública, da eficácia social do crédito tributário, bem como dos princípios constitucionais que lhe são adstritos. Além disso, estar-se-á prestigiando a coerência e a isonomia na busca pela uniformização da jurisprudência, com duas importantes nuances: (i) caráter corretivo, para adequar as decisões já proferidas no decorrer do processo administrativo; e (ii) caráter preventivo, para evitar decisões divergentes em matérias semelhantes, simplesmente pela “sorte” ou “azar” em razão da data do julgamento.

⁵⁹ A Portaria CARF n. 1 de 03 de janeiro de 2012 determinava os procedimentos necessários para o sobrestamento de processos do art. 62, § 1º, do RICARF.

⁶⁰ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo tributário”.

⁶¹ O tempo médio de tramitação de um processo administrativo no CARF é de quatro anos, entre turmas ordinárias e turmas da Câmara Superior (BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. CARF esclarece informações com dados gerenciais, 8 fev. 2019. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/situacao-do-atual-estoque-do-carf>. Acesso em: 20 jul. 2019); de dois anos e meio no TIT, entre Delegacias Regionais de Julgamento e Câmaras Julgadoras/Superior do TIT (SÃO PAULO [Estado]. Secretaria da Fazenda e Planejamento. Tribunal de Impostos e Taxas. Prazo Médio do Processo Administrativo [eletrônico] por Instância do Tribunal de Impostos e Taxas. Disponível em: https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/tit/Paginas/prazo_medio.aspx. Acesso em: 26 abr. 2019); o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal federal é de seis a sete anos, e, estadual, de sete a oito anos, somente no primeiro grau, conforme dados extraídos de *Justiça em números 2018*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Só é importante ressaltar que tal suspensão nacional sequer tem sido regra entre os processos judiciais, o que dificulta a extensão aos processos administrativos. O que se tem visto são atuações pontuais da Corte Suprema autorizando o sobrestamento de julgamentos de processos administrativos, como se deu no RE 566.622,⁶² relatoria do Ministro Marco Aurélio.

5. PESQUISA EMPÍRICA: TIT e CARF⁶³

Com o intuito de associar a teoria com a prática, é que a pesquisa realizada de diversos temas nos dois maiores tribunais administrativos tributários no país, TIT e CARF, nos auxiliou a identificar o grau de aderência dos precedentes judiciais no processo administrativo.

No que ao tange ao TIT, além dos problemas na realização da própria pesquisa empírica, podemos apontar as seguintes considerações:

- A aplicação do art. 28 da Lei nº 13.457/2009, tida como a grande restrição para aplicação de precedentes judiciais no processo administrativo, só apareceu em um dos temas objeto da pesquisa. Logo, apesar da expressa previsão do art. 28 da lei paulista, concluímos que sua aplicabilidade prática no tribunal administrativo é restrita.
- Em alguns temas, a falta de análise completa da *ratio decidendi* do precedente, ou seja, do relatório, voto e dispositivo final, prejudica a subsunção ao caso concreto, especialmente para fins de identificação da similaridade da situação fática e jurídica. Além disso, a aplicação restrita do teor normativo da Súmula, sem a devida fundamentação, também limita a solução dos casos via aplicação de precedentes.
- Quanto à realização do *distinguishing*, há dificuldade na interpretação e alcance da *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto, em situações diversas do que fora definido no precedente.

⁶² Recurso Extraordinário sob o rito da repercussão geral n. 566.622, Recorrente: Sociedade Beneficente de Parobé, Terceira Interessada: Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), Recorrida: União Federal. (Vide Ofício n. 594/R ao CARF). Tema/STF n. 32: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente da atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, §7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas”.

⁶³ O resultado completo da pesquisa está disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28465/Dissertacao_VFinal_04_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 mar. 2021.

- As Súmulas do TIT, que servem como orientação às Câmaras Julgadoras, para dar maior celeridade aos julgamentos, foram editadas em temas restritos, envolvendo apenas as discussões em que a Fazenda Pública restou vencedora.
- As Orientações expedidas pela Procuradoria Geral do Estado também são editadas em temas restritos e tratam apenas de aplicação no âmbito judicial. Por sua vez, as decisões do TIT não utilizam tais expedientes internos como fundamentação.

Diante disso, propomos à administração pública do estado de São Paulo:

1. Embora a aplicação de precedentes no processo administrativo se justifique independentemente de legislação processual específica, sua expressa previsão legal reforçará a argumentação aqui exposta e dará maior eficiência à administração pública.
2. A Procuradoria Geral do Estado, ao emitir uma Orientação Geral sobre um tema decidido em precedente judicial, poderá incluir, além da dispensa de recurso no âmbito judicial, também no âmbito administrativo.
3. Os temas decididos em precedente judicial podem ser objeto de sessão monotemática, assim como ocorre em discussões relevantes no TIT, e, posteriormente, respeitados os requisitos legais do regimento interno, ser editada a respectiva Súmula de aplicação vinculante a todos os julgadores, inclusive de primeira instância administrativa.
4. Prever na lei do processo administrativo paulista a possibilidade de sobrestamento dos processos, cuja matéria de fundo seja objeto de afetação pelos tribunais superiores, até respectivo trânsito em julgado do tema.

No CARF, por sua vez, identificamos o seguinte:

- Apesar de o Regimento Interno do CARF trazer a expressão “reprodução” para fins de aplicação dos precedentes judiciais, é fato que o termo técnico correto seria a análise completa da *ratio decidendi* do precedente.
- Assim como no TIT, o CARF também apresenta problemas na interpretação e no alcance da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, diante de situações fáticas e jurídicas diferentes, dificultando a realização do *distinguishing*.
- A interpretação que vem sendo dada ao termo “decisão definitiva de mérito” está em desconformidade com o previsto pelo CPC/2015 para fins de definição do momento em que se deve aplicar o precedente judicial no processo administrativo.

Diante disso, propomos à administração pública federal:

1. Alteração do Regimento Interno do CARF para mencionar “aplicação da *ratio decidendi* do precedente”, em vez de “reprodução”.
2. Os temas decididos em precedente judicial podem ser objeto da sessão do Pleno do CARF, e, posteriormente, respeitados os requisitos legais do regimento interno, ser editada a respectiva Súmula de aplicação vinculante a todos os julgadores, inclusive de primeira instância administrativa.
3. Reincluir no regimento do CARF a regra de sobrestamento dos processos, cuja matéria de fundo seja objeto de afetação pelos tribunais superiores, até seu trânsito em julgado.

6. CONCLUSÃO

O CPC/2015 traz o modelo de precedentes ao estilo brasileiro, para que demandas repetidas e idênticas, como ocorrem em inúmeras matérias tributárias, possam ser solucionadas de forma célere e eficiente. Assim é que a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência deve partir também da aplicação de precedentes pelos tribunais administrativos. Seja porque estes exercem função jurisdicional, seja por medida de eficiência que deve ser adotada pela administração pública, para solucionar os conflitos fiscais existentes entre Estado-Fisco e cidadão-contribuinte, como autocontrole de seus atos, bem como para dar eficácia social ao crédito tributário e orientar a sociedade acerca da correta interpretação dada à lei, de modo a regular as futuras ações dos cidadãos. Em suma, é preciso clareza na legislação e uma única interpretação válida para determinada norma para todos os que se encontram na mesma situação.

Com isso, é possível que matérias processuais do CPC/2015 – entre as quais destacamos a aplicação de precedentes judiciais e sua respectiva fundamentação, e o sobrestamento de processos, oriundo da afetação pelos tribunais superiores – possam ser aplicadas no âmbito do processo administrativo. Consequentemente, matérias tributárias idênticas, assim entendidas aquelas que tenham identidade absoluta e essencial, e, portanto, com semelhança dos fatos essenciais ao caso e sua respectiva valoração jurídica, merecem a devida análise por partes dos julgadores administrativos. Obviamente, não se pretende aplicar todo e qualquer precedente, mas aqueles tidos como vinculantes e em sentido forte, que são, entre outros, os oriundos de Súmulas e os decorrentes de julgamentos em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Desta forma, concluímos pela necessidade de total aderência dos precedentes judiciais nos processos administrativos tributários. Para tanto, será necessário o aprimoramento das legislações processuais e/ou dos procedimentos internos dos tribunais administrativos tributários, conforme propostas mencionadas acima, visando à racionalização de sua utilização nas futuras decisões proferidas pelos julgadores dos tribunais administrativos. Essa medida trará maior eficiência às administrações públicas federal, estadual e municipal e impactará positivamente na uniformização da jurisprudência em todas as instâncias, de forma a reduzir os litígios tributários perante o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Brun^o. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 836, Apr. 1994.
- CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CONRADO, Paulo Cesar; PRIA, Rodrigo. Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). *O novo CPC e seu impacto no direito tributário*. São Paulo: Fiscosoft/Thomson Reuters, 2015.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual Civil*. 13. ed. rev. atual. e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA FILHO, Marcfílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo tributário. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio (Coord.). *Processo tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017. (Coleção Repercussões do novo CPC, coord. geral Fredie Didier Jr., v. 16).
- HARADA, Hiroshi. Processo administrativo tributário. In: XXIII SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO DO CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA. *Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Nova série, coord. Ives Gandra da Silva Martins, n. 5).
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção O Novo Processo Civil, coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 15

O artigo vem em boa hora. O CADE tem condenado cada vez mais os carteis e proposto diferentes – e por vezes criativas – formas de punição. Além das multas, a autoridade concorrencial brasileira pode, por lei, determinar o reestabelecimento das condições de competição, o que inclui poderes para propor mudanças estruturais. Dentre essas mudanças, pode-se determinar a venda de empresas, a divisão de negócios, a troca de mãos de atividades econômicas.

Em sua dissertação de mestrado, desenvolvida sob minha orientação no programa de mestrado profissional da FGV – Direito SP, Carolina debate, de forma assertiva e construtiva, a decisão do caso do alegado cartel do cimento, em que se determinou o desinvestimento de ativos. Neste artigo, Carolina debate os princípios que devem nortear estes remédios, trazendo a experiência europeia como parâmetro.

Com um poder de síntese brilhante, a autora propõe recomendações a serem observadas quando da imposição desses remédios, tais como o diálogo prévio com a indústria, certamente apto a reduzir as assimetrias de informação, estudos mercadológicos e análise dos efeitos concretos, o balanceamento correto dos ônus impostos ao particular, versus os benefícios à coletividade, e a flexibilização das obrigações. Tenho certeza de que o artigo é mais uma contribuição importante no pouco debatido estudo das medidas estruturais em condutas.

Leonor Cordovil

15

REMÉDIOS ESTRUTURAIS EM CASOS DE CONDUTA – UMA SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS A PARTIR DA ANÁLISE DO ARCABOUÇO JURÍDICO BRASILEIRO E DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DA UNIÃO EUROPEIA

Carolina Matthes Dotto

1. INTRODUÇÃO

Comumente aplicados no âmbito de atos de concentração, os remédios antitruste podem também ser aplicados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em sua função repressiva, em resposta à prática de uma infração à ordem econômica. Nas palavras de Oliveira, os remédios antitruste “são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos, sanando o dano à livre concorrência [...] ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei”.¹

¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 19.

Com efeito, o art. 38 da Lei nº 2.529/2011 (Lei Antitruste) estabelece expressamente que, além da multa, a autoridade concorrencial pode também aplicar diversas outras medidas de natureza comportamental – tais como a proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e a proibição de participação em licitação – e também de natureza estrutural, como a cisão da sociedade e venda de ativos.

Para os propósitos do presente artigo, é importante esclarecer que, enquanto os remédios comportamentais visam a obrigar uma determinada empresa a agir de determinada forma ou a se abster de praticar uma conduta anticompetitiva,² os remédios estruturais são aqueles que repercutem diretamente no direito de propriedade das empresas envolvidas.³

Embora indiscutivelmente relevantes e muitas vezes indispensáveis para o restabelecimento de condições competitivas, os remédios antitruste podem também ser bastante agressivos para o particular. A despeito da intensidade de medidas dessa natureza, a doutrina brasileira ainda não se debruçou de forma profunda e detalhada sobre os requisitos aplicáveis quando da imposição de remédios em casos de conduta.

Diferentemente das negociações regularmente havidas no âmbito de atos de concentração, a imposição de remédios em casos de conduta pode ocorrer de forma unilateral por parte do Cade, que se encontra em posição de superioridade em relação ao particular. Assim, “justamente em razão da supremacia do Cade, a sua atuação está certamente sujeita a um controle muito mais rígido”.⁴

Não há sequer dúvidas de que, quando a autoridade determina o desinvestimento de ativos, “ataca-se o direito fundamental de propriedade [...], uma vez que a alienação forçada afeta imediatamente a prerrogativa da livre disposição que forma o núcleo daquele direito subjetivo.”⁵

Diante das incertezas que ainda permeiam o tema, o presente artigo tem por objetivo sintetizar as pesquisas realizadas e apresentar as principais

² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007, p. 187. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

³ DALHEIMER, Dorothe in DALHEIMER, Dorothe; FEDDERSEN, Christoph; MIERSCH, Gerald. *EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003*. Munique: Beck, 2005, p. 56.

⁴ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 18.

⁵ MARANHÃO, Juliano S. A., Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 25/2014, Jan-Jun 2014, p. 53.

conclusões alcançadas pela autora em sua dissertação de mestrado em relação à imposição de remédios de natureza estrutural e aos cuidados que devem ser adotados pela autoridade antes de impor uma medida dessa natureza. Diante da incipiência dos estudos brasileiros, a autora também optou por traçar um paralelo com o estudo do tema na União Europeia, de forma a verificar quais são os limites que devem ser observados no que tange à modelagem e à aplicação de remédios estruturais.

A relevância do tema é indiscutível, pois, como muito bem reconhecido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), um remédio inadequado pode até mesmo prejudicar a competição no mercado.⁶

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como ponto de partida para a discussão, é importante ponderar que, como os remédios antitruste podem ser aplicados pelo Cade no âmbito de decisões proferidas em processos administrativos sancionadores, não há dúvidas de que estão sujeitos aos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública.

Entre eles, o princípio de maior destaque para o presente trabalho é o princípio da proporcionalidade, que deve ser analisado de forma concreta e profunda sob as suas três vertentes: (i) adequação; (ii) necessidade e; (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

A faceta da adequação exige que as restrições impostas sejam apropriadas à consecução dos objetivos sociais almejados.⁷ Disso decorre que a medida deve ser apta a atingir o efeito que é pretendido pelo agente público, sendo recomendável que primeiro se identifique o fim que se pretende alcançar, para que posteriormente seja possível ponderar qual remédio é mais adequado.⁸

A doutrina europeia se debruçou sobre o tema especificamente em relação aos remédios antitruste. No que tange ao desinvestimento, Hauser esclarece que a análise dos efeitos da medida pode ser dificultada diante das diversas

⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007, p. 7. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

⁸ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168.

formas de competição e da complexidade das relações econômicas.⁹ O autor esclarece, no entanto, que um mero prognóstico de que o remédio imposto acarretará uma maior competição pode não ser suficiente para legitimá-lo, especialmente considerando o alto grau de intensidade das medidas estruturais e os riscos de irreversibilidade.¹⁰

Ele acrescenta que uma avaliação econômica da dinâmica de mercado e do grau de inovação é de extrema relevância para a escolha de uma medida adequada e eficaz. O exame amplo do mercado relevante é necessário ao menos para tentar reduzir a imprevisibilidade quanto aos efeitos e quanto à eficácia da medida estrutural.¹¹

Por sua vez, o prisma da necessidade estabelece que, dentre as várias medidas possíveis, deve ser escolhida aquela que cause o menor ônus ao administrado. Conforme leciona Mello, deve ser selecionada a providência que “represente o menor sacrifício dos interesses privados.”¹²

Ao analisar o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) também já se posicionou no sentido de que a medida não poderá ser considerada necessária – e, portanto, proporcional – se houver outro meio menos gravoso para o particular e que seja “igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.”¹³

É importante esclarecer que, no âmbito da União Europeia, o Regulamento 1/2003 – que tem como propósito assegurar a aplicação uniforme e eficaz das normas antitruste, como se verá adiante – estabelece de forma expressa que soluções de caráter estrutural somente podem ser impostas quando não houver medida comportamental igualmente eficaz ou quando esta for mais onerosa para o agente privado.

Diante do caráter permanente dos remédios estruturais, muitos doutrinadores defendem a subsidiariedade de medidas dessa natureza, cabendo à auto-

⁹ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 219.

¹⁰ HAUSER, Sebastian Max. *Strukturelle Maßnahmen im europäischen Kartellverfahrensrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2009, p. 220, 221.

¹¹ HAUSER, Sebastian Max. *Strukturelle Maßnahmen im europäischen Kartellverfahrensrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2009, p. 220.

¹² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 172.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343/SP*, Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 3.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 10 mar. 2019.

ridade fundamental de forma adequada caso entenda que uma medida estrutural causa um gravame menor para o particular.¹⁴

No Brasil, também há autores que defendem que os remédios estruturais somente poderiam ser impostos como *ultima ratio*; ou seja, somente na hipótese de não haver medidas comportamentais que possam sanar o problema concorrencial.¹⁵

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que haja um sopesamento entre os benefícios e as consequências negativas da medida para o particular, ou, em outras palavras, a ponderação entre as “vantagens e desvantagens da ação administrativa, sob a perspectiva do interesse público.”¹⁶

Referido subprincípio exige que a autoridade se debruce sobre o caso concreto que se apresenta, avaliando os efeitos reais e potenciais que a medida escolhida poderá acarretar.¹⁷

Justamente “por representarem limitações claras a direitos fundamentais”¹⁸, os remédios antitruste pressupõem que a autoridade avalie, de forma consistente, todas as implicações que podem ser geradas a partir da sua imposição. As medidas de desinvestimento, por exemplo, podem levar à perda da economia de escala, maiores custos de financiamento, problemas relacionados à redução da base produtiva, dentre outras consequências que não podem ser ignoradas.¹⁹

Em conversa informal com um dos Conselheiros do Cade, realizada em 10 de fevereiro de 2021, foi mencionado que a aplicação de remédios também não pode reduzir eficiências e, no fim das contas, prejudicar o próprio consumidor.

¹⁴ BREIT, Ingrid-Gertrude in *Europäisches Wettbewerbsrecht* (coord.: SCHRÖTER, Helmuth; JAKOB, Thinam; KLOTZ, Robert; MEDERER, Wolfgang), Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, p. 1032.

¹⁵ MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 25/2014, Jan-Jun 2014, p. 19.

¹⁶ DANTAS, Renata Perez. Princípio da proporcionalidade e as medidas administrativas por infração à ordem econômica. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 20, p. 91-122, jul./dez. 2011.

¹⁷ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168.

¹⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 24.

¹⁹ POSSAS, Mario Luiz; PONDÉ, João Luiz. *Remédios estruturais em casos de cartel: critérios para a análise dos efeitos líquidos da imposição de obrigações de desinvestimento*. Texto para Discussão 006, 2016, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, p. 28-34.

Voell vai ainda além e acrescenta que devem também ser levados em consideração os direitos fundamentais do agente (principalmente o direito à propriedade e aqueles decorrentes do princípio da livre iniciativa), bem como as consequências da medida com relação aos acionistas, aos empregados e aos credores da empresa que irá suportar a medida.²⁰

Para arrematar, vale transcrever um excerto de estudo da OCDE a respeito da observância do princípio da proporcionalidade no que diz respeito à aplicação de remédios antitruste, realçando a necessidade de a autoridade dedicar a sua análise às especificidades de cada caso concreto:

A proportional remedy is one whose scope and form does not exceed what is necessary to achieve the competition law's objective. The remedy is tailored to the violations that were actually found, the harm they actually caused, and the actual ways in which they caused it – not to completely different and unproven violations, harms or practices. Proportional remedies do not attempt to inject more competition into the relevant market than that which would have existed but for the violation. Finally, proportional remedies are reasonably consistent from case to case. The more harmful the misconduct is, the stricter the remedy should be. But the focus is on harm, not on immorality.²¹

A indiscutível relevância do princípio da proporcionalidade veio inclusive a ser corroborada pelas recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que passou a estabelecer em seu art. 20 que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Não há dúvidas, portanto, de que a “proporcionalidade de remédios que venham a ser escolhidos pelo Cade para sanar os efeitos nocivos de uma determinada infração à ordem econômica deverá ser detalhadamente perquirida”.²²

²⁰ VOELL, Bastian. *Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts- Verlag, 2014, p. 117-135.

²¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007, p. 18. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²² DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 65.

3. DEMAIS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA APLICAÇÃO DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE

Como mencionado acima, ainda há no Brasil um amplo campo para estudos no que diz respeito aos requisitos que devem ser observados para a imposição de remédios estruturais. O tema ainda é debatido de forma muito incipiente pela doutrina e, diante de poucos casos existentes com a aplicação de medidas estruturais, ainda remanescem muitas dúvidas sobre o tema.

De qualquer forma, vale notar que muitas das premissas e requisitos aplicáveis aos remédios em atos de concentração também se aplicam igualmente a casos de conduta. Isso porque, embora se trate de procedimentos diversos, “o objetivo da utilização de remédios é igual seja na função preventiva ou repressiva do CADE: remediar efeitos nocivos à concorrência por meio da limitação de direitos dos particulares”.²³

Além do requisito relativo à efetividade da medida, Cabral e Mattos dão ênfase à necessidade de que o remédio seja “estrito aos mercados relevantes em que foram identificados problemas concorrências, [...] de forma que este não inclua medidas que não sejam estritamente necessárias para resolver os problemas concorrenciais identificados”.²⁴

O ex-Conselheiro Mattos esclarece que os remédios não podem gerar efeito líquido negativo sobre a economia e que devem ser passíveis de serem monitorados e implementados na prática.²⁵ O autor também esclarece que, por óbvio, o remédio não pode ter propósito de regulação de mercado ou de planejamento setorial.²⁶

Oliveira também aponta, adicionalmente, que o ponto de partida para a modelagem do remédio adequado deve ser a identificação do dano à concorrência e de seus reais efeitos. Além disso, esclarece que o remédio “não deve

²³ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 65.

²⁴ CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, CÉSAR. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, maio 2016, p. 60. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/247>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁵ MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 63-66.

²⁶ MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 64.

representar uma forma de sanção dos agentes econômicos aos quais ele se destina, não deve representar uma punição ou penalização dos mesmos, mas tão somente deve representar forma de sanar problemas concorrenciais, corrigir ou retificar comportamentos ou atos”.²⁷

Na conversa de 10 de fevereiro de 2021 com o um dos Conselheiros do CADE, ele expressou o seu entendimento no sentido de que multas cumprem o papel de punir, mas existiriam outras providências alternativas que seriam úteis quando as multas não forem suficientemente dissuasórias.

A OCDE, no entanto, também já se manifestou sobre o tema e destacou que os remédios são medidas corretivas ou preventivas impostas pela autoridade competente com o objetivo de criar, manter, restaurar ou incrementar as condições competitivas em um determinado mercado.²⁸

Há também um entendimento prevalente na União Europeia no sentido de que os remédios antitruste não têm função sancionatória e nem mesmo dissuasória. Eles devem visar unicamente à cessação do ilícito:

In view of this, under Regulation 1/2003, the purpose of a remedy is to bring the infringement effectively to an end. Based on this understanding, a fine is not considered a remedy under Community Law. In this context, remedies are not “sanctions” against undertakings in the sense of a penalty or punishment, nor do they generally compensate harmed parties. Punishment is intended to be ensured by the imposition of fines. While the prospect of fines and private damages claims may (depending on their level and likelihood) deter future infringements, the mere payment of a fine or damages usually does not put infringement to an end.²⁹

Muito se debate na doutrina europeia sobre o que significa fazer cessar uma infração. Em geral, entende-se que devem ser afastados eventuais efeitos nocivos à concorrência que ainda persistam e que a medida deve, ainda, evitar uma possível repetição da infração.³⁰ O ex-Diretor Geral de Competição da

²⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 24-25.

²⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. The divestiture of assets as a competition remedy: Stocktaking of international experiences, 2019, p. 6. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁹ HELLSTRÖM, P; MAIER-RIGAUD, Frank; BULST, Friedrich Wenzel. Remedies in European Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, American Bar Association, v. 76, n. 1, 2009, p. 44.

³⁰ BRONETT, Georg-Klaus de. *Europäisches Kartellverfahrensrecht. Kommentar zur VO 1/2003*. Köln: Carl Heymann, 2012, p. 116.

Comissão Europeia se pronunciou sobre o tema, entendendo que a infração engloba tanto a conduta como os efeitos. Se a conduta cessou, mas seus efeitos continuam irradiando no mercado, a empresa terá de adotar providências para interromper os efeitos nocivos.³¹

No entanto, remediar os efeitos de uma conduta ilícita também não deve significar a implementação de um ambiente com condições concorrenciais perfeitas. Dentro do possível, o remédio deve tentar restabelecer a conjuntura que estava presente antes da prática da infração. Ou seja, restaurar o cenário de competição existente na ausência da conduta ilícita (comumente denominadas de condições de mercado “*but for*”).³²

4. AS DISPOSIÇÕES LEGAIS NO BRASIL E O GUIA DE REMÉDIOS DO CADE

4.1 O panorama legal

Nos termos do art. 38 da Lei Antitruste, o CADE também pode impor diversas medidas de natureza não monetária, tais como a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a proibição de participação em licitações, a recomendação para não concessão de parcelamento de tributos, cisão da sociedade, venda de ativos, bem como qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A mera leitura de referida disposição legal já permite concluir que os poderes concedidos à autarquia antitruste são absolutamente amplos, exigindo extrema cautela por parte da autoridade para evitar abusos e ilegalidades. Os únicos requisitos previstos no *caput* do artigo de lei para a aplicação dessas medidas alternativas são “gravidade dos fatos” e “interesse público”, conceitos esses que são extremamente abertos e que ainda requerem maiores debates práticos e acadêmicos para que possam ser mais bem definidos.

Maranhão se debruçou sobre o tema e adotou a posição de que o primeiro requisito deve referir-se ao impacto causado pela conduta na estrutura do mercado. Enquanto a gravidade da infração se apresenta como critério de dosi-

³¹ RITTER, Cyril. How far can the Commission go when imposing remedies for antitrust infringements? In *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford University, 2016, p. 2.

³² ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. A critical appraisal of remedies in the E.U. Microsoft Cases. *Columbia Business Law Review*, 2010, p. 352-353.

metria da multa, nos termos do art. 45 da Lei Antitruste, “a gravidade dos fatos em relação à medida de desconcentração diz respeito à condição estrutural do mercado como efeito da infração.”³³

Em outras palavras, esse requisito envolve a criação de estruturas não competitivas que continuem funcionando mesmo depois de interrompido o ilícito concorrencial.³⁴ Dessa forma, em relação à prática de cartel, por exemplo, ainda que se trate de uma infração grave, em geral ele não envolve ou não resulta em uma maior concentração de mercado, razão pela qual medidas de desinvestimento são absolutamente raras em situações de colusão.³⁵

Por sua vez, no que diz respeito ao “interesse público”, ainda não há consenso na doutrina sobre o que tal requisito representa sob a perspectiva antitruste. Dias aponta que “justamente pelo fato de o interesse público compreender um conceito bastante fluido e elástico que deve a autoridade pública delimitar o uso da expressão na aplicação do remédio para o caso concreto”.³⁶

É oportuno citar estudo empírico realizado por De Carli a respeito dos critérios exigidos por lei para a aplicação de remédios antitruste. Ao se debruçar sobre os fundamentos invocados pelo Cade em suas decisões desde o ano de 2013 a respeito dos requisitos da “gravidade dos fatos” e “interesse público”, a autora chegou ao seguinte resultado:

A conclusão a que se chega dessa análise é que a gravidade dos fatos, como critério para aplicação das penas do art. 38 da Lei nº 2.529/2011 se assemelha, na práxis do CADE, com a gravidade da infração como critério de dosimetria, prevista no art. 45 da Lei nº 2.529/2011, o que parece divergir do entendimento proposto por Juliano Maranhão e não cumprir o propósito específico exigido pela norma do art. 38 de referida Lei.

Quanto ao exame do “interesse público”, destaca-se que o âmbito de análise deste critério foi mais restrito. Entre as 22 decisões fundamentadas, apenas

³³ MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 25, jan.-jun. 2014, p. 55.

³⁴ MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 25, jan.-jun. 2014, p. 55.

³⁵ MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 25, jan.-jun. 2014, p. 56.

³⁶ DIAS, Rodrigo Pereira. *Antitruste: sanção de desinvestimento em ativos. Um estudo de caso no Processo Administrativo n. 08012.11142/2006-79*. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getulio Vargas – FGV, 2016, p. 141.

4 forneceram descrição do que viria a ser interesse público no caso concreto. [...] Os achados empíricos não permitem chegar a uma conclusão do que seria compreendido como “interesse público” pelo CADE. Além de receber, em cada caso, uma conotação específica, não houve muita preocupação em explicitar o sentido de aplicação do conceito.³⁷

Outro ponto que a lei também não deixa claro refere-se à possibilidade de aplicação de todo e qualquer remédio previsto no art. 38 indistintamente a todos os tipos de infração. Não há clareza, por exemplo, quanto à validade de imposição de medidas de desconcentração seja em caso de condutas coordenadas ou em caso de condutas unilaterais.

A partir de uma interpretação sistemática do inciso VIII – que prevê que o CADE pode aplicar qualquer providência “para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” – conclui-se ser necessário existir uma relação de causalidade entre a conduta praticada e o remédio selecionado pela autoridade. Afinal, “se o remédio não guardar um liame lógico com o tipo de infração, ele não será apto a aniquilar os efeitos nocivos da conduta e será uma medida inócua e, portanto, desproporcional”.³⁸

Assim, a recomendação de concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual, por exemplo, só tem cabimento quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito, tal como expressamente previsto no próprio dispositivo legal. A inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, da mesma forma, também só se revela adequada quando a conduta praticada envolver diretamente violação dos direitos dos consumidores.³⁹

Seguindo o mesmo racional, medidas de desinvestimento somente podem ser admitidas quando “um ativo é adquirido, constituído ou utilizado para a prática de condutas ilícitas”.⁴⁰

4.2 O Guia de Remédios do CADE

Outro importante documento a ser analisado para os propósitos do presente artigo é o Guia de Remédios aprovado pelo Tribunal do CADE na sessão pública

³⁷ DE CARLI, Bárbara. *Sanções não pecuniárias contra ordem econômica: uma análise da jurisprudência do CADE na vigência da Lei 12.529/2011*. No prelo.

³⁸ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 79.

³⁹ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 80.

⁴⁰ DIAS, Rodrigo Pereira. *Antitruste: sanção de desinvestimento em ativos. Um estudo de caso no Processo Administrativo n. 08012.11142/2006-79*. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas - FGV, 2016, p. 138.

realizada em 16 de outubro de 2018. Conforme consta da apresentação de referido Guia, ele tem como propósito colecionar “as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados no desenho, aplicação e monitoramento de remédios”.⁴¹

Estabelece uma série de cuidados que devem ser adotados para garantir a efetividade dos remédios, determinando que o conjunto de bens desinvestidos constitua “uma unidade de negócios viável, que possa ser imediatamente gerida pelo comprador”.⁴²

O Guia de Remédios do CADE traz também relevantes considerações a respeito de testes de mercado, que visam obter esclarecimentos e informações de clientes, fornecedores e concorrentes, bem como terceiros interessados, a respeito da adequação, impactos no mercado, necessidade e proporcionalidade das medidas propostas.⁴³

Embora aplicável primordialmente a remédios aplicados no âmbito de atos de concentração, o próprio Guia de Remédios do CADE prevê que “sua aplicação possa ser dada a casos de conduta”,⁴⁴ conforme previsões dos arts. 36 e 38 da Lei Antitruste.

Embora traga alguns princípios que devem ser observados quando da modelagem dos remédios antitruste – principalmente quanto à efetividade e possibilidade de monitoramento da medida –, é curioso o fato de que o Guia “deixou de mencionar relevantes princípios citados em diversos outros guias internacionais e que visam justamente à proteção do particular”.⁴⁵ Não se verifica no documento do CADE qualquer preocupação genuína com a preservação dos direitos e garantias da parte privada que deverá implementar as medidas.

⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 7. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 11. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 25. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 7. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁵ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 70.

O *Merger Remedies Guide* da ICN, por exemplo, cita a necessidade de que o remédio seja o menos invasivo possível, sem que tal característica prejudique a sua efetividade.⁴⁶ Também dispõe a respeito do princípio da praticidade, o qual exige que os remédios sejam descritos de forma clara e precisa, para que possam ser implementados pelas partes.⁴⁷

Referido documento internacional aponta, ainda, que devem ser verificadas eventuais distorções ou ineficiências geradas pelo remédio⁴⁸ e que a autoridade antitruste deve manter uma relação de abertura e transparência com as partes atingidas pela medida.⁴⁹

Além de não trazer importantes considerações quanto às garantias do particular, na visão da autora, o Guia de Remédios do CADE também peca em um importante ponto em relação às medidas de desinvestimento. Referido documento estatui que a venda dos bens poderá ocorrer mediante leilão no lugar de negociação direta com o terceiro comprador, “com possibilidade de não imposição de preço mínimo para garantir o cumprimento das obrigações de desinvestimento.”⁵⁰

Além disso, existe também a possibilidade de ser nomeado um *trustee* para o desinvestimento, caso em que ele pode realizar o “desinvestimento pelo melhor valor possível, porém sem necessariamente a restrição de um valor mínimo de venda”, de forma a aumentar as chances de se encontrar um comprador adequado.⁵¹ Conforme consta no item 3.3.3 do Guia de Remédios,

⁴⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Merger Working Group. *Merger Remedies Guide*, 2016 p. 3. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Merger Working Group. *Merger Remedies Guide*, 2016 p. 4. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Merger Working Group. *Merger Remedies Guide*, 2016 p. 4. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Merger Working Group. *Merger Remedies Guide*, 2016 p. 5. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 37. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 38. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

“para a Autoridade Concorrencial não é relevante se a operação de venda dos ativos será ou não rentável para a compromissária”.⁵²

Embora referida lógica possa ser compreensível quando se trata de desinvestimento imposto como condicionante para atos de concentração – que geralmente envolvem negociações entre as partes interessadas e o Cade – ela é bastante preocupante quando o remédio é imposto de forma unilateral como consequência de uma infração. Nessa hipótese, o Cade se encontra em posição evidentemente mais forte do que o particular, que deve ter os mais básicos direitos devidamente assegurados.

Não há dúvidas de que não se pode permitir que a parte seja inclusive obrigada a se desfazer de seus bens em valor abaixo de mercado, sob pena de se configurar um abuso e uma indiscutível violação ao direito constitucional à propriedade.⁵³

5. DISPOSIÇÕES NORMATIVAS NA UNIÃO EUROPEIA E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

5.1 Reflexões sobre o art. 7 do Regulamento 1/2003

O principal dispositivo regulamentador da imposição de remédios na União Europeia é o art. 7 do Regulamento 1/2003. Ele dispõe que, verificada uma infração antitruste, pode a Comissão obrigar as empresas e associações de empresas a cessarem a infração.

Além disso, como já mencionado acima, referida disposição determina que as medidas de natureza estrutural só podem ser impostas quando não houver qualquer solução de conduta igualmente eficaz ou quando solução de conduta igualmente eficaz for mais onerosa para a empresa do que a solução de caráter estrutural.

O item 12 da justificativa ao Regulamento 1/2003 também apresenta algumas importantes considerações sobre o tema, prevendo expressamente que

⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018, p. 38. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵³ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 75.

os remédios estruturais somente são válidos quando houver risco significativo de infração persistente ou repetida que derive da própria estrutura da empresa:

(12) O presente regulamento deverá fazer referência explícita à competência da Comissão para impor uma solução, quer de conduta, quer de carácter estrutural, que seja necessária para pôr efectivamente termo à infração, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. As soluções de carácter estrutural só devem ser impostas quando não houver qualquer solução de conduta igualmente eficaz ou quando qualquer solução de conduta igualmente eficaz for mais onerosa para a empresa em questão do que a solução de carácter estrutural. As alterações de carácter estrutural exigidas a uma empresa de forma a repor a estrutura que existia antes de ser cometida a infração só serão proporcionais quando existir um risco significativo de infração persistente ou repetida que derive da própria estrutura da empresa.⁵⁴

Muito ainda se debate sobre o alcance de referida justificativa. Há inclusive autores que defendem que é até mesmo questionável se a Comissão Europeia pode, de fato, impor medidas que visem à quebra de parcelas de mercado.⁵⁵ Além do texto ser genérico, ainda não há clareza quanto aos ilícitos que permitem a imposição de remédios estruturais,⁵⁶ o que poderia, inclusive levar a uma interpretação equivocada de que a autoridade poderia reestruturar politicamente o mercado e criar condições competitivas de mercado.⁵⁷

Para Voell, para interpretar corretamente o art. 7º do Regulamento 1/2003, é preciso recorrer aos conhecimentos já adquiridos em relação a atos de concentração.

No aspecto horizontal, por exemplo, a mera detenção de uma parcela relevante de mercado não é suficiente para autorizar a aplicação de medidas estruturais. Contudo, os riscos aumentam nos setores que exigem interoperabilidade de infraestrutura –⁵⁸ como acontece nos setores de energia e telecomunicações. Nessas hipóteses, um remédio estrutural poderia ser justificado.

⁵⁴ União Europeia. *Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002*. Official Journal of the European Union, L1, 04.01.2003.

⁵⁵ BAUER, Michael. *Münchener Kommentar: Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band I, VO 1/2003, Artikel 7, Munique: C.H. Beck, 2007, p. 1587.

⁵⁶ NGOC, Duy Vu. *Entflechtungen nach Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1/2003: Grenzen der strukturelle Abhilfe*. Regensburg: S. Roderer, 2007, p. 53-55.

⁵⁷ NGOC, Duy Vu. *Entflechtungen nach Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1/2003: Grenzen der strukturelle Abhilfe*. Regensburg: S. Roderer, 2007, p. 73.

⁵⁸ VOELL, Bastian. *Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts- Verlag, 2014, p. 74.

Quanto ao aspecto vertical, o autor menciona os riscos de uma empresa atuante em diversos níveis da cadeia de produção acabar por usar indevidamente seu poder de mercado para limitar o fornecimento aos agentes que atuam no mercado *downstream* ou para reduzir a qualidade dos produtos ou serviços oferecidos.⁵⁹

A OCDE também já se posicionou quanto à adequação de remédios estruturais em relação a práticas verticais ilícitas e que causem prejuízos a firmas competidoras no mercado:

Structural remedies are therefore most appropriate, in terms of effectiveness, where there is a direct link between the infringement and the holding of certain assets. For instance, in the case of a vertically integrated company active up-and downstream that is dominant upstream and decides to no longer supply the upstream input to rival downstream firms. An appropriate remedy would be of a structural nature, namely to sever the link between the upstream input producer and the downstream firm that creates the incentive for the refusal to supply to competing downstream firms.⁶⁰

Krings, por sua vez, entende que deve haver necessariamente um nexo de causalidade entre a medida selecionada pela autoridade e o objetivo de cessação da infração,⁶¹ de forma que a medida de desinvestimento somente seria aceitável quando o ilícito tiver uma relação com a estrutura do agente infrator.⁶² Na sua concepção, a conexidade requerida se verifica a partir do momento em que a estrutura permite ou a facilita a prática do ilícito.⁶³

Assim, um remédio estrutural seria cabível para fazer cessar a prática de preço predatório, por exemplo, quando os recursos obtidos para o cometimento

⁵⁹ VOELL, Bastian. *Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts- Verlag, 2014, p. 75.

⁶⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007, p. 187. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶¹ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 139-140.

⁶² KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 141.

⁶³ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 156.

da conduta provêm das atividades do agente em um mercado completamente diverso.⁶⁴

Esse também é o entendimento de Voell, que se posiciona a favor de medidas estruturais quando houver *cross-funding* – ou seja, quando há transferência de recursos de um mercado para outro de forma a subsidiar a prática de preço predatório.⁶⁵

A mesma lógica se aplica à prática de descontos com efeitos anticompetitivos. Para verificar o cabimento de remédios de natureza estrutural, é necessário perquirir sobre a procedência dos recursos utilizados para o ilícito. Somente quando uma determinada estrutura de mercado for necessária para a prática do ilícito é que podem ser aplicadas medidas de desinvestimento.⁶⁶

Krings também concorda com a posição de Voell quanto à possibilidade de imposição de remédios estruturais para a prática de *margin squeeze*, quando uma empresa verticalmente integrada aumenta, sem qualquer justificativa plausível, os preços de insumos para concorrentes que atuam no mercado a jusante. O autor defende que, nesses casos, o remédio estrutural é apto a fazer cessar a conduta, já que a divisão vertical do agente impediria a perpetuação do ilícito.⁶⁷

Remédios estruturais também poderiam vir à tona para a prática de venda casada. Nessa hipótese, medidas de desinvestimento poderiam ser impostas para desmembramento do segmento de mercado acoplado, de forma a evitar o cometimento da infração.⁶⁸

Importante destacar que, para Krings, a mera detenção de posição dominante, por si só, não é suficiente para justificar a imposição de medidas estruturais. Embora a posição dominante seja necessária para a configuração do ilícito – ou seja, é um requisito para que se reconheça a infração unilateral – ela não precisa ser necessária para o cometimento da ação ilícita.⁶⁹ Em referidas situa-

⁶⁴ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 156.

⁶⁵ VOELL, Bastian. *Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbrauchsrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts- Verlag, 2014, p. 140.

⁶⁶ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 199.

⁶⁷ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 195.

⁶⁸ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 205.

⁶⁹ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 168-170.

ções, a conexão com o ilícito refere-se a outras características estruturais do mercado, como, por exemplo, o fato de a empresa atuar de forma verticalizada.⁷⁰

Por fim, no que diz respeito às práticas colusivas, Krings defende que não é tão trivial a identificação de uma estrutura que permita ou facilite a prática do ilícito, já que o conluio pode ocorrer independentemente de qualquer característica estrutural.⁷¹ Assim, a imposição de medidas estruturais não se mostra justificável para esse tipo de ilícito, salvo em casos de empresas de um mesmo grupo econômico que possam ser consideradas concorrentes e em casos de participações societárias minoritárias.

Na mesma linha, Hauser entende que, em algumas situações, o cartel pode ser facilitado por determinada estrutura que proporcione ou facilite a troca de informações sensíveis e a coordenação de condutas. Seria o caso, por exemplo, da detenção de participações societárias, muito embora ela não constitua, por si só, uma infração. O autor sustenta que, em alguns casos, a autoridade pode fazer uso de medidas estruturais de desinvestimento em relação às participações societárias em concorrentes.⁷²

5.2 Análise de casos concretos

Até o momento, ainda não há casos em que a autoridade europeia tenha aplicado remédios estruturais com base no art. 7º do regulamento 1/2003, acima analisado, o que já demonstra que medidas dessa natureza somente se justificam em situações absolutamente excepcionais e que pressupõem uma rigorosa e ponderada análise pela autoridade antitruste.⁷³

Medidas estruturais foram apenas aplicadas pela Comissão Europeia no contexto de acordos celebrados com base no art. 9º do mesmo diploma normativo.⁷⁴

⁷⁰ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 210-211.

⁷¹ KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012, p. 158-159.

⁷² HAUSER, Sebastian Max. *Strukturelle Maßnahmen im europäischen Kartellverfahrensrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2009, p. 131-132.

⁷³ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 174.

⁷⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. The divestiture of assets as a competition remedy: Stocktaking of international experiences, 2019, p. 62. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>. Acesso em 10 mar. 2021.

A autora analisou dois casos concretos nos quais houve a adoção de remédios estruturais para cessação dos efeitos nocivos de condutas relativas ao abuso de posição dominante.

No primeiro caso, a E.ON estaria adquirindo reservas das empresas afiliadas no mercado de compensação por um preço mais alto do que o preço praticado por seus concorrentes, repassando indevidamente referidos custos ao consumidor. A empresa também teria impedido outros produtores de energia de vender energia de compensação no mercado alemão.⁷⁵

O segundo caso referia-se a um suposto abuso de posição dominante por meio da recusa injustificada de fornecimento de gás a terceiros, bem como pelo aumento dos preços praticados para seus concorrentes no mercado *downstream*.⁷⁶

O acolhimento de pacotes de desinvestimento propostos pelas partes privadas a partir do art. 9º *pressupõe a participação de terceiros interessados, que podem apresentar suas considerações no âmbito de um market test*.

O exame dos casos acima mencionados demonstrou que “existe uma preocupação genuína da autoridade em efetivamente analisar as considerações apresentadas por partes interessadas no âmbito de *market tests* realizados.”⁷⁷ Com efeito, ao receber as contribuições de terceiros, a autoridade respondeu todos os comentários recebidos de forma individual, acolhendo ou rejeitando fundamentadamente as sugestões apresentadas.

No mais, mesmo quando os remédios são apresentados voluntariamente pela empresa interessada, também se percebe que a autoridade apresenta considerações relevantes a respeito do princípio da proporcionalidade.⁷⁸ Em ambos os casos analisados, além de avaliar se as medidas propostas eram efetivas, a Comissão Europeia também examinou se haveria outras medidas comportamentais igualmente eficazes e menos onerosas para as empresas.

⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Commission Decision of 26 of November, 2008*, Cases COMP/39.388 and COMP/39.389, E.ON.

⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Commission Decision of 18 of March, 2009*, Case COMP/39.402, RWE Gas Foreclosure.

⁷⁷ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 175.

⁷⁸ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 175.

6. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, os estudos acima sintetizados demonstram que o princípio da proporcionalidade tem grande relevância em matéria de remédios antitruste. Especialmente quando aplicados no âmbito da esfera repressiva do CADE, a observância aos quesitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se revela absolutamente indispensável.

Diante das gravosas consequências para o particular, a autoridade não pode se furtar de avaliar as reais consequências da medida no mercado – inclusive a partir dos comentários recebidos em testes de mercado –, devendo ainda atentar-se a outras possíveis medidas menos onerosas e que possam ser igualmente eficazes.

Também não se pode olvidar que, muito embora possam ser impostos como decorrência de uma infração, os remédios não têm como propósito punir o agente infrator – propósito este muito bem atingido por meio das altas multas aplicadas pelo CADE. Os remédios antitruste devem ter como objetivo apenas restaurar as condições competitivas do mercado, sendo indispensável que haja uma conexão entre a infração cometida, o remédio a ser escolhido e o objetivo pretendido.

O *caput* do art. 38 da Lei Antitruste estabelece que remédios somente podem ser impostos quando assim exigir a gravidade dos fatos e o interesse público geral, muito embora ainda não haja clareza na literatura e na jurisprudência sobre o alcance de referidos requisitos. Para Maranhão, gravidade da conduta não pode se confundir com gravidade da infração, esta última critério de dosimetria da multa nos termos do art. 45.

No âmbito europeu, o remédio estrutural somente pode ser aplicado quando existir um risco significativo de infração persistente ou repetida que derive da própria estrutura da empresa. Ao interpretar referida disposição, a doutrina aponta que os remédios estruturais seriam adequados, por exemplo, para sanar efeitos negativos decorrentes da prática de preços predatórios, desde que os recursos para a prática de infração provenham de outro ramo de atividade.

Seriam ainda cabíveis em relação à prática de *margin squeeze*, já que, nesse caso, a estrutura verticalizada seria necessária para a prática ou para a repetição do ilícito.

Diante de todas as ponderações acima mencionadas, oportuno mencionar as conclusões da autora quanto às etapas que devem ser seguidas pela autoridade antes da imposição de remédios estruturais em casos de conduta:

1. A autoridade deve, o quanto antes possível, identificar exatamente quais são as preocupações concorrenciais que decorrem da prática da

- infração à ordem econômica, outorgando às partes desde logo a possibilidade de manifestação e apresentação de alternativas viáveis;
2. Para assegurar a adequação da medida que será imposta, deve-se proceder a um estudo mercadológico e econômico a respeito dos possíveis efeitos concretos que o remédio pode gerar no mercado, analisando-se a probabilidade de que tais efeitos venham efetivamente a ocorrer;
 3. A autoridade deve sopesar todos os ônus que serão suportados pelo particular em decorrência do remédio escolhido, ponderando-se os benefícios gerados à coletividade com os prejuízos suportados individualmente pela parte condenada;
 4. O remédio imposto deverá guardar um liame lógico com a infração praticada; ou seja, para que a medida possa ser considerada legítima e proporcional, é necessário que a autoridade demonstre que existe o risco de a infração persistir ou se repetir em razão da própria estrutura da empresa ou do mercado;
 5. A autoridade deverá permitir que a parte atingida pela medida ou terceiros interessados se manifestem sobre a efetividade da medida, bem como sobre eventuais efeitos dela decorrentes que não tenham sido considerados, realizando-se eventuais ajustes pertinentes nas determinações exaradas para assegurar a eficácia da medida. Também é indispensável que a autoridade responda de forma motivada a todos os comentários apresentados;
 6. Os remédios precisam ser estipulados de forma clara e transparente, flexibilizando-se as obrigações impostas caso elas não possam ser cumpridas por razões alheias à vontade das partes condenadas.⁷⁹

Justamente diante da dificuldade de preenchimento de todas as etapas, a solução negocial entre a autoridade e a parte privada parece ser a mais adequada para fins de atingimento dos objetivos almejados de fazer cessar os efeitos negativos na concorrência, tal como tem demonstrado a prática na União Europeia.

Como muito bem realçado por Oliveira, a solução consensual “representa uma forma contemporânea de busca de legitimidade da intervenção estatal na economia, e constitui meio seguro de se garantir que os direitos fundamentais sejam restringidos apenas dentro dos limites da proporcionalidade”.⁸⁰

⁷⁹ DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019, p. 181-182.

⁸⁰ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 27.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BAUER, Michael. *Münchener Kommentar: Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band I, VO 1/2003, Artikel 7, Munique: C.H. Beck, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343/SP*, Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 3/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 16 de outubro de 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BREIT, Ingrid-Gertrude in *Europäisches Wettbewerbsrecht* (Coord.): SCHRÖTER, Helmuth; JAKOB, Thinam; KLOTZ, Robert; MEDERER, Wolfgang), Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014.
- BRONETT, Georg-Klaus de. *Europäisches Kartellverfahrensrecht. Kommentar zur VO 1/2003*. Köln: Carl Heymann, 2012.
- CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, CÉSAR. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, maio 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/247>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- DALHEIMER, Dorothe in DALHEIMER, Dorothe; FEDDERSEN, Christoph; MIERSCH, Gerald. *EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003*. Munique: Beck, 2005.
- DANTAS, Renata Perez. Princípio da proporcionalidade e as medidas administrativas por infração à ordem econômica. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 20, p. 91-122, jul./dez. 2011.
- DE CARLI, Bárbara. *Sanções não pecuniárias contra ordem econômica: uma análise da jurisprudência do CADE na vigência da Lei nº 2.529/2011*. No prelo.
- DIAS, Rodrigo Pereira. *Antitruste: sanção de desinvestimento em ativos. Um estudo de caso no Processo Administrativo n. 08012.11142/2006-79*. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2016.
- DOTTO, Carolina Matthes. *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*. São Paulo: Singular, 2019.
- ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. A critical appraisal of remedies in the E.U. Microsoft Cases. *Columbia Business Law Review*, 2010.
- HAUSER, Sebastian Max. *Strukturelle Maßnahmen im europäischen Kartellverfahrensrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2009.
- HELLSTRÖM, P; MAIER-RIGAUD, Frank; BULST, Friedrich Wenzel. Remedies in European Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, American Bar Association, v. 76, n. 1, 2009.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Merger Working Group. *Merger Remedies Guide*, 2016 p. 3. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.
- JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KRINGS, Christian. *Möglichkeiten und Grenzen der Anordnung einer Eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 7 VO 1/2003*. Köln: Carl Heymanns, 2012.

MARANHÃO, Juliano S. A., Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 25, jan.-jun. 2014.

MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NGOC, Duy Vu. *Entflechtungen nach Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1/2003: Grenzen der strukturelle Abhilfe*. Regensburg: S. Roderer, 2007.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flavio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007, p. 187. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. The divestiture of assets as a competition remedy: Stocktaking of international experiences, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

POSSAS, Mario Luiz; PONDÉ, João Luiz. *Remédios estruturais em casos de cartel: critérios para a análise dos efeitos líquidos da imposição de obrigações de desinvestimento*. Texto para Discussão 006, 2016, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

RITTER, Cyril. How far can the Commission go when imposing remedies for antitrust infringements? In *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford University, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Proposal for a COUNCIL REGULATION on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) No 1017/68, (EEC) No 2988/74, (EEC) No 4056/86 and (EEC) No 3975/87 ("Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty")*, presented by the Commission, Explanatory Memorandum, Official Journal C 365 E, 19/12/2000 P. 0284 – 0296.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002*. Official Journal of the European Union, L1, 04.01.2003.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Commission Decision of 26 of November, 2008*, Cases COMP/39.388 and COMP/39.389, E.ON.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Commission Decision of 18 of March, 2009*, Case COMP/39.402, RWE Gas Foreclosure.

VOELL, Bastian. *Entflechtung als Abhilfemaßnahmen im europäischen und deutschen Missbruchsrecht*. Berlin: Berliner Wissenschafts- Verlag, 2014.

16

INFRAESTRUTURA PÚBLICA E DIREITOS DE AUTOR: SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA ALTERAÇÃO DE PROJETOS DE ARQUITETURA E ENGENHARIA¹

Fernando Figueiredo Linhares Piva de Albuquerque Schmidt
Mônica Steffen Guise Rosina

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Administração Pública pode contratar projetos de arquitetura e de engenharia para construir as mais variadas obras, como hospitais, ferrovias, sedes de tribunais, entre tantas possibilidades. O art. 111 da Lei Federal nº 8.666/1993, entretanto, estabelece que esta contratação de projetos apenas pode ser realizada se o respectivo autor ceder à Administração Pública os direitos patrimoniais relativos ao mesmo.

¹ Artigo atualizado e adaptado a partir da dissertação de mesmo título apresentada no curso de Mestrado Profissional em Direito, ministrado pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientadora: Professora Dra. Mônica Steffen Guise Rosina. Coorientadora: Professora Dra. Vera Cristina Caspari Monteiro.

O Senado Federal recentemente aprovou o Projeto de Lei nº 4253/2020,² cujo art. 92 prevê que nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais para a Administração Pública, e estabelece a hipótese em que tais projetos e serviços poderão ser livremente alterados pela contratante em ocasiões futuras, sem a necessidade de nova autorização por parte do autor.

Ora, a Lei de Direitos Autorais Brasileira (Lei nº 9610/1998) distingue entre direitos patrimoniais e direitos morais do autor, estabelecendo no bojo destes a previsão legal de que ao autor é dado assegurar a integridade de sua obra, opondo-se a quaisquer modificações (art. 24, inc. IV). Faz-se, assim, oportuno investigar se a cessão dos direitos patrimoniais de autor é suficiente para assegurar ao dono da obra (neste caso, a Administração Pública) a faculdade de alterá-la.

Autores como Lie Uema do Carmo (2012, p. 87) entendem que os direitos autorais impedem que projetos de arquitetura e engenharia sejam alterados no âmbito dos contratos de empreitada quando a modificação não contar com anuência do respectivo autor (salvo exceções legais). Mas caso esse entendimento seja aplicado à Administração Pública, os direitos de autor podem representar entraves à evolução da infraestrutura imobiliária do Estado, uma vez que se o autor do projeto original discordar da alteração pretendida pelo dono da obra (Administração Pública), não será possível implementar a modificação almejada.

Os direitos de autor ensejam também dúvida relativa à forma de contratação de eventual reforma do bem público. Deve o autor do projeto original ser diretamente contratado para projetar a alteração pretendida pela Administração Pública (caso de inexigibilidade de licitação) ou essa contratação deve ser efetuada mediante licitação? Haveria, neste ponto, colisão entre um suposto dever de licitar e os direitos morais de autor? Como deve a Administração Pública então proceder de modo a promover essa alteração sem desobedecer às diversas normas que disciplinam seu comportamento?

É este o problema que constitui objeto central do artigo: pode o proprietário do bem (ente público, concessionária de serviços públicos etc.) alterar livremente projetos de arquitetura e engenharia que deram origem à infraestrutura pública?

Em que pese o já citado art. 92 do Projeto de Lei nº 4253/2020 do Senado Federal estabelecer a cessão total dos direitos patrimoniais do autor, parece-nos importante analisar ao menos duas questões que decorrem do mesmo:

² Projeto de lei disponível no seguinte sítio eletrônico oficial: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Consulta em 03.02.2021.

(a) como assegurar a modificação de projetos contratados antes da entrada em vigor desse novo dispositivo legal, uma vez que os contratos anteriores continuarão a ser regidos de acordo com a legislação revogada (art. 191, § 1º, do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal)? E (b): esse novo dispositivo colide com outras normas de direitos de autor e, em caso positivo, qual é a solução para esse potencial conflito de normas?

Outros problemas conexos serão também abordados ao longo do artigo, que buscará examinar se todos os projetos de arquitetura e engenharia são protegidos por direitos de autor, se a Administração Pública deve consultar o autor do projeto original antes de alterá-lo, se o autor original deve ser necessariamente contratado para conceber eventual modificação de projeto e se é lícito alterar projeto de arquitetura e de engenharia contra a vontade de seu autor. Pretende-se, assim, analisar o regime jurídico que disciplina a modificação dos projetos de arquitetura e engenharia que conceberam infraestrutura pública, com vistas a vislumbrar soluções jurídicas que permitam a modificação de projetos arquitetônicos e de engenharia protegidos por direitos de autor.

A expressão infraestrutura pública será utilizada neste artigo como sinônimo de bens públicos imóveis, reunidos ou considerados individualmente, e que sirvam de suporte material à prestação de serviços públicos ou sociais.³ A noção de bens públicos adotará o critério funcionalista (MARQUES NETO, 2014. p. 117), que enfatiza a função cumprida pelo bem, em detrimento da titularidade do domínio.

O artigo tem três objetivos principais: (i) revelar dificuldades que podem ser enfrentadas pela Administração Pública ou por seu parceiro privado ao alterar projetos de arquitetura e engenharia que conceberam bens públicos; (ii) analisar o problema da alteração de projetos de arquitetura e engenharia pela Administração Pública ou pelo parceiro privado diante das normas de proteção

³ Thiago Marrara (2007, p. 182) propõe noção semelhante de infraestrutura, embora não a limite aos bens imóveis. Também no âmbito deste artigo as expressões “projeto de engenharia” e “projeto de arquitetura” correspondem a qualquer uma das etapas relativas ao desenvolvimento do projeto de edificações (vide ABNT NBR 16636-1:2017 e ABNT NBR 16636-2:2017), tais como levantamentos (fases de obtenção de informações para elaboração e desenvolvimento do projeto), programas de necessidades (conjuntos de necessidades humanas, sociais, ambientais e funcionais do contratante/dono da obra), estudos de viabilidade, estudos preliminares (dimensionamentos preliminares dos conceitos dos projetos arquitetônicos e da edificação), anteprojetos (etapas de concepção e representação das informações iniciais do projeto), projeto legal ou para licenciamento (fase de representação das informações necessárias à aprovação do projeto pelas autoridades competentes), projeto básico (conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço, elaborado com base em estudos técnicos preliminares, que possibilita avaliação do custo da obra, definição dos métodos e do prazo de execução), projetos executivos ou para execução (representação final e completa das informações técnicas do projeto, suficiente à execução da obra) e projeto completo.

aos direitos de autor, bem como a forma de contratação dessa alteração, considerando as normas pertinentes, argumentos doutrinários e jurisprudenciais; e (iii) propor soluções jurídicas frente o problema analisado. Para tal, o artigo vale-se da legislação, literatura jurídica, decisões judiciais e de tribunais de contas, editais e contratos administrativos.

A primeira parte do artigo abarca o estudo das normas legais que tutelam os direitos de autor, normas infralegais editadas pelos Conselhos de Classe e normas relativas à transmissão dos direitos de autor para a Administração Pública. Ainda nesta primeira parte, observa-se se a proteção dos direitos autorais se refere apenas ao projeto ou se alcança também o respectivo suporte material. Buscou-se aferir também se todos os projetos arquitetônicos e de engenharia são protegidos por direitos autorais e se o exercício do direito de repúdio afasta eventual dano derivado de alteração do projeto pelo dono da obra.

A segunda parte do artigo reúne entendimentos que foram extraídos de julgados de interesse, prolatados pelo Tribunal de Contas da União, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em sua terceira parte, o artigo apresenta sugestões para a superação do problema identificado, sendo elas sugestões preventivas (recomendações relacionadas com a modelagem de contratos) e sugestões de comportamentos supervenientes (direcionados a assegurar a alteração dos projetos de arquitetura e de engenharia).

Na conclusão do artigo argumenta-se que existe, sim, a possibilidade de alteração de projetos arquitetônicos e de engenharia pelo dono da obra, tendo em vista que a tensão entre os direitos de propriedade e os direitos morais de autor é solucionada pelo direito de repúdio. Assim, entende-se que ao proprietário da construção é assegurado alterá-la livremente e, de outro lado, ao projetista original é dado exercer o direito de repúdio sobre obra alterada sem o seu consentimento. Com base nesse entendimento, formula-se sugestão de conduta que pode ser adotada pelo gestor público para assegurar a modificação de projetos de arquitetura e engenharia.

2. DIREITOS DE AUTOR SOBRE PROJETOS DE ARQUITETURA E DE ENGENHARIA

A Constituição Federal de 1988 estabelece que é livre a expressão da atividade intelectual (art. 5º, inc. IX, da CRFB/1988) e assegura aos autores o direito

exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, que será transmissível a seus herdeiros pelo prazo que a lei estabelecer (art. 5º, inc. XXVII, da CRFB/1988). No âmbito da proteção à propriedade intelectual, os direitos de autor tutelam as chamadas criações de espírito (art. 7º da Lei Federal 9.610/1998 – Lei de Direitos Autorais), que correspondem àquelas obras intelectuais que derivam da criatividade humana e que não são vocacionadas à aplicação industrial.

O ponto de partida deste artigo é a Lei de Direitos Autorais, que regula os direitos de autor de modo geral e reconhece que os direitos de autor protegem projetos de arquitetura e engenharia (art. 7º, inc. X, da Lei Federal nº 9.610/1998). Nesse sentido, também as Leis Federais nº 5.194/1996 e nº 12.378/2010 estabelecem que projetos de arquitetura e engenharia são tutelados pelos direitos autorais.

Adicionalmente, o art. 17 da Lei Federal nº 5.194/1996 fixa que os direitos de autor sobre planos ou projetos de engenharia são do profissional que os elaborar, observadas as relações contratuais celebradas entre o autor e outros interessados. Já o art. 12 da Lei Federal nº 12.378/2010 estabelece que o profissional arquiteto e urbanista é proprietário do acervo técnico, que é integrado por todas as atividades por ele desenvolvidas, resguardando-se a legislação Autoral, ao passo em que o art. 16 dessa mesma lei prevê que trabalhos de autoria de arquiteto e urbanista apenas poderão ser alterados mediante consentimento por escrito da pessoa natural titular dos direitos autorais, salvo pacto em contrário.

2.1 Tratamento legal conferido aos direitos patrimoniais e aos direitos morais de autor sobre projetos de arquitetura e de engenharia

Os direitos autorais de que trata a Lei Federal nº 9.610/1998 possuem duas facetas: uma patrimonial e outra moral.

Os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra protegida são de natureza patrimonial (art. 28), podendo ser transferidos a terceiros, tendo em vista que direitos patrimoniais são disponíveis. Há, inclusive, regra legal que autoriza essa transferência (art. 49).

São direitos morais de autor aqueles arrolados no art. 24.⁴ Para os propósitos do presente trabalho, cumpre examinar o conteúdo jurídico de dois direitos

⁴ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

morais específicos: (a) o direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingir o autor em sua reputação ou honra (inciso IV do art. 24); e (b) o direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada (inciso V do art. 24).

Existe extenso debate envolvendo a interpretação dos direitos de assegurar a integridade da obra e de modificá-la, bem como sobre as consequências jurídicas do exercício do direito de repúdio, mais bem explicado a seguir. Para Leandro Vanderlei Nascimento Flôres (2013, p. 161), tais questionamentos constituem as maiores dúvidas sobre os direitos autorais de engenheiros e arquitetos na atualidade. A potencial imutabilidade de projetos de arquitetura e engenharia pode representar uma espécie de perenização forçada da morfologia de bens imóveis assinados (assim entendidos, no âmbito deste artigo, aqueles concebidos por projetos protegidos por direitos autorais).

Uma circunstância importante agrava esse cenário: os direitos morais de autor não podem ser alienados e não são passíveis de renúncia (art. 27 da Lei Federal nº 9.610/1998). É, entretanto, fundamental notar que a própria Lei de Direitos Autorais consagra regras que mitigam a intensidade das restrições gravadas nos incisos IV e V do seu art. 24, uma vez que equilibra os direitos morais de autor e os direitos de propriedade detidos pelo dono da obra: isso acontece por meio do direito de repúdio. Tal direito consiste na possibilidade de o autor do projeto original rejeitar a autoria do projeto alterado sem o seu consentimento (art. 26, *caput*, da Lei Federal nº 9.610/1998).

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

A lei permite, assim, que projetos por ela protegidos sejam modificados pelos proprietários das obras (detentores do direito de propriedade), mesmo contra a vontade dos respectivos autores (titulares dos direitos de autor). O dono da obra apenas responde pelos danos causados ao autor do projeto alterado caso continue a atribuir a ele a autoria da obra intelectual, mesmo depois de exercido o direito de repúdio (art. 26, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.610/1998).

Oportuno também enfatizar que outras leis disciplinam esses mesmos direitos de modo aparentemente mais rigoroso.

O *caput* do art. 18 da Lei Federal nº 5.194/1966 estabelece que as “[...] alterações do projeto ou plano original só poderão ser feitas pelo profissional que o tenha elaborado”.

Interpretação sistemática aponta para a necessidade de compreender os direitos de autor consagrados pela Lei Federal nº 5.194/1966 de modo conjugado com o direito constitucional de propriedade (art. 5º, inc. XXII, da CRFB/1988), notadamente de maneira a preservar o direito de construir.⁵ A limitação estampada no art. 18 da Lei Federal nº 5.194/1966 apenas é aplicável caso o dono da obra pretenda preservar a autoria original. O projetista original deverá obrigatoriamente ser contratado para alterar o projeto, caso o dono da edificação pretenda conservar a autoria original da obra. Caso o dono da obra não pretenda manter a autoria original, outro profissional poderá ser livremente contratado. Ao projetista original é assegurado o exercício do direito de repúdio.

Essa interpretação sistemática não inviabiliza o exercício do direito de construir e, ao mesmo tempo, preserva a imagem e a reputação profissional do projetista original que teve sua criação alterada.

As Leis Federais nº 5.194/1966 e nº 9.610/1998 também não impedem que projetos de engenharia sejam alterados, mesmo que o autor rejeite a modificação. Importante enfatizar que a Lei Federal nº 5.194/1966 admite expressamente que os direitos de autoria relativos a projetos de engenharia sejam disciplinados por meio de contrato (art. 17 da Lei Federal nº 5.194/1966).

⁵ Segundo Hely Lopes Meirelles, “o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade. Desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor dos seus bens (Código Civil, art. 1.228), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico” (MEIRELLES, 2011, p. 30).

Cumpra então analisar o regime de proteção aos direitos autorais estabelecido pela Lei Federal nº 12.378/2010 (Lei dos Arquitetos e Urbanistas).

A Lei Federal nº 12.378/2010 determina que tanto o projeto quanto a obra dele resultante apenas poderão ser modificados se houver consentimento por escrito da pessoa física titular dos direitos autorais (art. 16, *caput*).

Assim como a Lei dos Engenheiros (Lei Federal nº 5.194/1966), a Lei dos Arquitetos e Urbanistas admite pactuação sobre o direito de modificar o projeto e a obra dele derivada (parte final do *caput* do art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010).

A Lei Federal nº 12.378/2010 estabelece também que o projeto poderá ser livremente modificado por outro profissional habilitado, em caso de falecimento ou incapacidade civil do respectivo autor (art. 16, § 2º). Sem dizê-lo expressamente, o §4º do art. 16 da lei consagrou o direito de repúdio, em harmonia com a sistemática prevista na Lei de Direitos Autorais.

Isso porque esse dispositivo determina que se a alteração do projeto de arquitetura não tiver sido concebida pelo autor do projeto original, o resultado terá como coautores o autor do projeto original e o autor do projeto de alteração, exceto decisão expressa em contrário do autor do projeto inicial (exercício do direito de repúdio), caso em que a autoria da obra passa a ser apenas do autor das alterações.

O regramento da Lei Federal nº 12.378/2010 também deve ser objeto de interpretação sistemática, preservando-se o direito de construir que é inerente ao direito constitucional de propriedade. É, assim, possível harmonizar o direito de autor sobre o projeto de arquitetura com o direito de propriedade, restringindo-se a aplicação do art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010 à hipótese em que o dono da construção pretende conservar a autoria do projeto original.

Caso o dono da obra não pretenda conservar a autoria original, lhe será dado a opção de alterar a edificação livremente e, em contrapartida, ao projetista inicial será assegurado o direito de repúdio.

Importante também ressaltar que o art. 621 do Código Civil (dispositivo inserido no Capítulo que trata do contrato de empreitada) admite pactuação sobre o direito de modificar o projeto. Nesse sentido, o mencionado dispositivo prevê expressamente a possibilidade de o respectivo autor concordar com eventuais modificações. Ou seja, admite que o autor concorde com modificações por meio de contrato.

Segundo o regime previsto pelo art. 621 do Código Civil, o dono da obra não pode alterar o projeto sem anuência do respectivo autor (salvo exceções fixadas pelo próprio dispositivo legal). Entende-se que essa vedação está limi-

tada ao âmbito dos contratos de empreitada, tendo em vista o posicionamento desse dispositivo no Capítulo relativo à empreitada (critério topográfico).

De todo modo, também essa restrição deve ser interpretada de modo compatível com o direito de construir, reservando ao projetista original o direito de modificar a obra apenas caso o proprietário pretenda preservar a autoria original.

Além disso, o art. 621 do Código Civil admite alterações de projeto sem anuência do respectivo autor se, por motivos posteriores ou em virtude de razões de natureza técnica, ficar comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto originalmente concebido. O parágrafo único do art. 621 do Código Civil permite também a alteração de pouca monta, desde que preservada a unidade estética da obra projetada.

Observando, assim, que as quatro leis abordadas neste tópico (Leis Federais nº 5.194/1966, nº 9.610/1998, nº 12.378/2010 e nº 10.406/2002) incorporaram os direitos morais de autor consistentes em modificar projetos autorais e assegurar sua integridade, cabe apresentar alguns achados importantes.

Em primeiro lugar, três dessas leis acolhem o direito de repúdio, transferindo a responsabilidade pelo projeto modificado ao autor das alterações realizadas. O direito de repúdio apenas não está previsto de modo expresso no Capítulo do Código Civil que disciplina o contrato de empreitada. Está claro que aparente atrito entre o direito de propriedade e o direito moral de autor foi solucionado pelo sistema jurídico por meio do direito de repúdio – direito que, como observado, está presente na Lei de Direitos Autorais e também na legislação que regula as profissões de arquiteto e de engenheiro. Esse direito desfaz a relação de autoria entre o autor original e o projeto modificado sem seu consentimento, preservando o direito de construir e resguardando também a reputação profissional do projetista original.

Além disso, o direito de repúdio constitui exceção legal à irrenunciabilidade dos direitos morais de autor. Note-se que o caráter irrenunciável dos direitos morais de autor e o direito de repúdio estão previstos em norma de mesma estatura (vide arts. 26 e 27, ambos da Lei Federal nº 9.610/1998).

Assim, entende-se que as regras que determinam que os autores originais é que deverão alterar projetos por eles concebidos devem ser interpretadas de modo a não eliminar o direito de construir, que orbita o direito constitucional de propriedade. Em outras palavras, regras limitadoras apenas devem ser aplicadas às hipóteses em que o proprietário do bem deseja manter a autoria original. Caso não se pretenda preservar a autoria original, a obra poderá ser livremente alterada, reservando-se ao projetista inicial o direito de repúdio.

Assim, a previsão expressa do direito de repúdio no Capítulo do Código Civil que disciplina o contrato de empreitada passa a ser dispensável, uma vez que não há necessidade de reiterar a mesma norma em diversas leis diferentes.

Se a alteração de projetos acompanhada pelo exercício do direito de repúdio já é autorizada pelo sistema jurídico (vide art. 26 da Lei Federal nº 9.610/1998 e art. 18, parágrafo único, da Lei Federal nº 5.194/1966) e o Código Civil não revogou tal possibilidade, ela continua em pleno vigor. É, portanto, aplicável também aos contratos de empreitada.

Outro achado parece relevante. Tanto a lei que disciplina o exercício da engenharia, quanto o Código Civil e a lei que regulamenta a atuação dos arquitetos e urbanistas admitem pactuação entre autor e dono da obra sobre o regime jurídico que será aplicável às futuras modificações de projeto (art. 17, *caput*, da Lei Federal nº 5.194/1966, art. 621 do Código Civil e art. 16, *caput*, da Lei Federal nº 12.378/2010). Isso quer dizer que o dono da obra e o autor do projeto podem estabelecer, de comum acordo e por meio de contrato, as condições para futuras alterações do projeto, bem como as regras que orientarão eventuais modificações.

Embora entenda-se que ao dono da obra é assegurado alterá-la livremente, cabendo ao projetista o exercício do direito de repúdio, a possibilidade de disciplinar a questão em âmbito contratual pode aumentar o grau de segurança jurídica – o contrato passa a funcionar como uma salvaguarda que interdita eventual linha de interpretação tendente a restringir o direito de propriedade em detrimento dos direitos de autor.

Se é dado ao autor do projeto original aceitar as alterações em um momento futuro, por ocasião de eventual iniciativa concreta do dono da obra voltada a introduzir determinados ajustes ao projeto, não se vislumbra razão para impedir que essa anuência seja dada de antemão pelo autor e de modo abrangente. Ajustes contratuais não representam renúncia ao direito moral de assegurar a integridade da obra, mas sim aceitação prévia de eventuais modificações. Não há regra legal que obrigue o autor do projeto original a aguardar eventual iniciativa concreta de alteração de sua obra intelectual para que só então possa manifestar sua anuência.

A despeito do entendimento de que o direito de alterar a obra já decorre da legislação de regência, e considerando-se que seu exercício autoriza apenas o repúdio à autoria pelo projetista original, eventual modelagem contratual pode funcionar como uma cautela adicional que aumenta o nível de segurança jurídica.

2.2 Normas infralegais editadas pelos Conselhos de Classe

Embora projetos, esboços e obras plásticas concernentes à engenharia sejam reconhecidos como obra intelectual protegida pelo inciso X do art. 7º da Lei Federal nº 9.610/1998, não é qualquer projeto ou plano de engenharia que enseja tal proteção. Meras soluções técnicas ou mesmo projetos ou planos que não consagram minimamente um exercício concreto da criatividade humana não recebem a proteção dos direitos de autor.

A Resolução nº 1.029/2010 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA) não determina quais elementos o trabalho de engenharia deve conter para que seja considerado uma obra intelectual protegida pelos direitos de autor, nos termos do art. 17 da Lei Federal nº 5.194/1966. Tendo em vista que a avaliação da obra intelectual de engenharia diz respeito a um campo específico do conhecimento humano (terreno da engenharia), reputa-se que apenas um profissional habilitado na esfera da engenharia pode aferir se o projeto ou plano dessa área é resultado de um esforço criativo e representa um produto original, de modo a ser protegido por direitos de autor.

As normas infralegais editadas pelo CONFEA não regulamentam o direito moral de autor. Os direitos morais de autor sobre planos e projetos de engenharia são disciplinados unicamente no plano legal. Oportuno, então, observar de que maneira os direitos de autor relacionados com projetos de arquitetura são tratados no âmbito infralegal.

Considera-se que a Resolução nº 67/2013 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU/BR) inova na ordem jurídica em setor que apenas pode ser disciplinado pela União (Direito Civil). Um primeiro olhar pode sugerir que essa Resolução não prevê a possibilidade de alteração do projeto arquitetônico sem a concordância de seu autor, tal como fez a Lei Federal nº 12.378/2010, em seu art. 16, § 4º, bem como a Lei de Direitos Autorais (art. 26 da Lei Federal nº 9.610/1998).

Cabe mencionar que a regra prevista no §4º do art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010 tem o condão de afastar a autoria original da obra em caso de rejeição das modificações operadas. A regra não impede que modificações não desejadas pelo autor do projeto original sejam realizadas, mas sim permite que o autor abdique da autoria, preservando sua imagem e reputação profissional (direito de repúdio).

É possível observar entendimento de que apenas alterações extremamente necessárias ou devidas por razões técnicas é que poderiam ser realizadas pelo proprietário da obra. Observe-se:

Pela defesa que apresentamos pela classificação da arquitetura como modalidade de obra intelectual protegida pelo direito de autor, entendemos que devem ser mínimas as limitações aos direitos de seus autores. Reconhecemos por outro lado que o proprietário possa ter o direito de fazer modificações desde que estas sejam extremamente necessárias ou tenham que ser realizadas por determinação técnica. Não pode haver sob qualquer hipótese, descaracterização do projeto inicial, o que não justificaria a necessidade do arquiteto se negar a se declarar autor do projeto. (RANGEL, 1998, p. 106)

Embora não se vislumbre regra jurídica que impeça que outro instituto tenha efeitos similares aos do tombamento, tem-se que os direitos de autor não devem ser erigidos ao mesmo patamar de proteção jurídica que é próprio do tombamento. Interpretar os direitos morais de autor como sucedâneo de tombamento pode gerar consequências graves e capazes de fossilizar o perfil dos imóveis construídos em solo brasileiro.

De modo objetivo, entende-se que o remédio para o problema apresentado reside na interpretação sistemática das normas sobre os direitos de autor. Nesse sentido, caso o autor do projeto original discorde da modificação pretendida pelo dono da obra, o art. 16 deverá ser interpretado de modo conjugado com o parágrafo único do art. 18, ambos da Resolução nº 67/2013 - CAU/BR.

Bem pensadas as coisas, o art. 16 da mencionada Resolução pode ser interpretado como uma regra aplicável à hipótese em que o dono da obra continua a atribuir a autoria ao criador do projeto original. Nesse caso, não será possível alterar o projeto sem o consentimento do autor do projeto original, o que parece razoável, dado que seu nome permanecerá vinculado à obra, de modo que há necessidade de preservar sua reputação profissional.

De outro lado, o parágrafo único do art. 18 dessa Resolução será empregado na hipótese em que o autor original discorda da alteração pretendida pelo dono da edificação. Nesse último caso, poderá o dono da obra modificá-la, mas, tendo o autor original discordado da alteração, a autoria do projeto não poderá mais ser a ele atribuída (lógica do repúdio à autoria do projeto arquitetônico modificado).

Por meio dessa linha de interpretação sistemática é possível preservar o direito de construir que integra o núcleo do direito de propriedade, sem que se imponha sacrifício à imagem e à reputação profissional do projetista original.

Além disso e conforme já foi mencionado, a modelagem da contratação do projeto de arquitetura pode ser concebida como uma salvaguarda adicional ao direito de construir. Nesse sentido, o art. 16 da Resolução nº 67/2013 abre a possibilidade de pactuação prévia sobre o direito de modificar a obra, sinalizando para a importância da modelagem contratual.

Tal dispositivo determina que as alterações em trabalho de autoria de arquiteto e urbanista, tanto em projeto como em obra dele oriunda, somente poderão ser realizadas mediante consentimento por escrito do autor original. Contudo, este não limita o momento em que o consentimento deverá ser dado pelo autor; apenas estabelece que deverá ser apresentado por escrito. É, assim, possível que o consentimento seja prestado pelo autor, por escrito e de antemão, ou seja, no instrumento por meio do qual se contratou o projeto arquitetônico.

Esse raciocínio se ajusta à regra prevista no *caput* do art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010, que admite expressamente pactuação sobre o assunto. Dessa maneira, é possível adotar medida preventiva capaz de assegurar eventual modificação futura do projeto ou da obra dele decorrente, evitando-se eventual embate sobre diferentes interpretações dos direitos morais de autor.

Tal medida preventiva corresponde à elaboração de cláusulas contratuais que permitam, de modo expresso e claro, a modificação do projeto e da obra por seu proprietário. Com essa providência é possível incrementar o nível de segurança jurídica sobre a possibilidade de modificar o projeto e a obra dele derivada.

Cláusulas contratuais representam meio de comprovação, por escrito, do consentimento do autor do projeto original, não havendo norma jurídica que situe esse consentimento no tempo e impeça, por exemplo, que ele seja dado logo na contratação inicial do projeto.

2.3 Normas atinentes à transmissão dos direitos de autor para a Administração Pública

A norma encartada no art. 111 da Lei Federal nº 8.666/1993 estabelece a cessão dos direitos patrimoniais e é silente quanto aos direitos morais de autor.

É possível identificar linha de entendimento segundo a qual mesmo a cessão dos direitos patrimoniais de autor à Administração Pública não ocorre de modo necessário e automático (por simples força de lei). Nessa toada, ao menos um Ministro do Tribunal de Contas da União (Ministro Guilherme Palmeira) aderiu a entendimento segundo o qual a cessão dos direitos patrimoniais de autor não é consectário legal da contratação do projeto, de modo que deve ser expressamente prevista no contrato entabulado entre a Administração Pública e o autor do projeto, entendimento esse externado no bojo da consulta formulada pelo Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (Processo nº 013.509/2007-8).

Vê-se que se reputa equivocado o entendimento de que a cessão dos direitos patrimoniais não ocorre de maneira automática. Isso porque a norma acom-

dada no art. 111 da Lei nº 666/1993 impõe essa cessão de maneira expressa e não confere alternativa à Administração Pública e ao contratado. Talvez com o propósito de tentar superar essa aparente falha - qual seja, a falta de previsão relativa à transmissão compulsória dos direitos patrimoniais de autor - o art. 80 da Lei Federal nº 13.303/2016 afirma que os direitos patrimoniais e autorais serão transferidos à empresa pública contratante.

De todo modo, o problema relacionado à preservação dos direitos morais relativos à obra no patrimônio jurídico de seu criador não foi enfrentado pelo art. 111 da Lei Federal nº 8.666/1993 e pelo art. 80 da Lei Federal nº 13.303/2016. Ainda que transferidos os direitos patrimoniais do autor à Administração Pública, os direitos morais de preservar a integridade da obra, bem como de alterá-la em momento futuro permanecem no patrimônio jurídico do autor (direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, nos termos do art. 27 da Lei Federal nº 9.610/1998). Entende-se, assim, que a previsão de cessão dos direitos de autor não resolve o problema estudado.

No caso de contratação realizada nos termos do art. 92 do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal (caso esse dispositivo seja sancionado pelo Presidente da República), não parece haver margem para discussões. Isso porque o dispositivo prevê que nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados o autor deverá ceder os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

É verdade que a cessão dos direitos patrimoniais de autor não abrange os direitos de alterar a obra e de se opor a modificações realizadas por terceiros, dado que eles correspondem a direitos morais de autor e, portanto, são inalienáveis e irrenunciáveis (cf. art. 24, incisos IV e V, c.c. o art. 27, ambos da Lei Federal nº 9.610/1998).

Entretanto, esse novo dispositivo expressamente permite que a Administração Pública altere livremente os projetos e serviços técnicos especializados, nas hipóteses em que houve cessão dos direitos para ela. Tal permissão legal não se confunde com a cessão de direitos patrimoniais, ainda que dela dependa por expressa previsão legal. A permissão para que a Administração Pública altere livremente projetos e serviços técnicos especializados estará prevista em norma de estatuta idêntica à Lei Federal nº 9.610/1998 (ou seja, habitará também uma lei federal), e representará norma especial e posterior - norma que deverá prevalecer, nos termos dos arts. 2º, § 1º, da LINDB.

Assim, nos casos disciplinados pelo art. 92 do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal, não parece existir dúvida quanto à possibilidade de alteração de projetos de arquitetura e engenharia pela Administração Pública (dono da obra). Essa possibilidade estará expressamente prevista em lei, como observado.

Cumpra acrescentar que o direito de repúdio subsiste mesmo diante do art. 92 do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal, uma vez que não é por ele expressamente revogado nem com ele incompatível. Com efeito, não é razoável atribuir ao projetista original, mesmo contra vontade sua (repúdio), a autoria de uma obra desfigurada de maneira unilateral pela Administração Pública.

De todo modo, nas contratações realizadas antes da entrada em vigor desse novo dispositivo (ressalta-se, ainda não sancionado pelo Poder Executivo), o problema parece aberto à discussão. Isso porque a nova lei não será aplicável aos contratos anteriores a ela e deve naturalmente respeitar atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos (art. 191, § 1º, do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal e art. 6º da LINDB).

2.4 Projeto autoral e seu respectivo suporte material: o que é protegido pelos direitos morais de autor?

Entende-se que os direitos morais de autor não dizem respeito propriamente ao bem físico produzido a partir de uma criação intelectual. Se um indivíduo adquire um livro e resolve rabiscá-lo, não há violação a direito de autor. A obra intelectual permanece íntegra: o que se modificou foi um exemplar do bem material produzido a partir daquela criação intelectual.

Rabiscar uma aquarela significa modificar a obra intelectual. De modo diverso, alterar uma obra construída a partir de um projeto de arquitetura em nada modifica a criação intelectual, que reside no projeto e não na obra, que é apenas sua expressão física, passível de ser replicada infinitas vezes.

A despeito dessas razões, tem-se que o art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010 estende a proteção do direito moral de autor também à obra resultante do projeto de arquitetura. Já a Lei Federal nº 5.194/1966 não parece conter norma semelhante. Esta última apenas assegura que os projetos e os planos de engenharia – nada fala quanto às obras deles resultantes – não poderão ser modificados por terceiros (art. 18 da Lei Federal nº 5.194/1966).

Diante desse quadro, parece razoável defender que o direito moral de autor (direito de alterar projetos com exclusividade) não se aplica à obra resultante do projeto ou plano de engenharia, que pode ser alterada livremente por seu dono.

Apenas a obra decorrente de projeto de arquitetura é que supostamente não poderia ser livremente modificada por seu dono (art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010). Entretanto e conforme se observou, os direitos morais de autor não impedem modificações desejadas pelo proprietário da edificação. Esses direitos autorizam o exercício do direito de repúdio à autoria da criação modificada, mas não impedem que essas alterações sejam realizadas pelo proprietário da edificação.

2.5 Todos os projetos de arquitetura e engenharia são tutelados pelos direitos de autor?

É preciso aferir se todos os projetos de engenharia ou de arquitetura são protegidos pelos direitos autorais e, em caso negativo, identificar o critério que separa aqueles que são agasalhados pelos direitos de autor, daqueles que não são objeto dessa proteção.

As leis que conferem proteção a projetos de arquitetura e de engenharia não esclarecem quais características eles devem possuir, para que sejam salvaguardados pelos direitos de autor.

É importante notar que a Lei Federal nº 9.610/1998 (lei posterior à Lei Federal 5.194/1966) disciplinou os direitos de autor de modo abrangente, consagrando uma espécie de regime geral dos direitos de autor, e adotou um critério destinado a indicar quais obras intelectuais são protegidas por aquela classe de direitos.

A Lei Federal nº 9.610/1998 confere proteção às criações de espírito (art. 7º) e abrange, de modo genérico, projetos, esboços e obras plásticas concernentes à engenharia e arquitetura (art. 7º, inc. X). Embora a lei tenha consagrado um requisito da obra intelectual que é permeada por direitos de autor, ela o fez de modo impreciso. Parece difícil definir o que representa uma criação de espírito.

É possível que sejam consideradas criações de espírito aquelas que emanam da criatividade humana, que trazem a característica da originalidade e expressam a individualidade de seus criadores. Assim, projetos que são ordinariamente encontrados em razão do trabalho de outros profissionais não poderiam ser considerados obras intelectuais protegidas, porque despidos dos elementos criatividade.

Cabe lembrar que as expressões “projeto de arquitetura” e “projeto de engenharia” são empregadas neste trabalho como qualquer uma das etapas relacionadas com o desenvolvimento do projeto de edificações (cf. ABNT NBR 16636-1:2017 e ABNT NBR 16636-2:2017), tais como levantamentos (fases

de obtenção de informações para elaboração e desenvolvimento do projeto), programas de necessidades (conjuntos de necessidades humanas, sociais, ambientais e funcionais do contratante/dono da obra), estudos de viabilidade, estudos preliminares (dimensionamentos preliminares dos conceitos dos projetos arquitetônicos e da edificação), anteprojetos (etapas de concepção e representação das informações iniciais do projeto), projeto legal ou para licenciamento (fase de representação das informações necessárias à aprovação do projeto pelas autoridades competentes), projeto básico (conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço, elaborado com base em estudos técnicos preliminares, que possibilita avaliação do custo da obra, definição dos métodos e do prazo de execução), projetos executivos ou para execução (representação final e completa das informações técnicas do projeto, suficiente à execução da obra) e projeto completo.

Reputa-se que apenas as etapas efetivamente criativas da concepção de projetos - etapas que representam criações intelectuais originais - é que são protegidas pelos direitos de autor. Considera-se que as etapas criativas de concepção da obra têm início com os estudos preliminares e culminam com o projeto completo.

Desse modo, as fases anteriores aos estudos preliminares, as quais se referem à fase de coleta de informações (levantamentos), ao diagnóstico das necessidades dos usuários da edificação (programas de necessidades), à avaliação prévia de alternativas para a concepção da edificação etc., não são protegidas por direitos de autor, dado que não constituem obras intelectuais criativas e que refletem a individualidade de seus autores.

A aferição da criatividade dos projetos de arquitetura e engenharia escapa do terreno jurídico; depende de avaliação a ser realizada por profissionais habilitados nas áreas pertinentes (arquitetura ou engenharia). Os estudos preliminares de engenharia ou de arquitetura, assim como as etapas seguintes do processo de concepção, elaboração e desenvolvimento do projeto, contam com vocação para a proteção autoral.

Entretanto, apenas avaliação de profissional habilitado é que poderá indicar se o projeto de engenharia ou de arquitetura é concretamente um trabalho dotado de criatividade e, portanto, protegido pelos direitos de autor. Essa não é uma análise propriamente jurídica; representa exame pertinente às searas da arquitetura e da engenharia e que, portanto, deve ser realizado por profissional habilitado na área respectiva.

Em conclusão, a definição sobre a incidência ou não de direitos de autor sobre determinado trabalho depende de aferição de níveis de criatividade minimamente significativos. Essa avaliação escapa do âmbito jurídico e depende de

exame que deve ser realizado por profissional da área de arquitetura ou de engenharia, a depender da natureza do projeto.

De todo modo, parece possível reconhecer que as etapas anteriores aos estudos preliminares não recebem proteção dos direitos de autor, pois não traduzem imediatamente um produto criativo. Levantamentos, programas de necessidades e estudos de viabilidade são etapas técnicas; não representam fases que contêm trabalhos marcados pela nota da criatividade.

2.6 O exercício do direito de repúdio afasta o dano decorrente da alteração do projeto?

O procedimento adequado para se alterar um projeto de arquitetura ou de engenharia é composto por consulta prévia ao respectivo autor, para que ele possa exercer o direito de repúdio à paternidade da obra, caso discorde das alterações que serão realizadas. Tal procedimento afasta eventual violação a direito de autor. Confira-se:

O art. 27 da Lei nº 5.988/73 introduziu o denominado “direito ao repúdio”, também previsto no art. 26 da Lei nº 9.610/1998, por meio do qual o autor pode rejeitar a paternidade do projeto arquitetônico quando foi alterada, sem seu consentimento, a obra que nele se baseia e o retrata. [...] Trata-se de ponderação entre o direito de propriedade e o direito moral do autor do projeto, pois não seria cabível que o conteúdo do direito de propriedade, que já sofre várias restrições, tivesse mais uma, impossibilitando ao proprietário modificar o prédio segundo as necessidades atuais, que podem não ser as mesmas ao tempo da concepção do projeto. A família alarga-se e restringe-se, refletindo-se na adaptação do imóvel onde reside, sendo lícito ao proprietário melhor adequá-lo às suas necessidades. O mesmo se diga quanto a imóveis de fins não-residenciais, inclusive os de fins institucionais. A alteração do projeto arquitetônico não poderá ser impedida, devendo o autor repudiá-lo de forma expressa, para que seu nome não possa mais ser ligado a ele. Para tanto, atitude prudente do proprietário é notificar o autor quanto à intenção de modificar o projeto, dando-lhe, inclusive, a oportunidade de se interessar pela reforma. (CHINELLATO, 2008, p. 197-198)

Conforme já trabalhado acima, o direito de repúdio é o instrumento legal destinado a preservar a honra e a dignidade do profissional (arquiteto ou engenheiro) que tem seu projeto modificado pelo proprietário da edificação. Eventual alteração realizada depois do exercício do direito de repúdio não deve ser tomada como causadora de dano moral ao antigo autor. Primeiro, porque ele não mais detém direito de autor sobre a obra repudiada, de modo que não há direito a ser

violado pela alteração. Segundo, porque sua honra e dignidade profissional estão devidamente preservadas da maneira prevista pelo sistema jurídico – qual seja, por meio do direito de repúdio –, de modo que não há dano a ser indenizado.

3. O QUE SE PODE EXTRAIR DE JULGADOS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS AOS PROJETOS DE ARQUITETURA E ENGENHARIA?

Neste setor do artigo pretende-se apresentar uma tabela que revele de que maneira são aplicados, na prática, os direitos de autor relacionados com projetos de arquitetura e engenharia.

A pesquisa foi desenvolvida no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, assim como no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁶ Foram selecionados órgãos do plano federal (TCU e STJ) e do plano estadual em que o autor da pesquisa está profissionalmente inserido (TCE/SP e TJ/SP).

Os entendimentos encontrados podem ser apresentados, de forma consolidada, conforme Quadro 1.

Quadro 1 Apresentação dos entendimentos encontrados

Julgados do TCU que indicam que a cessão dos direitos patrimoniais não opera de modo automático:	Acórdão nº 2665/2015 – Plenário. Acórdão nº 1309/2014 – Plenário. Acórdão nº 883/2008 – Plenário.
Julgados do TCU que sinalizam a possibilidade de cláusulas contratuais de cessão de direitos autorais, de modo a autorizar a contratação de terceiros para realizar as modificações e/ou atualizações necessárias nos projetos:	Acórdão nº 2536/2013 – TCU – 2ª Câmara.
Julgados do TCU que indicam que a regra é a contratação dessas alterações mediante licitação:	Acórdão 1980/2004 – Primeira Câmara. Decisão 434/2001 – Plenário. Acórdão 1536/2004 – Plenário. Acórdão 190/2001 – Plenário.
Julgados do TCU que admitem que seja entablado aditivo para atualização do projeto original, desde que o valor dessa contratação não supere 25% do valor do contrato, nos termos do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993:	Acórdão 1536/2004 – Plenário. Acórdão 190/2001 – Plenário.
Julgados do TCU que admitem contratação direta dos detentores dos direitos de autor sobre projetos de engenharia (inexigibilidade de licitação), caso a Administração Pública opte fundamentadamente por reutilizar esses projetos em outras obras:	Acórdão 596/2008 – Plenário.

⁶ A metodologia de pesquisa, que abrange os termos de pesquisa utilizados, a quantidade de julgados encontrados e as datas das pesquisas, pode ser consultada na dissertação que está disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28296/Disserta%3%a7%c3%a3o%20para%20novo%20upload.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulta em: 28 jan. 2021).

Quadro 1 Apresentação dos entendimentos encontrados

(Cont.)

Julgados do TCU que admitem contratação direta do autor do projeto, caso a obra tenha sido parcialmente executada e a contratação original tenha levado em conta a excelência do profissional contratado:	Acórdão 1980/2004 — Primeira Câmara.
Julgados do TCU que consideram imprescindível autorização do autor do projeto para que ele possa ser reutilizado em outra construção:	Acórdão 2665/2015 — Plenário. Acórdão 1309/2014 — Plenário.
Julgados do TCU que consideram imprescindível nova Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) para eventual modificação ao projeto:	Acórdão 2665/2015 — Plenário. Acórdão 1309/2014 — Plenário.
Julgados do TCU que indicam que alterações ao projeto dependem de autorização do respectivo autor:	Acórdão 1309/2014 — Plenário.
Julgados do TCU que indicam que alterações ao projeto não dependem de autorização do respectivo autor:	Acórdão 1980/2004 — Primeira Câmara. Acórdão 190/2001 — Plenário. Acórdão 1536/2004 — Plenário.
Julgados do TCU que indicam que a cessão dos direitos de autor permite que outros profissionais sejam contratados para modificar os projetos de arquitetura e engenharia:	Acórdão 2536/2013 — Segunda Câmara. Acórdão 1309/2014 — Plenário.
Julgados do TCU que indicam que o autor do projeto de engenharia é obrigado a ceder os direitos de autor:	Acórdão 190/2001 — Plenário. Acórdão 1536/2004 — Plenário.
Julgados do TCE/SP que indicam que a regra é a contratação dessas alterações mediante licitação:	TC-00002224/003/08 (julgado da Primeira Câmara e, posteriormente, do Plenário).
Julgados do TCE/SP que indicam que a cessão dos direitos patrimoniais não opera de modo automático:	TC-001371/006/2012 — Segunda Câmara.
Julgados do TCE/SP que indicam que o autor do projeto não é obrigado a ceder os direitos de autor:	TC-001371/006/02 — Plenário.
Julgados do STJ que indicam que a modificação da obra sem anuência do autor do projeto original enseja apenas a impossibilidade de se atribuir a autoria da obra alterada a ele:	Resp 1290112/PR — Quarta Turma.
Julgados do STJ que revelam que a obra pode ser alterada por outro profissional, caso o autor do projeto original esteja impedido ou se recuse a modificá-la:	Resp 1290112/PR — Quarta Turma.
Julgados do STJ que revelam que o estudo preliminar, o anteprojeto e o projeto de execução compõem o projeto arquitetônico e são protegidos por direitos de autor:	Resp 1423288/PR — Terceira Turma.
Julgados do STJ que indicam que a ocorrência de plágio depende da intenção do agente de usurpar projeto alheio, não sendo suficiente a mera semelhança total ou parcial entre projetos:	Resp 1423288/PR — Terceira Turma.
Julgados do TJ/SP que demonstram a necessidade de se consultar o autor antes de se alterar projeto de sua autoria (consulta para que o autor tenha oportunidade de exercer o direito de repúdio):	Apelação com Revisão 0076627-27.1995.8.26.0000 — Sexta Câmara de Direito Privado.
Julgados do TJ/SP que revelam que se o autor não exercer o direito de repúdio oportunamente, subentende-se que ele concordou com as alterações ao projeto por ele criado (julgados que admitem concordância tácita com modificações a projetos):	Apelação com Revisão 9055388-03.1998.8.26.0000 — Sexta Câmara de Direito Privado de Férias.
Julgados do TJ/SP que permitem inferir que se o autor foi previamente consultado pelo dono da obra, não terá direito a indenização em razão de alteração ao projeto de sua autoria, dado que respeitado o direito de repúdio:	Apelação com Revisão 0076627-27.1995.8.26.0000 — Sexta Câmara de Direito Privado.
Julgados do TJ/SP que admitem que projetos arquitetônicos entregues de forma incompleta sejam modificados durante o respectivo processo de finalização:	Apelação com Revisão 0076627-27.1995.8.26.0000 — Sexta Câmara de Direito Privado.
Julgados do TJ/SP que indicam que o projeto e a construção são objetos inconfundíveis, de maneira que a modificação da obra não significa alteração do projeto:	Apelação 9270970-10.2008.8.26.0000 — Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado.
Julgados do TJ/SP que revelam que projetos de arquitetura apenas são protegidos por direitos de autor se contarem com originalidade, ainda que relativa:	Apelação 0065261-18.2009.8.26.0576 — Segunda Câmara de Direito Privado.
Julgados do TJ/SP que revelam que a repetição de elementos de arquitetura (por exemplo, de uma espécie de pilar, de porta ou de janela) não constitui plágio de projeto arquitetônico:	Apelação 0200807-18.2009.8.26.0100 — Sexta Câmara de Direito Privado.

Fonte: Elaboração dos autores.

4. SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DE PESQUISA: ALTERNATIVAS PARA SUPERAÇÃO DO PROBLEMA

Uma vez superadas as análises técnica e de jurisprudência, o artigo passa a apresentar alternativas para o enfrentamento do problema estudado, qual seja, a potencial invocação dos direitos morais de autor com vistas a impedir a modificação de projetos de arquitetura e de engenharia sem anuência de seus criadores.

Busca-se aqui fornecer sugestões juridicamente fundamentadas, desdobradas em abordagens preventivas (modelagem de contratos) e supervenientes (condutas que podem ser adotadas pelo dono da obra na fase pós-contratual, com vistas a assegurar a alteração dos projetos arquitetônicos e de engenharia).

4.1 Sugestões para prevenção do problema: modelagem de contratos

Já se observou que os direitos morais de autor não se prestam a impedir modificações de projetos de arquitetura e engenharia, sendo assegurado ao projetista original eventual exercício do direito de repúdio.

A despeito disso, parece possível conceber disposições editalícias ou cláusulas contratuais que enfrentem essas questões preventivamente, incrementando o grau de segurança jurídica atinente à possibilidade de alteração de projetos de arquitetura e de engenharia. A fase de contratação dos projetos de arquitetura e de engenharia representa uma espécie de janela de oportunidade para ajustes pertinentes aos direitos de autor.

O art. 16 da Lei Federal nº 12.378/2010, o art. 17 da Lei Federal nº 5.194/1966 e o art. 621 do Código Civil permitem que os direitos de autor sejam disciplinados por meio de contrato.⁷

Não se detecta regra jurídica a impedir que os autores (arquitetos ou engenheiros) concedam seu consentimento às alterações concebidas por outros profissionais, admitindo que elas sejam implementadas. Eventual consentimento antecipado, previsto em contrato, não se confunde com a cessão de direito.

⁷ Na dissertação disponível no sítio eletrônico <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28296/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20para%20novo%20upload.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulta em: 28 jan. 2021), é possível encontrar uma série de sugestões de cláusulas que podem servir como base para arranjos contratuais sobre os direitos de autor relativos a projetos de arquitetura e engenharia.

Note-se que o consentimento é conferido justamente por aquele que detém – e continua a deter – o direito. Aquele que cede o direito não mais pode exercê-lo.

Importante também dizer que cláusulas dessa natureza podem ser encontradas em contratos públicos de destaque.

Na minuta de contrato (Anexo VI) que integrou o Edital do Concurso Nacional de Arquitetura para restauro e modernização do edifício-monumento do Museu Paulista da Universidade de São Paulo,⁸ com período de inscrições compreendido entre 07 de setembro de 2017 e 15 de outubro de 2017, constou a seguinte cláusula contratual:

13. CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DA PROPRIEDADE E AUTORIA DOS SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

13.1 A CONTRATADA, declarando ser a autora do projeto objeto deste contrato, cede e transfere, para a construção, ampliação, adequação, reforma e restauro, seus direitos patrimoniais de autor do projeto discriminados nos itens seguintes, bem como a utilização do projeto que poderá eventualmente ser adaptado, ou revisado para implantação no mesmo local, na forma, extensão e aplicação da legislação em vigor, e da que vier a vigorar no futuro.

13.2 Por meio do presente contrato, a CONTRATADA transfere definitivamente todos os direitos, sobre o projeto realizado, em todos os seus aspectos, manifestações e aplicações diretas ou indiretas, modificações, adaptações, extensões e aplicações que forem necessárias para o exercício dos direitos cedidos, a exclusivo arbítrio da CONTRATANTE.

13.3 O projeto executivo completo e complementares de engenharia, assim como o parecer técnico, dados, pesquisas, relatórios, quaisquer outros levantamentos, ou documentos elaborados ou copiados pela CONTRATADA em decorrência deste contrato, serão de propriedade exclusiva da CONTRATANTE, que poderá cedê-los.

Essa cláusula parece ilustrar a possibilidade de se assegurar, por meio de arranjos contratuais, que o projeto possa ser futuramente alterado pelo dono da edificação.

⁸ Minuta disponível em: <https://sites.google.com/usp.br/museudoipiranga/documentação-e-pasta-técnica>. Acesso em: 2 jan. 2020. Órgão promotor: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo. Apoio Institucional: Instituto de Arquitetos do Brasil – Departamento de São Paulo e Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo.

4.2 Recomendações de condutas que podem ser adotadas na fase pós contratual

Observou-se que o Tribunal de Contas da União exige que eventuais alterações em projetos sejam contratadas por meio de licitação. Essa é a conclusão que se extrai dos seguintes julgados: Acórdão 1980/2004 - Primeira Câmara, Decisão 434/2001 - Plenário, Acórdão 1536/2004 - Plenário e Acórdão 190/2001 - Plenário.

Entretanto, há julgado do Tribunal de Contas da União que sinaliza no sentido de que eventual modificação do projeto deve, em princípio, ser realizada pelo respectivo autor.⁹ Conforme razões já apresentadas, esse entendimento do Tribunal de Contas da União contraria o sistema jurídico brasileiro, que admite que a obra seja livremente alterada pelo respectivo proprietário, assegurado ao autor original o direito de repúdio.

O autor do projeto original não conta com um suposto direito de ser diretamente contratado para realizar a alteração, de modo que, em regra, essa contratação deve ser realizada mediante licitação.

Caso o projeto original tenha sido contratado sem licitação, em razão da singularidade do objeto e das características especiais do profissional (profissional dotado de notória especialização), se mostra razoável entender que a contratação subsequente, voltada a viabilizar alteração desse projeto - alteração que envolva o aspecto criativo da obra, segundo avaliação técnica a ser realizada por profissional da seara da arquitetura ou da engenharia, conforme o caso -, deverá também ser feita por inexigibilidade (art. 25, inc. II, da Lei Federal nº 8.666/1993 e art. 73, *caput* e inciso III, alínea "a", do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal), desde que o dono da obra pretenda conservar o aspecto criativo original (singularidade do objeto) e a autoria do projeto original.

Se o projeto desenvolvido é único e foi concebido por profissional de qualificação ímpar, seria contraditório contratar eventual alteração do projeto por meio de licitação, caso se pretenda preservar o aspecto criativo original e a respectiva autoria.

Importante mencionar que o preço da contratação deve ser justificado também nos casos de inexigibilidade de licitação (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993 e art. 71, inciso VII, do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal).

⁹ Acórdão 1309/2014 - Plenário do TCU, Data da sessão: 21.05.2014.

Oportuno acrescentar que o Decreto Federal 10.024/2019, que regula-menta o pregão eletrônico, expressamente engloba os serviços comuns de engenharia (vide arts. 1º e 3º, inc. VIII, ambos do mencionado Decreto Federal). Também o Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal, admite a realização de pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia (alínea “a” do inciso XXI do art. 6º, c.c. o parágrafo único do art. 29, ambos do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal).

De todo modo, mesmo que o objeto a ser contratado (serviço de alteração de projeto arquitetônico ou de engenharia) não seja singular e que não dependa da contratação de profissional de notória especialização, para que se realize licitação é imprescindível ter a certeza de que não há exigência legal de que a modificação apenas pode ser concebida pelo autor do projeto original.

As diversas normas pertinentes aos direitos de autor podem gerar certa dificuldade de interpretação ao gestor público, conduzindo-o – equivocadamente, segundo se defende neste trabalho – a contratar diretamente o projetista original, justamente em razão dos direitos morais de autor.

O gestor público não tem o dever de contratar o autor do projeto original diretamente, ou seja, sem licitação (suposto caso de inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição, nos termos do *caput* do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/1993 ou do *caput* do art. 73 do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal).

Entende-se que a previsão legal do direito de repúdio revela que a contratação do projetista original não é obrigatória, cabendo ao criador da obra repudiar a autoria, caso discorde das modificações implementadas.

A legislação atinente aos direitos de autor acolhe o direito de repúdio, deslocando a responsabilidade pelo projeto modificado ao autor das alterações efetuadas (art. 18, parágrafo único, da Lei Federal nº 5.194/1966, art. 26, *caput*, da Lei Federal nº 9.610/1998 e art. 16, §4º, da Lei Federal nº 12.378/2010).

Insiste-se que direito de repúdio soluciona a tensão entre o direito de propriedade e o direito de autor, indicando que as obras podem ser livremente alteradas por terceiros e que ao autor original será dado se desvencilhar da autoria, caso não concorde com essas modificações. A existência do direito de repúdio demonstra que a obra pode ser alterada livremente por seu proprietário.

Oportuno dizer que se a contratação for realizada nos termos do art. 92 do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal (caso esse dispositivo seja sancionado pelo Presidente da República), haverá autorização legal expressa para que as alterações sejam livremente efetuadas pela Administração Pública. Diante desse quadro, o autor deve ser consultado sobre a modificação de projeto pretendida pela Administração Pública, que o informará sobre a futura abertura de licitação.

Tal consulta tem como único objetivo viabilizar o exercício do direito de repúdio pelo autor. Não se trata de consulta destinada a obter a autorização do autor do projeto original que se pretende modificar – autorização que, inclusive, é expressamente dispensada pelo art. 92 do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal. Eventual discordância do autor com as modificações objetivadas pelo dono da obra não impede que elas sejam feitas; autoriza, apenas, o exercício do direito de repúdio (*vide*, por exemplo, art. 26 da Lei Federal nº 9.610/1998).

Caso o autor concorde com a modificação pretendida, a Administração Pública poderá contratá-lo, desde que ele vença a licitação realizada. Se o autor da obra original não vencer a licitação, outro profissional (licitante vencedor) deverá ser contratado. Importante dizer que a necessidade de licitação subsiste, mesmo que eventualmente se discorde das conclusões anteriormente enunciadas. Nesse sentido, ainda que se entenda que ao autor original é assegurado direito moral de alterar a obra com exclusividade, tal direito não é incompatível com o processo licitatório.

Aqui, a justificativa vale-se de reflexões extraídas de julgado do Superior Tribunal de Justiça,¹⁰ que indicou que a recusa em prestar colaboração profissional e o impedimento de ser contratado constituem circunstâncias que autorizam que outro profissional altere o projeto.

No âmbito do processo licitatório, eventual apresentação de proposta desvantajosa pelo autor do projeto original deve ser interpretada como recusa de prestar colaboração profissional em condições que possam ser validamente aceitas pela Administração Pública, não havendo alternativa que não contratar terceiro (proposta vencedora apresentada no processo licitatório) para prestar os serviços.

O fato de o autor da obra original não ter vencido a licitação ou dela não ter participado deve ser interpretado como recusa dele em prestar sua colaboração profissional, em termos que poderiam ser aceitos pela Administração Pública. Assim, a Administração Pública poderá contratar terceiro (licitante vencedor), ficando assegurado ao autor eventual exercício do direito de repúdio à autoria da obra modificada.

É possível também que se entenda que ao não vencer a licitação, o autor da obra original incide em impedimento legal, não podendo ser contratado pela Administração Pública. Aquele que não vence a licitação está impedido de celebrar o contrato dela decorrente, em virtude de previsão legal (vedação à preterição da ordem de classificação da licitação, que deriva do art. 37, XXI, da CRFB/1988, do art. 50 da Lei Federal nº 8.666/1993, do art. 4º, incisos XXI e XXII da Lei Federal nº 10.520/2002, etc).

¹⁰ Resp 1290112/PR.

Entende-se que a recusa em prestar colaboração profissional e o impedimento de ser contratado autorizam que outro profissional modifique o projeto. É isso que se infere do julgado prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça Caso o prazo de vigência do contrato ainda não tenha esgotado, é possível cogitar a alteração do contrato de modo unilateral pela Administração Pública (art. 58, inciso I, c.c. o art. 65, ambos da Lei Federal nº 8.666/1993 e art. 103, inciso I, c.c. o art. 123, inciso I, alínea “a”, do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal).

Em resumo, a licitação será considerada inexigível se a alteração que se pretende contratar se referir a projeto que foi originalmente contratado sem licitação, dadas as características singulares do objeto e a notória especialização do contratado, e caso seja necessário preservar o perfil criativo do bem (hipótese em que essa preservação apenas pode ser assegurada por meio da contratação do projetista original) e a autoria original do projeto.

Entende-se que é necessário realizar licitação nos demais casos – exceto em caso de dispensa de licitação em razão do valor.

5. CONCLUSÃO

Por meio de interpretação sistemática do ecossistema normativo sobre direitos morais de autor se demonstrou que os projetos arquitetônicos e de engenharia podem ser livremente modificados pelo proprietário da construção, mesmo em caso de discordância do projetista original, sendo assegurado a este último eventual exercício do direito de repúdio (medida que afasta a produção de dano moral ao autor).

Ainda com fundamento no quadro normativo analisado, foi proposto que o exercício dos direitos morais de autor pode ser validamente disciplinado por meio de contrato.

De todo modo, tendo em vista que o sistema jurídico permite que a construção seja livremente alterada por seu proprietário, mesmo contra a vontade do autor do respectivo projeto original (reservando-se a esse autor o exercício do direito de repúdio), cláusulas contratuais representam apenas uma salvaguarda adicional e, por essa razão, são absolutamente dispensáveis.

Buscou-se depurar uma série de julgados relativos ao tema e selecionados com rigor metodológico, de modo a avaliar de que maneira ele tem sido enfrentado pelos órgãos de controle externo – julgados do Tribunal de Contas da União, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A partir dos entendimentos encontrados nesses julgados foram apresentadas reflexões voltadas a contribuir para a solução do problema de pesquisa,

tendo sido formulada sugestão de comportamento que pode ser adotado pelo dono da obra, caso o contrato relativo ao projeto arquitetônico ou de engenharia não tenha disciplinado o exercício dos direitos de autor.

Estas são as orientações formuladas para enfrentamento do problema pelo dono da obra:

1. O autor deve ser consultado sobre a modificação de projeto pretendida pela Administração Pública, que o informará sobre a futura abertura de licitação. Essa consulta tem como único objetivo permitir eventual exercício do direito de repúdio pelo autor do projeto que se pretende alterar.
2. Eventual discordância do autor do projeto original com as modificações pretendidas pelo dono da obra não impede que elas sejam feitas; autoriza, apenas, o exercício do direito de repúdio. A tensão entre o direito de construir que integra o direito constitucional de propriedade e os direitos morais de autor foi solucionada pelo sistema jurídico brasileiro por meio do direito de repúdio, que permite ao projetista original renunciar à autoria de obra modificada sem seu consentimento.
3. Ao autor do projeto original é assegurado manifestar sua concordância com a alteração de projeto ou dela discordar, caso em que poderá exercer o direito de repúdio. Entretanto, não é necessário obter uma autorização do autor para que a obra possa ser alterada pelo respectivo proprietário.
4. Se o autor concordar com a modificação pretendida, a Administração Pública poderá contratá-lo, desde que ele vença a licitação.
5. Se o autor da obra original não vencer a licitação, outro profissional (licitante vencedor) deverá ser contratado.
6. A licitação não impede que o autor do projeto original seja contratado para alterar a obra intelectual por ele criada. Entretanto, caso o autor não demonstre interesse em participar da licitação, ou caso não ofereça a melhor proposta, a Administração Pública deverá contratar outro profissional para prestar os serviços.
7. O sistema jurídico brasileiro prevê o direito de repúdio, que revela a possibilidade de modificação de projetos por terceiros. As normas de direitos de autor que indicam que o projetista original deve ser obrigatoriamente contratado devem ser aplicadas apenas aos casos em que o dono da construção pretende preservar a autoria inicial. Caso não se pretenda conservar a autoria original, a obra poderá ser livremente alterada por outros profissionais, assegurado ao projetista original o exercício do direito de repúdio (linha de entendimento sistemático que preserva o direito de construir, inerente ao direito constitucional de propriedade, bem como protege a imagem e reputação profissional do projetista original). Caso se discorde desse entendimento, sustentando-se um suposto direito moral de alterar a obra com exclusividade, o fato de o autor da criação original não ter vencido a licitação ou dela não ter participado deve ser interpretado como

espécie de recusa dele em prestar sua colaboração profissional, em termos que poderiam ser validamente aceitos pela Administração Pública. Assim, a Administração Pública poderá contratar terceiro (licitante vencedor), ficando reservado ao autor original eventual exercício do direito de repúdio. É possível também que se entenda que ao não vencer a licitação, o autor da obra original incide em impedimento legal, não podendo ser contratado pela Administração Pública. Essas linhas de pensamento se alinham ao entendimento plasmado em julgado do Superior Tribunal de Justiça,¹¹ que admite a contratação de terceiros em caso de recusa ou impedimento do projetista original.

8. Caso o projeto original tenha sido contratado sem licitação (singularidade do objeto e profissional dotado de notória especialização), a contratação seguinte, voltada a viabilizar alteração desse projeto, deverá também ser realizada por inexigibilidade, desde que, cumulativamente, a modificação envolva o aspecto criativo da obra (avaliação técnica a ser realizada por profissional do campo da arquitetura ou da engenharia, conforme o caso), a Administração Pública pretenda conservar as características da criação original (singularidade do objeto), bem como a respectiva autoria original (notório especialista). Caso não se pretenda preservar o perfil criativo da obra e a autoria original, a alteração do projeto deverá ser contratada mediante licitação, reservado ao projetista original eventual exercício do direito de repúdio.

REFERÊNCIAS

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade*: reflexões à luz do Código Civil. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

DO CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. Tese (Doutorado em Direito) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022013-113746/pt-br.php>. Acesso em: 3 fev. 2021.

FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Arquitetura e engenharia com direitos autorais*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano e infraestruturas*. São Paulo: Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

RANGEL, Luciana Freire. *O direito de autor na obra de arquitetura*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1998.

¹¹ Resp. 1290112/PR.

PREFÁCIO AO CAPÍTULO 17

Foi um enorme prazer orientar o Rafael, que escreveu um interessantíssimo trabalho sobre o redesenho do sistema de cobrança e a implantação do CEJUSC Dívida Ativa como alternativa à exclusiva judicialização dos créditos da Fazenda Pública, a partir da experiência adotada no município de Manaus.

Tal como se espera dos melhores trabalhos do Mestrado Profissional, Rafael partiu de um problema de pesquisa prático para trabalhar soluções inovadoras, a partir de um trabalho empírico muito bem desenvolvido em relação à implementação de política de redesenho do sistema de cobrança de créditos públicos com base em mecanismos consensuais de solução de conflitos.

Rafael partiu de diagnóstico empírico para propor alternativas ao Judiciário para a gestão e cobrança de créditos públicos, fazendo uso de técnicas de desenho de sistema de resolução de disputas, sem descuidar das críticas e limites dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, especialmente quando há a presença de um litigante repetitivo como a Fazenda Pública em um dos lados da disputa, com maior poder de barganha e assimetria informacional.

Ao final, Rafael chegou a um desenho customizado do sistema de cobrança por meio de projeto-piloto do CEJUSC Dívida Ativa como alternativa pré-processual ao atual modelo de exclusiva judicialização da cobrança de créditos públicos, e fez isso sob as lentes da eficiência da gestão e da qualidade da participação dos atores envolvidos e dos resultados obtidos.

Rafael foi um pesquisador muito dedicado, que a partir do seu lugar de fala soube descrever e ao mesmo tempo ajudar a desenvolver o projeto que ganhou vida para além das páginas de sua dissertação, e cujo artigo ora produzido será muito útil àqueles que estudam o tema dos mecanismos consensuais de solução de conflito envolvendo a Administração Pública.

Daniela Monteiro Gabbay

O REDESENHO DO SISTEMA DE COBRANÇA E A IMPLANTAÇÃO DO CEJUSC DÍVIDA ATIVA COMO ALTERNATIVA À EXCLUSIVA JUDICIALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA ADOTADA NO MUNICÍPIO DE MANAUS

Rafael Albuquerque Gomes de Oliveira

1. INTRODUÇÃO

Partindo-se do modelo vigente de cobrança de créditos titularizados pela Fazenda Pública por meio de execuções fiscais, almeja-se, no presente artigo, apresentar o seu esgotamento, os principais fatores determinantes para este fato e a experiência adotada no município de Manaus na implementação de uma política de redesenho do sistema de cobrança, a partir de mecanismos extrajudiciais e da implantação do CEJUSC Dívida Ativa.

A escolha do problema que norteou o estudo se deu inicialmente porque, de acordo com relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2012, em que feito o levantamento dos 100 maiores litigantes do país, o município de Manaus figurava na 3ª posição na lista consolidada das três Justiças (Estadual, Federal e do Trabalho), responsável por 1,32% de processos dentre o total ingressado entre 1º

de janeiro e 31 de outubro de 2011, atrás apenas do Instituto Nacional do Seguro Nacional e da BV Financeira, e à frente da Fazenda Nacional e de grandes instituições bancárias, tendo saltado da 11^a posição de levantamento anterior.

Após esses estudos do CNJ acerca dos maiores litigantes, cujo material mais recente é de 2012, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) também divulgou uma pesquisa sobre litigiosidade, em 2015.

Apesar de seu objeto bem mais restrito, eis que utilizada a base de processos de apenas 11 unidades federativas, a pesquisa identificou que o poder público também figurou como o principal litigante em pelo menos 9 daquelas, destacando-se, por exemplo, o setor público municipal como autor de 62,3% dos processos ajuizados na Justiça Estadual de São Paulo no período analisado.¹

Tais dados levaram à constatação de que a litigiosidade envolvendo atores públicos decorre do elevado acervo de execuções fiscais, de modo que, apesar da importância de estudos específicos para permitir a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública em searas além da judicial, e por meio de outros métodos, que não exclusivamente a imposição da vontade do Estado-Juiz, há questões que os precedem que necessitam ser enfrentadas.

Assim, para a resolução de conflitos envolvendo a cobrança de créditos públicos, torna-se indispensável fazer previamente um diagnóstico do estoque da dívida ativa e propor um redesenho da estrutura administrativa de cobrança, de acordo com o perfil da dívida e das falhas encontradas, para então se identificar alguma maneira de, persistindo a inadimplência, facultar às partes formas alternativas na tentativa de solução do litígio.

Dentre as hipóteses levantadas nos estudos que ensejaram a pesquisa aqui relatada, destacam-se a de que a ineficiência do atual modelo de cobrança de créditos públicos, que se dá basicamente por meio da exclusiva judicialização, enfrenta total esgotamento; de que há falhas de governança em todo o processo de cobrança, muitas das quais são passíveis de correção por meio de regulamentação; e a de que é juridicamente possível um redesenho do fluxo da cobrança e a adoção da conciliação prévia ao processamento de execuções fiscais, providências potencialmente mais eficazes à satisfação do crédito.

Seguindo a tendência da composição de conflitos por meio da transação e de outros mecanismos consensuais pela Administração Pública, defendida de modo crescente tanto em sede doutrinária quanto na literalidade de disposições normativas, elencar-se-ão, ao final, as vantagens e desvantagens do redesenho

¹ SADEK, Maria Tereza (Coord.). *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

escalonado do sistema de cobrança e da implementação do CEJUSC Dívida Ativa como mecanismo prévio à execução daqueles créditos inadimplidos.

2. O ATUAL MODELO DE COBRANÇA DE CRÉDITOS PÚBLICOS

2.1 Dados que revelam seu esgotamento e as falhas de governança

Os créditos públicos² objeto do presente estudo correspondem a todas as receitas passíveis de serem obtidas pelo Poder Público diretamente dos cidadãos, principalmente de natureza tributária, mas abrangendo também multas por infração e penalidades atribuídas por órgãos de controle.

Como preponderantemente os créditos decorrem da atividade tributária, é natural que se passe a tecer maiores reflexões acerca dessa relação que envolve o Estado e os contribuintes.

A ineficiência da cobrança administrativa, antes mesmo de qualquer irresignação do contribuinte, é o primeiro fator com potencial para gerar um elevado número de executivos fiscais ajuizados, uma vez que mesmo não localizado o devedor, e sem outros mecanismos de repetição da cobrança, muitas das vezes se parte diretamente para a cobrança judicial.

O contribuinte poderá também, caso localizado e não tenha liquidado a cobrança, manifestar sua irresignação administrativa, impugnando, por exemplo, o lançamento.

A irresignação do contribuinte gera, no âmbito do processo administrativo fiscal, a instauração de uma fase instrutória e de julgamento, com ampla previsão de recursos, sobrevivendo, ao final, o reconhecimento da nulidade do lançamento ou a sua manutenção, total ou parcial, momento em que se opera a constituição definitiva do crédito tributário, sendo o contribuinte novamente instado a, no prazo legal, mais uma vez, adimplir a obrigação tributária.

Vencida a obrigação, sem que tenha havido o pagamento, o Poder Público inscreve o débito em dívida ativa e se vê compelido a utilizar meios forçados de

² A expressão “créditos públicos” aqui referida corresponde aos créditos da Fazenda Pública, ou os créditos por ela titularizados. Faz-se o registro para esclarecer que não se adotou aqui o conceito financeiro da expressão.

cobrança, utilizando-se, historicamente, de um único modal para perseguir o devedor: o ajuizamento de execução fiscal.

A porta única do ajuizamento imediato da execução fiscal, independentemente do diagnóstico do perfil do devedor ou da dívida, que pelo seu rito corresponde a um meio de expropriação de bens, é o segundo fator com potencial para gerar o esgotamento do modelo.

Assim, a atuação do órgão judicial, que poderia estar restrita a discussões de maior complexidade e àquelas reservadas legalmente ao seu exame (como o caso de declaração de inconstitucionalidade normativa), acaba se generalizando e se constituindo em uma etapa obrigatória da fase de cobrança, o que contribui para o seu colapso de funcionamento e para uma prestação jurisdicional de menor qualidade.

A ineficiência³ da Administração Pública na cobrança de créditos públicos, tributários e não tributários, pode ser afirmada a partir de estudos feitos pelo IPEA e mais recente e constantemente pelos dados estatísticos anuais coletados pelo CNJ.

De acordo com o IPEA, o processamento das ações de execução fiscal no âmbito do Poder Judiciário é lento e dispendioso, calculando-se, de acordo com dados de 2012, em 8 anos, 2 meses e 9 dias, o tempo médio de duração de um processo de execução na Justiça Federal e em R\$ 4.368,00 o custo apenas da máquina judiciária.

O Relatório “Justiça em Números” tem revelado anualmente o crescente número do estoque de execuções de créditos públicos, tendo as execuções fiscais alcançado, de acordo com os dados da 14ª edição do relatório, em 2017, 39% dos casos pendentes, e congestionamento de 91,7%, a maior taxa entre todos os tipos de processo.

Outrossim, verifica-se a ausência de qualquer alteração nos prazos de duração de processos de execução fiscal, visto que, de acordo com este último relatório, o tempo médio de tramitação na Justiça Estadual é de 8 anos e 5 meses, enquanto na Justiça Federal é de 6 anos e 11 meses, permanecendo-se, portanto, próximos daqueles já levantados pelo IPEA desde 2012.

Pelo menos desde o ano de 2009 é crescente o número de execuções fiscais pendentes, decorrente da desproporção, para maior, das execuções iniciadas se comparado com o número daquelas baixadas. Ademais, a taxa de conges-

³ A abordagem terminológica do princípio segue o seu aspecto processual, como a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 102).

tionamento de execuções fiscais manteve-se praticamente inalterada, com uma tendência de leve alta, evidenciando a ausência de adoção de qualquer medida no período tendente a gerar uma acentuação na baixa dos processos pendentes.

Em relação à recuperação em si do crédito, os dados também são alarmantes, de acordo com o comparativo entre o estoque total da dívida ativa e a sua efetiva arrecadação divulgados anualmente pela PGFN, a revelar que o atual modelo de cobrança administrativa e judicial de créditos públicos mostra-se colapsado, restando comprovada a sua ineficiência.

Em regra, tem sido simplesmente transferido ao Poder Judiciário a persecução ao crédito, após a sua infrutífera cobrança administrativa, o que, além da morosidade, também desnuda a sua ineficácia, em razão dos baixíssimos índices de resolutividade

2.2 Diagnóstico da dívida ativa e de execuções fiscais do município de Manaus.

A realidade dos executivos fiscais ajuizados pelo município de Manaus não difere daquela nacional, já apontada anteriormente. No caso do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), verifica-se que existiam, em 2017, 478.192 execuções fiscais pendentes, com taxa de congestionamento de impressionantes 97%, figurando o município de Manaus como autor de 457.623 processos, ou 95,7% do total.

O elevado acervo de execuções fiscais ajuizadas pelo município decorre de várias causas, internas e externas. Dentre as causas internas, além das falhas de governança, compreendidas no aspecto inter-relacional de todos os atores do sistema de cobrança, como a multiplicidade orgânica, a falta de coordenação entre as instituições, o corporativismo, o conflito de agenda e a opacidade, destacam-se questões pontuais.

Em relação a essas questões, observa-se a via única de ajuizamento dos créditos inadimplidos, a sua periodicidade anual e uma constatação verificada e solucionada em 2012, qual seja a ausência de reunião em um único processo de certidões de dívida ativa de pendências diversas de um único devedor.

Dentre as causas externas, constata-se a ausência de normas permitindo a seleção de débitos a serem ajuizados, como por exemplo pelo estabelecimento de limite mínimo, e a impossibilidade de omissão deliberada em tal dever sob pena de sujeitar-se à responsabilização ou questionamentos de órgãos de controle.

Tornou-se premente, assim, analisar hipóteses para superar as baixíssimas eficiência e eficácia da cobrança da dívida ativa, o que, apesar de ser um fenômeno nacional, gera efeitos nefastos de maneira mais acentuada às economias

dos municípios, já bastante fragilizados por participarem em menor proporção da repartição das receitas tributárias.

É preciso, como salientado por Ana Teresa Lopes e Laura Campedelli, examinar fatores relacionados à governança da cobrança e às razões para o elevado acervo de execuções fiscais, enfrentando problemas como (i) a existência de processos de execução que poderiam ser reunidos; (ii) a existência de deficiências na formação desses títulos; (iii) a existência de processos com valores muito baixos e; (iv) a ausência de integração entre o órgão que promove a constituição do crédito e o que promove a sua cobrança.⁴

Para se desenvolver mecanismos alternativos de cobrança, visando à maior eficácia na recuperação de receitas, é necessário o estudo de cada fase da cobrança, identificando-se, a partir daí, oportunidades de racionalização e otimização capazes de impactar de forma positiva na arrecadação e evitar o ajuizamento de executivos fiscais, via quase exclusiva de cobrança do crédito tributário prevista em nosso ordenamento jurídico.

A metodologia para se alcançar o pretendido diagnóstico da dívida ativa no município de Manaus abrangeu, como primeira medida, a decisão pela estratificação e identificação do perfil da dívida ativa, destacando-se do valor total apenas aqueles cujas certidões ostentavam o nome completo do sujeito passivo, número de identificação do CPF ou CNPJ do devedor e respectivo endereço.

De acordo com dados de fevereiro de 2018, o estoque da dívida ativa municipal era de R\$ 4.316 milhões, dos quais R\$ 2.508,2 milhões consistentes em débitos com contribuintes identificáveis na forma acima referida.

Essa primeira medida objetivava delimitar o universo do estoque da dívida com condições mínimas de prosseguibilidade, sobretudo porque todos os meios atuais de restrição creditícia ou bloqueio patrimonial como mecanismos coercitivos da cobrança demandam a identificação correta do contribuinte e a existência de CPF ou CNPJ.

Ademais, para evitar a continuidade da remessa de dívida para a PGM com a ausência de tais dados, optou-se pela edição de ato normativo tornando indispensável a precisa identificação do devedor, providência que enseja a melhor qualidade do cadastro e permite a localização do devedor e identificação de seus bens, os maiores gargalos da cobrança.

⁴ LOPES, Ana Teresa Lima Rosa; CAMPEDELLI, Laura Romano. Dados do Contencioso Tributário no Brasil e o Novo Código de Processo Civil: a importância da pesquisa empírica para o aprimoramento da atividade jurisdicional. In: BOSSA, Gisele Barra *et al.* (Coord.). *Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 97/98.

Ainda em decorrência da medida de estratificação do perfil da dívida ativa, foi possível identificar o estoque da dívida por espécie tributária e faixa de valores.

Evidenciou-se, com a primeira medida, um problema interno da Administração Pública, de desconhecimento histórico de elementos essenciais da dívida ativa, cuja solução permite a melhoria da governança, em razão da transparência dos dados e da possibilidade de definir mecanismos mais eficientes para sua recuperação.

A partir do conhecimento da dívida, foi possível analisar e debater a governança por intermédio de um viés econômico-financeiro, isto é, se justificável a transferência ao Poder Judiciário indistintamente de todas as cobranças infrutíferas da fase administrativa.

Como já destacado, o IPEA, de acordo com dados de 2012 apurou o custo da execução fiscal na Justiça Federal em R\$ 4.368,00, de modo que era necessária a adoção de parâmetros locais para mitigar os altos custos de transação relacionados à cobrança judicial.

Com efeito, o município de Manaus já editara lei no ano de 2015 na qual, a partir da mera reprodução do valor apurado pelo IPEA, fixou em 52,13 UFGs, o equivalente à época a R\$ 4.367,45, o valor mínimo para ajuizamento de execuções fiscais.

Era preciso, porém, reavaliar aquele limite mínimo, o que se tornou possível a partir do efetivo diagnóstico da dívida, tendo-se observado o elevado número de contribuintes com pendências de até R\$ 10.000,00, os quais, apesar de representarem 79,18% do número de devedores, respondiam por apenas 14,75% do montante total em valores (R\$) da dívida.

Tais dados confirmaram, no plano local, conclusões de estudo desenvolvido no Projeto Macrovisão do Crédito Tributário, da FGV, no sentido de que há enorme volume de processos e devedores de baixo valor e, de outro lado, expressivos montantes cobrados em menor quantidade de processos, sem que haja, entretanto, qualquer tratamento diferenciado no método de cobrança.

Desse modo, e após diversas discussões em grupo técnico, decidiu-se pela proposição de anteprojeto de lei majorando o limite mínimo para a propositura de execuções fiscais, o que, acolhido e aprovado, redundou na edição da Lei Municipal nº 2.376/2018, que passou a estabelecer tal valor em 100 UFGs, correspondentes, à época, a R\$ 10.178,00.

Referido montante decorreu da análise dos números do acervo da dívida, e da aplicação do princípio de Pareto, em que constatada a proporção inversa 80-20, isto é, de que as dívidas até R\$ 10.000,00 são titularizadas por cerca de 80% dos devedores, apesar de representarem aproximadamente apenas 20% do estoque recuperável.

Para sanar a multiplicidade orgânica e a apontada falta de coordenação entre as organizações estatais, impõe-se ainda a uniformidade da fase de cobrança administrativa pelo Poder Executivo, evitando-se a repetição de atos hoje assumidos pelas Secretarias de Fazenda e Procuradorias Gerais.

Com isso, a atuação fazendária se limitaria basicamente a fazer o lançamento e notificar o contribuinte, além de coordenar a fase de contencioso administrativo caso deflagrada, não demandando mais esforços na hipótese de não sobrevir o pagamento do débito.

A fase de cobrança propriamente dita, de confrontar o contribuinte com o débito inadimplido, após a notificação frustrada ou a finalização do procedimento administrativo fiscal, seria atribuição específica das Procuradorias Gerais, eliminando-se assim a sobreposição de atribuições (cobrança administrativa) que se opera entre os órgãos jurídicos e fazendários.

3. A ADOÇÃO DE MEIOS CONSENSUAIS E O REDESENHO DO SISTEMA DE COBRANÇA

3.1 O Poder Judiciário e a necessidade de alternativas à solução exclusivamente judicial e litigiosa da cobrança inexitosa

As sociedades sempre conviveram com métodos de resolução de seus conflitos ao longo da história e da maturidade das instituições, sobretudo democráticas. Como destaca Maria de Nazareth Serpa, os meios alternativos de solução de conflitos “não são a panaceia do século XX, pois em todos os tempos e lugares os envolvidos buscaram maneiras cotidianas e imediatas para solucionar seus conflitos – do diálogo à guerra”.⁵

A diferença que pode ser afirmada para os tempos atuais é a de que as *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) ou Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs), tornaram-se institucionalizadas, sendo a novidade, portanto, como sintetiza André Luis Bergamaschi, “na ênfase dada por doutrinadores e legisladores aos instrumentos alternativos, que deixam de vê-los como via subsidiária

⁵ Apud FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. *Soluções alternativas de controvérsias no setor público*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015, p. 06.

para resolução de conflitos e colocando-os como via mestra, ocupando o centro do debate sobre administração da justiça civil”.⁶

No Brasil, há vários marcos normativos que robusteceram a tendência de adoção local das ADRs, antes observada de forma fragmentada e esparsa, quais sejam inicialmente a Lei da Arbitragem e a Resolução nº 125/2010 do CNJ, que tem por objeto a política nacional de tratamento adequado de conflitos, e, posteriormente a Lei de Mediação e o novo CPC.

Apesar de ainda marcadamente heterocompositivo, o processo civil brasileiro passou a ostentar uma face mais colaborativa e interativa, prestigiando, à substituição da vontade das partes pelo Estado, a busca de uma solução discutida, negociada e ditada pelo interesse recíproco dos envolvidos.

Do CPC, colhe-se o estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos, mormente pela obrigatoriedade da mediação ou da conciliação prévias ao início da instrução do processo, não tendo se limitado o legislador a estabelecer tal imposição, mas, para assegurar o resultado prático esperado, impôs, igualmente, sanção para a parte faltante à audiência.

Em relação à Administração Pública, avançou-se na possibilidade de criação, no âmbito da União, Estados e Municípios, de câmaras de mediação e conciliação, muito embora precipuamente relacionadas a dirimir conflitos internos entre órgãos ou entidades estatais e à conciliação.

A Lei de Mediação, cujo foco se insere na resolução de conflitos prévios à instauração do processo judicial, igualmente prestigia a busca do consenso e da autonomia das partes para livremente disporem sobre as premissas e os interesses que os envolvem no litígio, trazendo significativo avanço no tocante ao Poder Público, uma vez que expressamente atribui às extrajudiciais câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos a prerrogativa de avaliar a possibilidade de composição de controvérsias envolvendo particulares e a Administração Pública (art. 43).

A partir da adoção de múltiplas possibilidades para solução dos conflitos passou-se a encampar o que Frank Sander definira por Justiça Multiportas, atentando-se para o modo mais adequado para a solução específica de cada conflito, de acordo com suas peculiaridades, vantagens e potencialidades.

⁶ BERGAMASCHI, André Luís. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. Dissertação (Dissertação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 22.

Como afirma Bruno Lopes Megna, o advento das aludidas normas “perfizeram um microsistema que trata do poder-dever da Administração Pública em praticar a tentativa de solução consensual de seus conflitos”.⁷

Apesar do salutar avanço legislativo, observa-se que a simples adoção da mediação ou da conciliação nos processos que envolvem a cobrança de créditos públicos não teria o condão de reduzir de modo significativo o potencial de congestionamento do Poder Judiciário, sob pena de se transformar tais importantes métodos compositivos em simples etapa burocrático-formal.

Segundo Mauro Cappelletti, à expressão *Alternative Dispute Resolution* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido, devendo o operador do Direito ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – *judiciais* ou *não* – que têm emergido como alternativas aos tipos *ordinários* ou *tradicionais* dos procedimentos, mediante a adoção desta perspectiva mais ampla na análise no quadro do movimento universal do acesso à justiça.⁸

Dá a necessidade de que as inovações trazidas pelos mencionados diplomas normativos estejam acompanhadas de um verdadeiro *redesenho* customizado do sistema de cobrança e disputas que envolvem a Administração Pública em matéria de cobrança de créditos, a fim de que, de forma gradativa, possamos evoluir para um ambiente incentivado de racionalização e consensualismo na resolução de tais litígios.

Dito de outro modo: não basta instituir a conciliação, mas é imprescindível, *também*, que sejam revisitadas as fases pretéritas da cobrança, corrigindo as falhas de governança e desvios gerenciais outrora já apontados.

3.2 Meios consensuais como resposta gerencial à litigiosidade repetitiva

Diante de um cenário de elevado acervo de executivos fiscais, oriundos, como anteriormente se destacou, ainda que não exclusivamente, de diversas falhas de governança no sistema atual de cobrança, é preciso adotar mecanismos

⁷ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 82, 2015, p. 1-30.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, n. 74, p. 82.

tendentes a solucionar e tratar de modo adequado tais litígios repetitivos, marcadamente caracterizados pela similitude de questões fáticas e jurídicas que lhes afetam, pela representatividade do volume e pelo envolvimento de litigantes repetitivos e ocasionais.

Os meios consensuais têm se revelado como um dos principais mecanismos para lidar com a repetição de demandas similares, como as objeto do presente estudo, sendo marcadamente uma resposta gerencial atribuída pelo Poder Judiciário que, buscando solucionar seus outrora circunstanciais, mas atuais constantes problemas de elevado acervo de demandas repetitivas e de alta taxas de congestionamento, remete as partes para procedimentos em que instados a obter soluções consensuadas.

Carlos Alberto de Salles, diferenciando os mecanismos adjudicatórios e os consensuais, ensina que os primeiros são aqueles em que um terceiro neutro colocado em posição equidistante às partes é responsável por decidir e adjudicar uma solução, enquanto nos consensuais a solução é transacionada pelos envolvidos, por meio do uso de técnicas envolvendo ou não a figura do terceiro.⁹

Há uma clara tendência legislativa de avanço e ênfase na adoção de mediação e conciliação como meios consensuais de solução de controvérsias, estando a diferenciação de tais métodos relacionada a seus elementos identificadores.

Segundo Fernanda Tartuce, as diferenças repousam principalmente no que tange à elaboração de propostas de solução. Enquanto na conciliação seria lícito ao terceiro fazê-lo, na mediação o terceiro não deveria sugerir-las. Ademais, “na mediação, as questões subjetivas costumam ter maior espaço porque as relações são continuadas, enquanto na conciliação o foco tende a ser objetivo, porque as interações entre os envolvidos costumam ser episódicas”.¹⁰

Ainda sobre as diferenças entre a mediação e conciliação na concepção brasileira, Daniela Monteiro Gabbay classifica a distinção de acordo com (i) a forma de atuação e capacitação do terceiro, (ii) o controle exercido sobre o processo, (iii) o tipo de conflito, e a (iv) a relação entre as partes, destacando que a atuação do conciliador se dá de modo mais ativo e diretivo, utilizando técnicas para conduzir as partes a um acordo, enquanto a mediação tem foco no

⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 789.

¹⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 179.

relacionamento, buscando incutir nas partes o protagonismo e a responsabilidade pela solução do conflito.¹¹

3.3 Críticas à adoção de meios consensuais em disputas envolvendo litigantes repetitivos

Apesar da vantagem dos meios consensuais como forma de resposta gerencial à litigiosidade repetitiva, há evidentemente críticas à sua adoção.

Marc Galanter argumenta que os litigantes repetitivos possuem vantagens comparativas em relação aos litigantes ocasionais, por conseguirem antever os resultados da litigância e por possuírem riscos menores em cada caso, ao contrário daqueles que não possuam recursos para barganhar solução de curto prazo e tampouco para perseguir seus interesses no longo prazo.¹²

Além das vantagens decorrentes do referido poder de barganha, Owen Fiss¹³ enumera diversas razões pelas quais entende que não seria adequada a utilização de métodos compositivos nas demandas envolvendo litigantes repetitivos, tais como a disparidade de recursos das partes, a ausência de consentimento legítimo, a falta de uma base para o envolvimento judicial continuado e a ausência da efetiva resolução do conflito.

Compartilhando de similar entendimento, Bruno Takahashi,¹⁴ em estudo acerca de demandas previdenciárias, assevera que o que se critica é a inexistência de uma alternativa real de composição ante a deficiência do Poder Judiciário, uma vez que as partes em regra estarão em posição de desigualdade, já que os cidadãos não terão o mesmo acesso a informações de que dispõe o ente público.

Daí o entendimento, tanto de Fiss como de Takahashi no sentido de que somente o Poder Judiciário poderia diminuir o impacto das desigualdades distributivas, equalizando a condição das partes para se alcançar uma melhoria qualitativa na celebração de acordos.

¹¹ APUD ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do judiciário*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 52.

¹² GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente?* Especulações sobre os limites da transformação no direito; organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 47. [recurso eletrônico]

¹³ FISS, Owen. *Contra o Acordo*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-145.

¹⁴ TAKAHASHI, Bruno. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 60, jun. 2014.

Em relação ao redesenho do fluxo de cobrança de créditos da Fazenda Pública, as medidas propostas buscam mitigar as críticas aqui destacadas, uma vez que (i) o escalonamento da cobrança desonera o devedor de vários custos de transação da exclusiva judicialização; (ii) como se trata de débitos de cobrança continuada (geralmente anuais), o seu desfecho é talvez de maior relevância para o próprio ente estatal, que depende da receita e almeja evitar potenciais novos litígios; e (iii) é interesse da Administração, por intermédio do diálogo, até pela natureza e alcance dos tributos de que aqui se cuida (IPTU, por exemplo), que todas as circunstâncias fáticas que envolvem a cobrança sejam esclarecidas junto aos contribuintes, compartilhando o aspecto informacional.

Ademais, nada obsta que, constatada situação de vulnerabilidade e necessitado assessoramento jurídico, seja solicitado o acompanhamento da Defensoria Pública.

4. REDESENHO DO SISTEMA DE COBRANÇA DE CRÉDITOS PÚBLICOS E A IMPLANTAÇÃO DO CEJUSC DÍVIDA ATIVA

4.1 Técnicas e princípios norteadores do Design de Sistema de Disputas

Como já afirmado, a inserção de meios consensuais na solução de conflitos que envolvem litigantes repetitivos, como o caso da cobrança de créditos públicos, não pode se dar de maneira isolada, reclamando a reflexão sobre todo o sistema de cobrança consideradas as suas peculiaridades.

Uma das técnicas adotadas para tratar o contexto específico das demandas é a de desenho de sistema de resolução de disputas, pela customização de sistemas para, por intermédio de uma solução gerencial, pôr-se fim às controvérsias.

Conceito desenvolvido por William Ury, Jeanne Brett e Steven Goldberg na década de 1980, o denominado “*Design de Sistemas de Disputas*” (DSD) consiste, de acordo com Diego Faleck,¹⁵ na construção de sistemas customizados de resolução de disputas, com procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado ou uma série destes.

¹⁵ FALECK, Diego. *Introdução ao Design do Sistema de Disputas*: Câmara de Indenização 3054. Revista brasileira de arbitragem. Ano V, n. 23, São Paulo: IOB, 2009, p. 9.

A premissa da modelagem é a de que quanto mais específico e adequado às peculiaridades dos interesses em disputa, maior a suscetibilidade de sua adesão pelos interessados, evitando-se socorrer ao monopólio da justiça estatal para dirimir o conflito.

Dentre os princípios e técnicas gerais que precisam ser atendidos para que o desenho do sistema de disputas alcance o objetivo de ser aderido pelas partes e de trazê-las para a solução do conflito de forma colaborativa e convincente, destaca-se o da adequação, próprio de um sistema feito sob medida, do qual decorrem alguns outros, como o da isonomia, efetividade e da eficiência.

O princípio da adequação consiste no equilíbrio de customização que deve permear objeto, partícipes e finalidades. É inadequado o sistema que, para situações diversas, em quaisquer de seus aspectos, esteja baseado em soluções padronizadas, devendo, portanto, tratar de forma específica os litígios de acordo com as partes envolvidas, o objeto em si do conflito e os interesses almejados pelos partícipes, que muitas das vezes aparentam-se contrapostos apenas em tese.

O sistema adequado prima pela observância do princípio da isonomia, a fim de que adquira legitimidade e atraia a confiança das partes, afinal, é preciso garantir que a situações assemelhadas se destine o mesmo tratamento e os mesmos parâmetros de encaminhamentos e resolutividade.

Em relação ao princípio da efetividade, tem-se que o sistema customizado deve primar pela satisfação dos interesses em disputa, sem se basear exclusivamente no escoreito atendimento das normas ou regras para a procedimentalização do litígio, de modo que não basta, para o desenho de sistema de disputas, que haja o régio cumprimento de normas caso as partes não tenham, ao final, o interesse controvertido atendido por meio de uma solução consensual.

Por fim, o princípio da eficiência leva em consideração a ponderação entre os custos de transação da disputa e do próprio desenho customizado do sistema, isto é, a ideia é maximizar os benefícios de um sistema sob medida, mediante a utilização, na sua construção, do menor custo possível.

No que tange às técnicas, Paulo Henrique Raiol Ostia,¹⁶ baseando-se nas lições dos criadores do conceito de DSD, elenca metodologias e técnicas que devem ser adotadas pelos partícipes e *designers* do modelo, as quais deixam claro o propósito de ênfase no enfrentamento dos interesses em disputa, e revela três pontos que merecem especial atenção.

¹⁶ OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho do sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

O primeiro, é o encorajamento que o desenho do sistema de disputas deve gerar aos partícipes para sempre insistir na negociação. O destaque para esse item decorre do paradoxal tratamento que os sistemas ordinários de resolução de conflitos destinam aos seus partícipes, já que, apesar de em regra a jurisdição estatal historicamente prestigiar – pelo menos em tese – a conciliação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos, é preciso reconhecer a ausência de formação técnica de seus mentores, de modo que a opção pelo consenso e mediação sempre foi mais retórica do que efetivamente prática.

O segundo ponto é a preocupação não apenas com a fase posterior ao surgimento do conflito, mas em meios que o previnam.

E, por fim, é muito importante a técnica da retroalimentação de *feedback* com as experiências vivenciadas, item que também é despercebido pela usual utilização dos meios estatais de resolução de conflitos, que não possuem mecanismos de avaliação e correção.

A preocupação com este monitoramento e acompanhamento contínuo da política consensual adotada, que inclusive já conta com fundamento normativo no Brasil (Resolução nº 125/2010 CNJ, art. 6º), é muito bem explicitado no manual de mediação e conciliação da Justiça Federal, no qual se destaca que sem tal providência se corre o risco de se repetir indefinidamente o mesmo procedimento, sendo, pois, medida de aprimoramento e que busca garantir a adequação dos serviços prestados.

4.2 Redesenho customizado do sistema de cobrança e a implantação do CEJUSC Dívida Ativa como alternativa pré-processual ao atual modelo de exclusividade judicialização da cobrança de créditos públicos

A customização de um sistema de disputas não se constitui num processo em si mesmo, mas é técnica metodológica, alicerçada em premissas e princípios claros e definidos, almejando a solução mais adequada dos conflitos de acordo com os interesses das partes, prestigiando sobretudo o postulado da eficiência.

Delineado o atual sistema de cobrança de créditos públicos e identificadas as principais falhas de governança, faz-se necessário pensar em uma solução alternativa, marcadamente harmônica e cooperativa, para fins de torná-lo eficiente e menos hostil e burocrático, contrapondo-se, assim, à antiga concepção de jurisdição exclusivamente impositiva e estatal.

Para tanto, é preciso implementar novos atos de gestão, evitar práticas repetidas e envolver os partícipes desse sistema de forma coordenada, aproximando-os da sociedade (e do contribuinte), e fomentando a conciliação.

Foi com esse propósito, como aqui já destacado, que entrou em vigor a Lei nº 13.140/2015, estabelecendo procedimentos de mediação entre particulares e a Administração Pública, prevendo, em seu art. 24, a criação dos denominados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A inovação, no que interessa ao caso em estudo, seguindo uma tendência já inaugurada pelo então novo CPC (art. 3º, §3º), é o envolvimento do Poder Judiciário e das partes, particulares ou públicas, pessoas físicas ou jurídicas, em um momento pré-processual, facultando-lhes, por meio da conciliação e mediação, alcançar soluções rápidas, eficientes e menos custosas, aproximando assim a relação fisco-contribuinte.

Com esse estímulo, e estando a solução consensual abrangida pelo novo marco legal também na fase pré-processual, há de se repensar o sistema de cobrança de créditos públicos a fim de que ele também convirja para esse ambiente cooperativo e eficiente de resolução de controvérsias.

Quanto mais colaborativo e interativo, e quanto maior o encorajamento para que as partes envidem os esforços para definitivamente alcançar seus interesses, tanto mais exitosa será a obtenção de resultados satisfatórios às partes.

Torna-se cada vez mais necessário compreender, assim, que a solução e o enfrentamento de controvérsias não é algo que deve ser tratado de forma unilateral pelos órgãos incumbidos da função jurisdicional, mas compartilhado e retroalimentado pelos seus principais usuários, como, no caso presente, a própria Administração Pública.

No caso do município de Manaus, seguindo essas premissas e a partir do amplo estudo para enfrentar as hipóteses suscitadas neste trabalho, propôs-se, primeiramente, *classificar o objeto do litígio*, a partir dos custos da disputa ou custos de transação. Não se pode dar o mesmo tratamento para cobranças de todas as espécies, devendo-se ter soluções diferenciadas para pequenos, médios e grandes devedores.

Outrossim, há também de se classificar a cobrança de acordo com o seu sujeito passivo, se pessoa física ou jurídica, não se podendo uniformizar técnicas para tratar de pessoas muitas vezes hipossuficientes e de outras que compõem pródigos conglomerados econômicos.

Por fim, há de se *escalonar o sistema de solução de disputas*, compreendendo mecanismos e abordagens de acordo com o avanço das negociações, tendo-se sempre em mente que quanto mais prolongado o litígio, mais custoso para a Administração e mais distante a recuperação de ativos indispensáveis para a consecução de necessidades públicas.

Desse modo, após o estabelecimento do filtro legislativo econômico para o ajuizamento de execuções fiscais, era preciso redesenhar todo o sistema de

cobrança, a fim de alcançar melhores índices de eficiência e eficácia, adotando-se, doravante, até pelo êxito obtido em outras matérias, uma fase de conciliação pré-processual, inspirada no modelo italiano de *conciliazione giudiziale*, assim sintetizado por Heleno Taveira Torres:

Uma alternativa que merece encômios, praticada atualmente no direito italiano como solução de controvérsia em matéria tributária, é a chamada *conciliação judicial* (Lei nº 656, de 30.11.94; D.L. n. 218, de 19.06.1997) à semelhança do que ocorre nos domínios de outras matérias, como a trabalhista ou de direito de família, que pode ser provocada no início de qualquer processo judicial, no âmbito de juízo singular, visando à composição da lide mediante acordo prévio, gerando efeitos vinculantes e definitivos para as partes, contribuinte e Administração, quando assim o confirme o recurso necessário. *Materialmente*, essa conciliação prévia não encontra qualquer restrição, podendo reportar-se a provas, matérias de fato ou de direito que se trate de tributos sobre os quais a “Comissione Tributaria” tenha domínio e o Juiz seja competente para julgar; e *formalmente*, constitui-se como instituto eminentemente processual, ao pressupor um processo judicial em curso. [...] é oportunidade que a lei confere às partes para que ponham fim ao conflito, previamente ao procedimento judicial. Tanto a Administração como o contribuinte podem propor a conciliação, inclusive solicitando audiência própria para este fim. [...]. Outro efeito adicional é reduzir a um terço o montante da sanção pecuniária eventualmente imposta ao contribuinte.¹⁷

Inspirando-se assim no modelo italiano de conciliação judicial, a proposta adotada no município de Manaus é, após o redesenho customizado e escalonado do sistema de cobrança, a da implementação do CEJUSC Dívida Ativa como fase pré-processual obrigatória ao ajuizamento de execuções fiscais.

Frustrada a recuperação de crédito, após o ato interno de lançamento, a notificação externa primeva (órgãos fazendários) e o confronto da dívida com o devedor (procuradorias), seria inaugurada uma fase de cobrança pré-processual, com a tentativa de conciliação judicial em audiência com tal finalidade, antes do efetivo ajuizamento de qualquer execução.

¹⁷ TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: BOSSA, Gisele Barra *et al.* (coord.). *Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015*: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. São Paulo: Almedina, 2017, p. 324-325.

A medida evitaria os custos inerentes a um processo e, a partir da aproximação das partes devedora e credora com um terceiro¹⁸ desinteressado, qualificado para promover um consenso por meio dos esclarecimentos, teria maior probabilidade de tornar exitosa a cobrança.

Veja-se que o que se propõe é uma redistribuição das funções que hoje se superpõem (os três órgãos assumem em parte atribuições comuns), de acordo com suas finalidades precípuas, trazendo uma ressignificação a todo o processo de cobrança a partir da ênfase na aproximação da relação entre o Estado e o contribuinte.

Assim, o município firmou termo de cooperação com o Poder Judiciário, no qual ajustado compromisso geral de conjugar esforços com vistas à boa gestão das ações de execuções fiscais bem como fomentar a adesão do município a meios extrajudiciais de recuperação de ativos, aí incluída a implementação do CEJUSC Dívida Ativa.

Ademais, as partes firmaram o compromisso na priorização da cobrança extrajudicial, mediante a promoção do protesto extrajudicial, conciliação e ajuste de convênios com órgãos de proteção ao crédito para a restrição do nome do devedor.

Com a implementação das medidas e o redesenho do modelo então vigente, a cobrança passa a ser dividida, assim, nas seguintes etapas:

- débitos de até 52,13 UFMs (R\$ 5.305,79): submetidos a cobranças por órgãos detentores de serviço de restrição creditícia, tais como SPC e Serasa;
- débitos superiores a 52,13 UFMs e inferiores a 100 UFMs (R\$ 10.178,00): submetidos a cobrança pelos cartórios de protesto;
- débitos superiores a 100 UFMs (R\$ 10.178,00): submetidos à fase pré-processual de conciliação no CEJUSC Dívida Ativa para, apenas na hipótese de frustração, serem encaminhados à judicialização.

A customização proposta contempla, a um só tempo, a redução significativa de processos a serem ajuizados em razão do valor (em regra, débitos abaixo de 100 UFMs), os quais passam a ser direcionados para cobrança por meio de organizações restritivas de crédito e protesto extrajudicial, bem como a instituição de fase dialógica, prévia ao ajuizamento, por intermédio do CEJUSC Dívida Ativa, para aproximar as partes e instá-las a buscar a solução do litígio antes de sua formalização executiva.

¹⁸ A participação do terceiro é fundamental, na medida em que estes dominam técnicas potencializadoras da solução do litígio, corroborando pela advertência feita por Diego Faleck no sentido de que “a mediação e a conciliação são, por excelência, a facilitação por um terceiro neutro de uma negociação entre as partes” (FALECK, Diego *apud* MEGNA, Bruno Lopes, *op. cit.*).

4.3 Os partícipes envolvidos e o projeto-piloto de CEJUSC Dívida Ativa realizado no município de Manaus

Diversos são os atores envolvidos na implementação do CEJUSC Dívida Ativa e das medidas desejadas para tornar mais eficiente a cobrança na modelagem desenvolvida no município de Manaus.

Inicialmente, tem-se o Poder Público municipal, representado por seus procuradores. No caso das audiências, caso a matéria seja tributária, a participação se dará por procurador lotado na área da dívida ativa e cobrança extrajudicial, enquanto se envolver questões não tributárias, como por exemplo multas por descumprimento de legislação ambiental, será chamado o procurador atuante naquela específica área.

A intenção de oportunizar na audiência a participação não apenas de um representante da Fazenda Pública, mas de alguém com conhecimento acerca da matéria de fundo, visa exatamente ao alcance da aproximação das partes na efetiva compreensão das circunstâncias que ensejaram o seu lançamento.

Além do Poder Público, autor das demandas, há a parte adversa, aqui denominada devedor, que pode ser pessoa física ou jurídica, contribuinte instado pela Fazenda a responder por uma dívida lançada em seu desfavor.

É comum e até desejável que advogados, representantes dos devedores, também participem das audiências de conciliação, a fim de esclarecer os direitos daqueles e auxiliá-los, sempre quando possível, para celebração do acordo e finalização da contenda.

Considerando que grande parte dos devedores não dispõe de advogados constituídos nos regulares processos de execução fiscal, por questões geralmente de incremento de custos, a reflexão sobre a necessidade de legitimação de uma defesa ou qualificada assessoria àqueles que são demandados pelo Poder Público enseja uma recomendação de conduta para que a Defensoria Pública também passe a figurar como um ator do processo.

Os conciliadores, que conduzirão as audiências, são servidores públicos ou estagiários capacitados para a função pelo Poder Judiciário. A eles cabe o esclarecimento da disputa às partes, bem como o incentivo à discussão e solução da controvérsia, por meio de uma fala qualificada e propositiva.

Por fim, o juiz de Direito também é um ator imprescindível na concepção do CEJUSC aqui desenvolvido. A ele cabe a coordenação do centro judiciário, a homologação dos acordos, “legitimando” a negociação feita, e a participação em audiências que demandem uma atuação mais efetiva em razão, por exemplo, dos valores envolvidos ou da matéria discutida.

Em meados de 2018, o município de Manaus fez uma experiência, como projeto-piloto, juntamente com o Poder Judiciário, de implantação do CEJUSC Dívida Ativa, tendo sido intimadas as partes de 207 processos, obtendo-se ao final a realização de 36 audiências de conciliação alusivas a processos selecionados principalmente de autos de infração e de IPTU.

Realizadas em dois dias, com prévio treinamento de conciliadores, as audiências resultaram na celebração de 17 acordos, os quais representaram um total de R\$ 5.436.256,62 negociados em benefício da municipalidade.

A experiência deixou evidente a possibilidade de solução da cobrança mediante a aproximação das partes e da exaustiva negociação intermediada por um conciliador, sendo importante o registro de que naquela oportunidade a única concessão oferecida pela Fazenda Pública foi a redução de honorários advocatícios, de 10% para 5% do valor da dívida.

4.4 Benefícios da customização da cobrança e da conciliação por meio do CEJUSC Dívida Ativa

As vantagens do modelo adotado pelo município de Manaus a partir deste estudo estão intrinsecamente ligadas aos próprios motivos que o ensejaram, notadamente a recuperação de ativos e a aproximação e dinâmica da Fazenda Pública com o contribuinte, potencializando uma desejada educação em direitos.

Inicialmente, a especialização de diversas “portas” de cobrança, de acordo com o perfil da dívida, gera maior probabilidade de recuperação de receita (incremento financeiro para a consecução de políticas públicas). Como os estudos que precederam e sustentaram o redesenho demonstraram, a reação do contribuinte varia de acordo com o valor da dívida e o método empregado para a cobrança.

A customização gera, ainda, a obtenção de resultados mais rápidos e econômicos, evitando os custos de transação que envolvem a judicialização dos conflitos. Com efeito, levar uma demanda ao Judiciário encarece não apenas a dívida, mas importa em custos tanto para o poder público quanto para o contribuinte que demandará a atuação de um advogado na defesa de seus interesses.

Ademais, com as medidas aqui propostas fomenta-se o aperfeiçoamento do próprio sistema judicial, em razão da redução do acervo de processos em curso, e da possibilidade de utilização dos recursos humanos e financeiros em outras frentes em que de fato seja cogente a solução do litígio pelo Poder Judiciário.

Todos esses benefícios podem ser identificados em cada fase de cobrança instituída pela municipalidade:

- a sujeição de débitos de pequeno valor, até 52,13 UFMS aos serviços de proteção ao crédito, diminui significativamente os encargos da dívida para os pequenos devedores, e evita os custos e o *enforcement* de bloqueios judiciais;
- a remessa dos débitos em valor intermediário (52,13 a 100 UFMs) aos cartórios de protesto atrai maiores custos a quem potencialmente tem maior probabilidade de solver a dívida, gera para a Fazenda Pública maior retorno considerando maior probabilidade de notificação pessoal do contribuinte e prazo pequeno para regularização – tríduo legal;
- a instauração de uma fase obrigatória de conciliação pré-processual para os débitos acima de 100 UFMs, evita a automática judicialização e possibilita ao devedor a discussão qualificada do objeto em litígio, antes dos meios coercitivos judiciais em seu desfavor.

Ainda como vantagem, tem-se, no caso da conciliação, o aspecto psicológico para o cumprimento do avençado e a regularização das cobranças públicas futuras, uma vez que tendo concorrido com sua vontade para a construção do consenso, elas tendem a cumprir espontaneamente os acordos, sendo desnecessário promover iniciativas adicionais para se efetivar o ajustado.¹⁹

Note-se que no caso aqui retratado há como regra uma relação de cobrança continuada, haja vista a anualidade da cobrança de débitos de IPTU e Alvará, sendo de grande relevância o dialogismo e o contato com os contribuintes que o ambiente de conciliação proporciona.

Outrossim, o Poder Judiciário, em tempos de priorização do alcance de metas quantitativas pelo CNJ, evitaria o automático ajuizamento de executivos judiciais, e, portanto, o incremento das ações em curso, comprometendo as suas taxas de congestionamento, o que redundaria da diminuição pró-futuro do estoque de processos.

Outro benefício para os administrados é a ênfase na proteção da confiança, oportunizando-se às partes debater os elementos constitutivos do crédito tributário, o Poder Público estaria cumprindo com seu dever de moralidade e propiciando a formação de um ambiente de certeza e lealdade.

Ademais, a instituição da conciliação no âmbito do Poder Judiciário, apesar de em uma fase pré-processual vai ao encontro da cultura brasileira tendente à busca de segurança jurídica legitimada por uma sentença judicial, como bem comprova a mais recente publicação do Índice de Confiança na Justiça, no

¹⁹ TARTUCE, Fernanda, *op. cit.*, p. 171.

qual o Estado do Amazonas figurou como o 2º maior subíndice de comportamento (predisposição para se socorrer ao Judiciário em caso de conflito) para o período, 9,1, em uma escala que oscila de 0 a 10.

Por fim, há racionalização de recursos de toda a coletividade, porquanto a jurisdição e a solução da litigiosidade também representam um custo para os cidadãos, que poderia ser otimizado com a eficiência e eficácia das medidas alternativas aqui propostas.

4.5 Desafios à implementação do redesenho da cobrança

Em relação aos desafios do redesenho ora proposto, há alguns dignos de reflexão, notadamente quanto à adoção como regra de uma fase pré-processual de conciliação.

Inicialmente, tem-se o de superar as críticas, sobretudo aquelas evidenciadas por Galanter, Fiss e Bruno Takahashi, anteriormente aqui explicitadas, acerca do maior poder de barganha e do poder informacional por parte dos litigantes repetitivos, no caso da Fazenda Pública, ao propor um redesenho do sistema de solução de seus conflitos e de implementação de meios consensuais para pôr fim ao litígio.

Ainda nessa toada, é de Humberto Pinho a reflexão de que os métodos de composição como a conciliação aqui proposta não devem ser utilizados indiscriminadamente, em todos os processos, o que de nada contribuiria para o acesso à justiça, sendo imprescindível uma forma de triagem e filtragem.²⁰

Neste ponto, como a execução fiscal é instruída apenas com a certidão de dívida ativa, não se podendo identificar, desse modo, a eventual causa de pedir sobre a qual repousará a irresignação do contribuinte, torna-se desafiador realizar a triagem além daquela já feita pelo valor do débito.

Outro desafio que pode ser suscitado é quanto à adequação de audiência para cobranças fiscais e à limitação material das discussões travadas nesta fase pré-processual. Em relação à audiência, a utilidade da sua adoção decorre da oportunidade de diálogo direto com a Administração e da análise mais célere da resistência eventualmente manifestada pelo contribuinte. Com efeito, não podem ser dirimidos no CEJUSC Dívida Ativa matérias de típica sujeição e controle jurisdicional, como, por exemplo, o controle de constitucionalidade ou

²⁰ Apud GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 213.

de legalidade (ressalvado o reconhecimento pela própria Administração), e a aplicação de sanções pecuniárias.

No entanto, considerando as peculiaridades da dívida ativa municipal, bem como as discussões que gravitam em torno de IPTU, ISSQN e Autos de Infração, observa-se que a maioria das questões é passível de análise no âmbito do CEJUSC uma vez que majoritariamente tem por objeto situações de fato ou provadas documentalmente, tais como inocorrência do fato gerador, ilegitimidade de parte ou alegado erro de alíquota, fatos que podem afastar a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa.

Outrossim, um dos grandes desafios do sucesso do método consensual de solução de conflitos é o engajamento e preparação dos atores envolvidos, que deve internalizar uma cultura de pacificação e de construção de soluções, ao contrário da cultura da sentença, para o sucesso das medidas aqui propostas.

Como destaca Daniela Gabbay, caso as partes não se preparem para a auto-composição, com a profissionalização e capacitação do terceiro, tempo e dedicação à sessão, abertura dos advogados e das partes ao diálogo, assim como o esforço do juiz, corre-se o grande risco de se estar criando apenas uma etapa procedimental e formal que mais afasta do que aproxima as partes da pacificação do conflito.²¹ Essa nova cultura está associada à ideia de institucionalização da adoção do método consensual, mais um desafio a ser superado, sendo necessário que ele subsista às mudanças políticas de governo bem como não seja totalmente dependente de lideranças individuais eventualmente fundamentais na concepção do projeto.

Por fim, tratando-se de um redesenho customizado e alteração do até então modelo vigente de cobrança de créditos públicos, é necessária a constante avaliação das etapas do CEJUSC e de sua efetividade, por meio de entrevistas, formulários e acompanhamento, por intermédio até de comitês permanentes interinstitucionais, a fim de assegurar a sua constante evolução.

5. CONCLUSÃO

O atual sistema de cobrança de créditos públicos no Brasil encontra-se em colapso, de acordo com dados estatísticos recentes dando conta da exorbitância no número de processos judiciais que ostentam a natureza de execuções deflagradas pelo Poder Público.

²¹ *Op. cit.* p. 215-216.

Segundo os dados do CNJ, no Relatório Justiça em Números 2018, havia no Brasil 31,2 milhões de processos de execução fiscal, correspondentes a 39% do acervo de todos os processos judiciais em tramitação, com uma taxa de congestionamento média de 91,7%.

No âmbito do município de Manaus e do TJAM a realidade não diverge daquela nacional, sendo relevante a constatação de ser o referido ente municipal autor de 95,7%, ou 457.623 processos de execução fiscal que se encontravam ativos até o final do ano de 2017.

Tais dados, se de um lado revelam a incapacidade do Poder Judiciário de dar solução aos processos executivos de cobrança deflagrados pela Fazenda Pública, por outro evidenciam a baixíssima recuperação da dívida ativa em geral, o que enseja a falta de recursos que poderiam satisfazer diversas necessidades públicas.

O estudo logrou demonstrar a ineficiência do modelo vigente de cobrança e o seu total esgotamento, decorrendo, em grande parte, de problemas internos de governança, compreendidos no aspecto inter-relacional de todos os seus atores.

Com o advento de uma tendência normativa de justiça conciliativa, impulsionada pela solução consensual e participada de conflitos, sobretudo a partir da edição do novo CPC e da Lei de Mediação, propôs-se, assim, no âmbito do município de Manaus, a partir do estudo analítico do estoque da dívida ativa, e por intermédio de novos marcos normativos e da cooperação com o Poder Judiciário, uma política de redesenho do sistema de cobrança.

Nesse contexto, utilizando-se de exitosas experiências de desenho de sistemas de disputas, abre-se a oportunidade para a Administração Pública não apenas tornar mais eficientes etapas internas da cobrança como também interagir com o Poder Judiciário e desenvolver, sob medida, sistemas mais adequados ao tratamento dos seus créditos.

O desafio, considerando-se os princípios e técnicas inerentes ao DSD, é construir uma modelagem que leve em consideração as peculiaridades dos sujeitos envolvidos, o objeto litigioso e resulte no desincentivo de propagação de novas lides.

Nem toda dívida passaria a ser encaminhada para a cobrança judicial, adotando-se métodos e alternativas de cobrança e de *enforcement* de acordo com o seu valor.

Dá a elaboração de atos normativos de ajuste de termo de cooperação com o Poder Judiciário, estabelecendo o limite mínimo de valor (100 UFMs, aproximadamente R\$ 10.000,00) para o ajuizamento de execuções fiscais.

Às dívidas que não alcancem tal montante, optou-se pelo tratamento extrajudicial, por intermédio da utilização de serviços de restrição creditícia (para débitos de até 52,13 UFMs), e do protesto extrajudicial (para débitos superiores a 52,13 UFMs e inferiores a 100 UFMs).

Além da limitação do encaminhamento de processos de cobrança à Justiça, propôs-se a implementação, em cooperação com o Poder Judiciário, de um projeto-piloto de CEJUSC Dívida Ativa, uma nova arena de negociação e aproximação das partes, onde, por meio da conciliação pré-processual, permite-se a participação e discussão democrática do débito, no duplo objetivo de incremento de receita e da aproximação da relação fisco-contribuinte.

A adoção de uma fase de conciliação pré-processual gera diversos benefícios: evita a judicialização automática, acarretando redução do elevado estoque de executivos fiscais; possibilita ao devedor uma discussão qualificada do objeto litigioso; incentiva a regularização de outras pendências de mesmo devedor, haja vista em regra a anualidade das cobranças; enfatiza a proteção da confiança e a racionalização de recursos de toda a coletividade.

Outrossim, a utilização das técnicas de DSD e o redesenho do sistema proporcionam o tratamento escalonado dos litígios, otimizando-se os custos de transação, o encorajamento constante dos seus partícipes ao diálogo e à negociação, sem olvidar a necessidade da retroalimentação, a partir de *feedback* e da avaliação dos métodos empregados para eventuais correções e aprimoramento.

Parte dos benefícios aqui afirmados se tornou evidente a partir da divulgação, já à época da defesa oral da dissertação na qual se baseia o presente artigo, do Relatório Justiça em Números 2019: ano-base 2018.

Nesse recente estudo do CNJ, o TJAM, em razão dos mecanismos adotados pelo município de Manaus, destacou-se pela menor taxa de congestionamento de execuções fiscais do país (53%, enquanto a média nacional ficou em 89%) e pelo elevado número de baixa dos referidos processos judiciais.

Quanto às críticas à política de redesenho do modelo de cobrança com a instituição de um meio consensual pré-processual, destaca-se o maior poder de barganha e informacional por parte da Fazenda Pública e a reflexão sobre a adequação de audiência para cobranças fiscais, além da limitação material das discussões travadas nesta fase.

Em relação aos desafios, sobreleva notar a necessidade de institucionalização do novo modelo, a fim de evitar suscetibilidades oriundas das mudanças políticas de governo, bem como a efetiva implementação de mecanismos de avaliação, no intento de garantir a adequada utilização dos métodos consensuais e o incentivo ao seu uso.

Acredita-se que com o redesenho institucional cooperativo, aliado à solução das falhas de governança apontadas, alcançar-se-á maior eficiência, efetividade, participação e celeridade na cobrança de créditos públicos.

Não se olvida a necessidade de contínuo exame e implementação de novas agendas para a otimização da cobrança, como diagnósticos internos das estruturas administrativas, robotização e utilização de inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do judiciário*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- BERGAMASCHI, André Luís. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. Dissertação (Dissertação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, n. 74. São Paulo: RT, abr./jun. 1994.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes - 2012*. Brasília: CNJ, 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. *Soluções alternativas de controvérsias no setor público*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.
- FALECK, Diego. Introdução ao Design do Sistema de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista brasileira de arbitragem*. Ano V, n. 23, São Paulo: IOB, 2009.
- FISS, Owen. Contra o Acordo. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente?* Especulações sobre os limites da transformação no direito; organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. [recurso eletrônico]
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo unitário do processo de execução fiscal da União*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=12775. Acesso em: 15 jun. 2017.
- LOPES, Ana Teresa Lima Rosa; CAMPEDELLI, Laura Roman⁹ Dados do Contencioso Tributário no Brasil e o Novo Código de Processo Civil: a importância da pesquisa empírica para o aprimoramento da atividade jurisdicional. In: BOSSA, Gisele Barra *et al.* (Coord.). *Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 83-108.
- MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. v. 82. p. 1-30. 2015.
- OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho do sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SADEK, Maria Tereza (Coord.). *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Disponível em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

TAKAHASHI, Brun^o. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 60, jun. 2014.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. In: BOSSA, Gisele Barra *et al.* (Coord.). *Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 315-328.

