

DESC

DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito FACAMP

VOLUME 5 | Nº 1 | JAN/DEZ 2022



EXPEDIENTE



Revista DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea

Volume 5, número 1, Janeiro-Dezembro de 2022

ISSN: 2596-0318

Código DOI: <https://doi.org/10.33389/desc.v5n1.2022>

PUBLICAÇÃO DAS FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP

Endereço: Rua Alan Turing, nº 805 Barão Geraldo - Campinas - SP Caixa Postal 6016 Cep: 13083-898

Telefones: 0800 770 7872 / (19) 3754 8500

Rodrigo Coelho Sabbatini

Diretor Acadêmico da FACAMP

EDITORIA DA REVISTA DESC

José Antonio Siqueira Pontes

Editor-chefe

jose.pontes@facamp.com.br

Celso Naoto Kashiura Jr.

Editor-chefe-adjunto

celso.kashiura@facamp.com.br

Antonio Roberto Sanches Jr.

Secretário executivo

antonio.junior@facamp.com.br

CONSELHO EXECUTIVO

Alaôr Caffé Alves

Faculdades de Campinas

Angela Rita Franco Donaggio

Faculdades de Campinas / FGV-SP

Cristiano Pereira Garcia

Faculdades de Campinas

Fauzi Hassan Choukr

Faculdades de Campinas

Karin Klempp Franco

Faculdades de Campinas

Jânia Maria Lopes Saldanha

Universidade Federal de Santa Maria

Lígia Paula Pires Pinto Sica

Faculdades de Campinas / FGV-SP

Marcelo de Azevedo Granato

Faculdades de Campinas

Oswaldo Akamine Jr.

Faculdades de Campinas

Reinaldo de Francisco Fernandes

Faculdades de Campinas

DIAGRAMAÇÃO

Facamp

CONSELHO EDITORIAL

Alberto Levi

Università Degli Studi di Modena e Reggio Emilia/Itália

Alessia Magliacane

Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

Alessandra Devulsky da Silva Tisescu

Université du Québec à Montréal/Canadá

Anna Tzanaki

Lund University/Suécia

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Universidade Estácio de Sá/RJ

Fabício Bertini Pasquot Polido

Universidade Federal de Minas Gerais/MG

Felipe Calderón Valencia

Universidad de Medellín/Colômbia

Francesco Pallante

Università degli Studi di Torino/Itália

Francesco Rubino

Université Paris Nanterre/França

James Cavallaro

Stanford Law School/EUA

Jan Kleinheisterkamp

London School of Economics/Reino Unido

Jan Peter Schmidt

Max Planck Institut/Alemanha

Juan Luis Gomes Colomer

Universidad Jaume I/Espanha

Lucila de Almeida

University of Helsinki/Finlândia,
European University Institute/Itália

Luigi Ferrajoli

Università degli Studi Roma Tre/Italia

Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo

Faculdades de Campinas/SP

Manuel A. Gómez

Florida International University College of Law/EUA

Michael Lowy

Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

Michelangelo Bovero

Università degli Studi di Torino/Itália

Miguel Martínez Muñoz

Universidad Pontificia Comillas/Espanha

Natalia Gaspar Pérez

Universidad Autonoma de Puebla BUAP/México

Newton de Menezes Albuquerque

Universidade de Fortaleza/CE

Pasquale Bronzo

Universidade La Sapienza/Itália

Pierre Mousseron

Université de Montpellier/França

Rui Cunha Martins

Universidade de Coimbra/Portugal

Rui Dias

Universidade de Coimbra/Portugal

PARECERES DUPLO-CEGO DESTA EDIÇÃO:

Adriano Ribeiro

Álison Melo

André Blanco Ferreira Pinto

Austreia Magalhaes Candido da Silva

Cildo Giolo Junior

Cristiano Pereira Garcia

Fabio Martins Bonilha Curi

Ivelise Fonseca

João Farias

Kelly Cardoso

Oton Vasconcelos Filho

Wagner Feloniuk

FECHAMENTO DA EDIÇÃO:

15/12/2022

PÁGINA WEB E CONTATO:

revista.desc@facamp.com.br

<http://desc.facamp.com.br>

SUMÁRIO

ENTREVISTA COM O PROF. JAMES CAVALLARO	05
MEIO AMBIENTE, INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E A TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS CAPITALISTAS <i>Alaôr Caffé Alves</i>	25
RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NA GUARDA JUDICIAL <i>Gabriela Santos</i>	30
TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS PESSOAIS DA UNIÃO EUROPEIA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE - UM ESTUDO BASEADO NOS CASOS SCHREMS I E II <i>Guilherme Meirelles Pires Ferreira</i>	46
RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLECTIVOS E ADMINISTRAÇÃO DE FACTO INDIRECTA <i>Hugo Luz dos Santos</i>	70
SOME REFLECTIONS ON THE FOURTH CHILEAN-GERMAN- TANZANIAN LEGAL TALK <i>James M. Cooper</i>	108
O PRINCÍPIO DA PAR CONDITIO CREDITORUM E A (IM)POSSIBILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE CREDORES DE MESMA ESPÉCIE <i>Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza e Elias Kallás Filho</i>	116
TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS: REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO FRENTE À NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA <i>Lucas Naif Caluri e Daniel Francisco Nagao Menezes</i>	130
A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO TRABALHO: DIRETRIZES PARA A EFETIVIDADE DA LEI DE COTAS <i>Luciana Rodrigues dos Santos</i>	144
GESTÃO DE QUALIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL <i>Adriano da Silva Ribeiro</i>	156

ENTREVISTA COM O
PROF. JAMES CAVALLARO

James Cavallaro é atualmente diretor executivo do University Network for Human Rights. Professor de direitos humanos na Stanford Law School (2011-2019) e Harvard Law School (2002-2011), onde dirigiu laboratórios práticos de “clínica de direitos humanos”. Membro da Human Rights Watch (1994) e da Global Justice Center (Brasil, 1999). Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1993) e como Presidente (2016-2017).

A entrevista foi realizada em dezembro de 2021, coordenada pelos Professores José A. S. Pontes e Mônica D. Hobeika, do G.P. Compliance FACAMP, com participação dos pesquisadores Thiago Henrique Bueno Vaz, Mariana Bernardi Esteves, Barbara Manganote, Antony Augusto Corrêa Beloto e Antonio Sestito Neto e dos convidados especiais, Prof. James M. Cooper (CWSL), Prof. Fauzi Hassan Choukr (PPGD FACAMP).

James Cavallaro is the Executive Director of the University Network for Human Rights. Professor of human rights law and practice at Stanford Law School (2011-2019) and Harvard Law School (2002-2011), directing human rights clinics centers. Member of Human Rights Watch (1994) and Global Justice Center (Brazil, 1999). Member of Inter-American Commission on Human Rights (1993) and President (2016-2017).

The interview was conducted in December 2021, coordinated by Professors José A. S. Pontes and Monica D. Hobeika, from G.P. Compliance FACAMP, with the participation of researchers Thiago Henrique Bueno Vaz, Mariana Bernardi Esteves, Barbara Manganote, Antony Augusto Corrêa Beloto and Antonio Sestito Neto and the special guests, Prof. James M. Cooper (CWSL), Prof. Fauzi Hassan Choukr (PPGD FACAMP).

Pergunta de Thiago Henrique Bueno Vaz:

Bom, primeiramente é um prazer e uma grande honra ter o professor Jim conosco e saudar todos com uma boa tarde. É sempre bom rever todos os integrantes do grupo. Nós realmente estudamos e lemos os textos para que pudéssemos estar aqui e tentar extrair o melhor do professor Jim nesta tarde. Meu nome é Thiago Vaz, sou advogado aqui no Brasil e faço parte do GP Compliance. Bom, professor e eu li os textos publicados, ótimos textos então já deixo aqui meus parabéns e eu gostaria de fazer a primeira pergunta relacionada ao texto *“Reducing Bias in human rights fact finding”*, que é um excelente texto, até anotei aqui minha pergunta para que eu também não me perdesse na hora de fazê-la aqui. Então professor: A Anistia Internacional, em abril de 2021, mencionou que a pandemia do Covid-19 foi usada como pretexto para que violações de direitos humanos aumentassem no Brasil, uma vez que essa agenda negacionista do atual governo agravou as consequências da pandemia da Covid-19 sobre a população brasileira, sobretudo, infelizmente, nas comunidades mais empobrecidas e historicamente discriminadas. Em seu texto, o senhor relata que presenciou violações em uma prisão no Brasil e, após realizar essa entrevista sobre riscos que detentos estariam sofrendo, as autoridades penitenciárias ali retaliaram esses detentos, abusando de todos eles na prisão em uma sessão de horas de espancamento e choques elétricos. Cito o trecho:

“In another instance involving one of the authors, the human rights fact-finder (Cavallaro) sought to reduce the risk that detainees in a prison in Brazil might be singled out for retaliation by interviewing those in every cell; the following day, prison authorities did indeed retaliate by abusing all detainees in the prison in an hours-long session of beatings and electric shocks”. (CAVALLARO, James L.; SRIDHAR, Meghna. Reducing bias in human rights fact-finding: The potential of the clinical simulation model to overcome ethical, practical, and cultural tensions in “foreign” contexts. Human Rights Quarterly, v. 42, n. 2, 2020. p. 491, available at: https://bit.ly/cavallaro_reducing).

A sua biografia mostra que o sr. vem acompanhando essa violência no nosso país há muitos anos. Sobre isso eu tenho duas questões: o senhor poderia contar um pouco mais desse momento que realmente me intrigou bastante, saber que infelizmente acontece isso no nosso país, sobre essa situação na penitenciária brasileira? Guardado eventual sigilo, é verdade. E a segunda seria: como ativista dos direitos humanos, o senhor concorda com essa pesquisa da Anistia Internacional acerca desse agravamento das consequências, inclusive sobre o atual governo em que estamos hoje no Brasil? Obrigado.

James Cavallaro:

Vamos por partes. O trecho que você cita coloquei no sentido de enfatizar a importância de tomar todas as medidas possíveis para não aumentar a possibilidade de retaliação; para não expor de forma desnecessária as pessoas que estão colaborando com a pesquisa e documentação em direitos humanos e as pessoas que são, digamos, os agentes ou que devem ser os agentes das iniciativas em direitos humanos, quando se fala da prática; como fazer de tudo para não provocar nenhum prejuízo para aquelas pessoas. Que nem se fala na medicina, de não causar danos *"do no harm"*. Então, para entender, lembro e vou falar de duas visitas a dois centros de detenção. Uma na Delegacia de Roubos e Furtos em Belo Horizonte. Eu entrei com membros do Poder Legislativo do Estado, num clima muito tenso. As autoridades não queriam que nós entrássemos. Insistimos. Era de direito porque estava acompanhado pelos deputados estaduais. Deixaram entrar. A gente percorreu a delegacia e encontramos o lugar onde torturavam os interrogados, inclusive com os fios elétricos expostos e água. Aí depois fomos para entrevistar os diversos detidos nesse lugar. E aí falamos com, digamos, uns vinte a trinta não lembro o número exato, mas ao falar com a pessoa no período de trinta segundos ou menos você capta se a pessoa quer falar ou não quer falar. Tem gente que entra e fica com medo... "não sei nada, não tem nada, nesse lugar eu cheguei tem uma semana. Não sei, não vi nada, não vejo nada".

Ok tudo bem. E tem outras pessoas que dizem "eu acho que eles vão me dar umas pancadas na saída, mas eu vou te contar. E o que acontece aqui é isso e aquilo outro. O que fazemos nessa situação é falarmos com todos por vinte minutos, para que quem está do outro lado da porta não saiba. "Esse cara entrou e saiu, então não deve ter falado nada. Esse que ficou 20 minutos, esse vamos dar uma pancada nele". Mesmo falando "caramba, como vai o Cruzeiro esse ano, vai bem? Quem é que no fim de semana joga contra o Atlético Mineiro?" Qualquer coisa e qualquer assunto pra manter a pessoa por vinte minutos pra ter basicamente o que falo mas com trinta pessoas. Não vai ter condições de retaliar contra as trinta pessoas, ok. Outro exemplo, é esse o exemplo que citamos, fomos para o presídio de Urso Branco. E esse lugar era o fim da picada. Era muito difícil entrar no lugar. No primeiro dia, para dar uma ideia --- e é quase sempre assim, para entrar nas cadeias nos centros de detenção é uma batalha --- então chegamos lá porque o caso já está tramitando na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Eu estava lá para documentar a situação atual para informar à Corte Interamericana. Chego e falo com o cara que "manda na cadeia". Expliquei que estava visitando e tinha um ofício do Ministério da Justiça. Mas para eles não interessa nada disso. "Eu mando que nessa cadeia e você não entra!" E aí então o que fazer? Chamar os capacetes azuis de noite para arrombar a porta?

Então o que faço? Faço o que faz um ativista. Pego o telefone e ligo para a Secretaria de Direitos Humanos e explico. Queremos entrar. Se não conseguirmos entrar, vamos lançar um comunicado e vamos informar à Corte Interamericana. No dia seguinte, conseguimos entrar. Aliás, o diretor sumiu porque não queria dar a cara. Vice está lá, tudo bem. Entramos e sabemos que o clima era tenso e que não queriam que a gente entrasse, não estavam curtindo por nada. A tensão que tem esse caso etc etc. Aí não lembro quantas celas tinha, mais digamos trinta celas, chute. Insistimos em entrar em cada uma das trinta celas e ficamos quinze minutos em cada cela. Falando ou não falando as pessoas, é igual para não facilitar a retaliação. Aí saímos. E esse povo é brutal. No dia seguinte, tiraram todos os mais de trezentos e forçaram todos a se despedirem. E fizeram um corredor polonês pancadas e choques elétricos. Então aí caramba. Eu digo porque é um peso, exatamente o que não quer que aconteça quando você faz o trabalho e documentação em direitos humanos. Você faz de tudo, mas às vezes autoridades brutais vão fazer o que vão fazer. E aí você tem que medir. Caramba! E finalmente acho que as condições melhoraram com as pressões internacionais e nacionais. Tiraram os que estavam lá e mandaram para outros lugares e centros de detenção. E acho que depois houve um convênio entre o Estado, o Governo Federal e o sistema interamericano.

A coisa melhorou, mas nesse dia foi de um peso muito grande. Por isso coloco para fazer de tudo para que isso não aconteça. Fizemos de tudo e aconteceu mesmo assim. Agora que se fala. Digo, falando das cadeias, no mundo inteiro com

poucas exceções, a pandemia bateu muito, muito forte nas pessoas privadas de liberdade, pela natureza da detenção, pelo fato de ter pessoas em espaços fechados, amontoadas. Aqui nos Estados Unidos, que têm condições físicas decentes, as cadeias são terríveis nesse país, a violência é terrível e os abusos são terríveis, mas a infraestrutura costuma ser mais ou menos adequada. Mas aqui, o índice de Covid foi quatro vezes maior, na última vez que vi as cifras, entre as populações privadas de liberdade do que na comunidade em geral. Com certeza, a Covid bateu de forma muito mais contundente nessas populações. Em termos gerais sim, não só no Brasil, mas a constatação de diversas entidades de direitos humanos foi de que os governos e os governos mais, digamos autoritários, os governos que menos respeitam os direitos humanos, sim, aproveitaram porque as pessoas estão em casa, porque têm medo de saírem às ruas porque têm diversas restrições. É um momento para quem quer tomar medidas suspeitas, é um bom momento para fazer isso o que está acontecendo em diversos países. E tem diversos relatórios sobre esses últimos dezoito meses terem sido muito, muito ruins em termos dos direitos humanos.

Pergunta de Mariana Bernardi Esteves:

Olá boa noite e boa tarde a todos. Professor Cavallaro é uma honra ter o senhor aqui conosco, assim como o professor James Cooper. Como o professor falou, meu nome é Mariana. Sou advogada e fui aluna da Facamp. Faço parte do Grupo de Compliance e lendo também o artigo *Reducing Bias in human rights fact finding*, eu reparei que o senhor faz diversas críticas aos pesquisadores de direitos humanos, críticas que poderiam ter sido evitadas caso os pesquisadores tivessem sido mais treinados, gerando assim menos frustrações, medos e até mesmo inverdades por parte dos entrevistados. E fiquei pensando como introduzir esse treinamento, disseminar esse tipo de treinamento. Isso considerando a dificuldade de acesso às escolas e também, como o senhor transcreveu no artigo, a maioria dos pesquisadores internacionais de direitos humanos vem de uma noção ex-colonial ou neocolonial de poderes, levando muitos a criticarem seu trabalho como forma própria de imperialismo ocidental. Até o senhor traz as clínicas como um treinamento adequado. Então até pensando num modelo utilitarista para evitar o sofrimento e gerar uma maximização da felicidade, para ajudar as vítimas de direitos humanos, como o senhor pretende difundir ainda mais esse treinamento para que exista uma maioria de pesquisadores capacitados, evitando o sofrimento das vítimas de Direitos Humanos?

James Cavallaro:

Tem muita coisa para responder, mas deixe-me dar um pouco de contexto, porque você diz, que eu digo que as clínicas poderiam ser... poderiam ser uma forma de fazer o trabalho sem os problemas e as dificuldades inerentes nesse tipo de pesquisa e documentação. Em inglês, o termo que usamos é *"in foreign contexts"*, em contextos que não são próprios. Digo isso porque fazemos muito trabalho em diversas regiões desse país. Esse país é muito grande e fizemos um trabalho no estado de Louisiana. Eu não sou de Louisiana então é um *"foreign context"*, de fato, é um contexto que não é o meu contexto. E uma coisa que digo eu...que digo para os alunos quando começam na clínica, eu digo para mudar a forma que temos de pensar nos direitos humanos. Eu digo no Brasil também, bem com respeito: no Brasil, quem tem condições de estudar na Facamp, Unicamp, Universidade de São Paulo etc. Nem sempre, mas a maioria, são filhos da classe dominante, se não classe média e média alta e não são as pessoas que moram nos morros e nas comunidades mais carentes etc., etc. Então, também vão trabalhar mesmo dentro do Brasil em contextos alheios, digamos contextos *"foreign"*, a palavra em inglês, quer dizer, distantes, contextos não próprios. Começo dizendo assim que costumamos, nós dos direitos humanos, partir de uma lógica de *"Noblesse Oblige"*. Não sei no Brasil, mas o exemplo que uso aqui, e James Cooper que vai entender...o exemplo que eu acho que James Cooper, não sei no Canadá se tem, mas nos Estados Unidos com certeza: no *Halloween*, as crianças vão de porta em porta, batem na porta e geralmente pedem "dá um docinho?", mas às vezes tem uma caixinha da Unicef, uma caixinha e

que você vai “*Trick or treat*”, devem ter visto nos filmes, é sempre um “trick” e “trick” é digamos um doce, se não doce, se tem essa caixinha da Unicef e se coloca um dolarzinho, ok? Use como exemplo, muitas pessoas pensam que os direitos humanos e o trabalho dos direitos humanos é como aquela caixa da Unicef. Se você coloca dois dólares é duas vezes melhor do que colocar um dólar. E se colocar... se colocar dez, é dez vezes. Então é assim se você fizer dez intervenções ou dez trabalhos de direitos humanos, é dez vezes melhor do que fazer um trabalho. E não é assim. O que digo que não é essa...essa ideia, essa metáfora. Tira da cabeça e pense nessa: pense numa senhora que tem setenta anos, problemas cardíacos e que, vamos dizer, tem um ano para viver, no máximo, seis meses. Mas se fizer uma cirurgia de coração, poderia viver muitos anos mais. Se alguém consultar “Cavallaro, você é muito bom...professor de direitos humanos, você fará a cirurgia amanhã na minha avó? Vão abrir o peito dela, você faz a cirurgia?” Ok? Esta intervenção, se eu fizer, não ela vai viver um ano, nem uma hora, morre no ato, porque eu não sei absolutamente nada de cirurgia de coração, tá? Por que uso esse exemplo? Nós precisamos pensar nas intervenções em direitos humanos.

Mais ou menos assim...Tudo bem, não é tão grave, mas é melhor pensar assim, como uma intervenção. Uma intervenção que poderia provocar reações brutais, contrárias e mais fortes do que a nossa intervenção. Não é uma ajudinha. Não é mais cinco dólares na caixinha da Unicef. É uma intervenção para parar e pensar “Caramba. Ok. Se eu for, sei lá, para o Afeganistão, eu quero ajudar as mulheres no Afeganistão; eu vi na televisão que estão sofrendo. Eu vou lá, vou ajudar”. Ok, não faça isso, não faça. Consulte as pessoas locais. Mapeie quem é quem. Vê o que você poderia fazer, o que corresponde a você na situação em que você está etc. etc. Digo isso para não ter essa ideia. Eu não acredito que a Clínica de Direitos Humanos, por ter nome, “mas tem direitos humanos com um nome, bem no nome! Então, tem que fazer a coisa justa, porque diz direitos humanos aqui no nome da clínica”. Não, não acredito nisso. Por isso o que fazemos, o artigo é sobre o que nós chamamos de “*Simulation Exercise*”. E o que fazemos em uma semana superintensa, super intensiva, com os alunos: Contratamos quarenta ou mais atores, que fazem diversos papéis. E os alunos em grupos de dois tem que entrevistar para aprender a entrevistar, para aprender a ganhar a confiança, a não retraumatizar as pessoas, a não dar as informações de uma pessoa para outra pessoa que vai circular depois na comunidade, poderia ter repercussões para a pessoa que ainda mora naquela comunidade etc., etc., etc. Fazemos tudo num espaço controlado para depois dar retroalimentação para os alunos. Também fazemos outras coisas, eles fazem *advocacy*, fazem entrevista na televisão, fazem entrevistas com pessoas da ONU, do sistema interamericano etc., etc. Mas o importante é que fazem tudo numa situação controlada para aprender e ter noções antes de ir para outros lugares e, quando depois vão para outros lugares, vão com supervisores que conhecem o lugar. E trabalhamos sempre com ativistas e entidades locais que fazem um mapeamento detalhado e, se não tenho certeza, mas acho que a nossa intervenção vai ajudar e não vai sair pela culatra etc., etc., etc. Agora como ampliar isso? Uma coisa que temos que fazer, eu acho, é mudar a ideia das clínicas e a ideia que nós temos dos direitos humanos A ideia que eu tenho não é de “*Noblesse Oblige*”, não é da caixa de Unicef, não é de que nós vamos ajudar os pobres, porque nós somos bonzinhos e os outros são pobres, então nós vamos ajudar. Não, não, não, não! Nós podemos ajudar. Por quê? Porque a gente vive num mundo terrivelmente injusto, hierárquico, com uma distribuição de poder brutal, onde tem governos e empresas que têm muito, muito mais poder do que deveria ter e tem outras pessoas que não têm essa representação e algumas pessoas e algumas entidades pela nossa “situacionalidade”, é um termo que vem do inglês e que diz onde estamos nesse mundo, e que nós temos acesso e nós podemos ajudar a levantar vozes que não estão sendo escutadas.

Mas se o nosso trabalho tem que ser de apoio, digo que nós não devemos ser os protagonistas. A frase que uso em inglês é “*It is Not About Us, unless it's about us, if it's about my rights that are being violated, then it is about me and it is about us*”. Quer dizer, o tema não é o meu bem-estar, o tema é o bem-estar de outra pessoa e essa pessoa tem que ser o agente. Nós temos que facilitar. Nós temos que oferecer as capacidades que nós temos, mas nós não podemos, não devemos ser os

protagonistas. Então acho que se mudarmos a lógica das clínicas, a lógica dos direitos humanos, aí podemos ajudar. E nisso uma coisa que eu acho fundamental é sair das faculdades de Direito, onde o pensamento é muito jurídico e abrir para as outras disciplinas. Isso vai ajudar gente a pensar como antropólogos, como o trabalho social, como pensa o pessoal da comunicação. Temos que ver, apreciar e dar valor aos outros, a outras formas de conhecimento para estruturar clínicas interdisciplinares, para poder responder nessa lógica de ver as pessoas afetadas como agentes da mudança e como os e as protagonistas e não a gente como protagonista.

James M. Cooper:

First of all, it is a great honour and it is very inspiring, after so many years of working in the legal academy to hear somebody who has been doing the same and still so into it. How you deal with hypocrisy of the legal academy? We create our own apartheid within the academy. You talked about the importance of legal skills, the importance of interviewing, of fact-finding, of not ascribing judgement, yet those things are not doctrine. They could be the most important things for a client to ever to experience to gain the trust, to do their work, to get to the doctrine. How do you navigate that environment, please?

James Cavallaro:

So, it is difficult James. I have had a very complicated relationship with the legal academy. I spent almost a decade in Harvard, another decade at Stanford, and I left my ten year position at Stanford Law School to settle this organization that tries to change the way universities engage in human rights. In part because I became increasingly concerned about the way Law Schools engage in human rights. I can talk about that, but I'll answer your question first. If you look at the history of legal education in United States, it's remarkable and it's dreadful... So, you know, it's not until Langdel develops the case method that there's any analysis in a structured way of precedent in a way that might develop students capacity to make arguments, it's teaching of doctrine in a vacuum. So, for hundreds of years that's the problem. We're still using the method that Langdel developed in 1870, which is literally a hundred fifty years ago, but then if you look at law it's not until... At Harvard with the first law clinics in the beginning of the 20th century, with the first Harvard Legal Aid Bureau, and Frank in the 30s. The beginnings of clinical education and law, really, they're meager before the Second World War, and it's really after the sixties that you have an expansion of clinical legal education. Ok? And so you probably know all this, but I'm saying this mostly for the benefit of the non-U.S. legal scholars. And so, even today, in three years of law school in the United States and in five years of law school in Brazil, maybe you will spend part of one semester doing clinical training, right? If you compare that to medical school, if you speak to someone who's going to be a doctor and if you're a patient, for instance, and you talk to your doctor and your doctor tells you "I've never seen a human body, but I've read many, many books for five years". Uh, you know, I'm going to say "thank you and I'm going to find another doctor". Whereas in law, we think it's fine to read judicial decision, after judicial decision, after judicial decision and then go out in the world and figure out on your own how do you deal with a client? How do you analyze facts? How do you construct a case? How do you manage different clients? I mean, you could go on and on in the skills that you do not learn in law school.

And so now that is a general truth of law school applied to the field of human rights. So this is within my field, so within my field of human rights, what most legal clinics do is because they're in the legal construct. And they are going to teach students to use law and to use courts. The logic is to go from the tool to the problem rather than from the problem to the toolkit. So what do I mean by that is, as the expression goes: If you have a hammer, everything looks like a nail. So if I have a legal clinic, what I do is I write "amicus briefs" to the Inter-American Commission. Then whatever your problem is, it's going to look to me like you need an "amicus brief" to the Inter-American Commission. When in fact, what one ought to do if one

is working with an indigenous community in the Amazon region in Brazil or a group of detainees in a jail in Campinas? What you would do if you were actually in the world as a human rights activist is you'd go meet with the people in that community, you'd see what the situation is, you'd see what their demands are, you'd see how you can help them map out who all the stakeholders are and you would figure out what the best intervention is. And that intervention might not be legal at all.

I give an example: We, as a community, have an area called Cancer Alley, which is between New Orleans and Baton Rouge, Louisiana. That's your first hint that "something's rotten in the state of Denmark", to quote Shakespeare. It's called "The Cancer Alley", because it has a remarkable concentration of factories and extractive industries that emit contaminants. It's an area overwhelmingly African-American. And within this stretch, there's one community my colleague had been working with an adjacent community that really wanted us to go help them there because they're next to a neoprene plant. Neoprene is the stretchy stuff anyone on the coast know it's just stretchy stuff that you use for diving. To produce this rubbery substance there are very high levels of toxic emissions, and the community adjacent wanted us to work and help them to raise their voices, et cetera. They asked Stanford Human Rights Clinic from Stanford Law School. So we go to this community thinking that maybe they want us to file some sort of legal action, domestic, international, and we talk to the people in the community and they act like "we don't want lawyers, we don't want any lawsuits". What happens with the lawsuits here? This is an American law issue. You'll get it, James.

I'll explain to Brazilians. What happens is the lawyers come in. They get folks to sign on. They have a class action suit, or they have one hundred or two hundred representatives with a general class action. They file the lawsuit and the defendant decides to pay out. Right. A nuisance suit. Hundred thousand dollars; thirty or forty thousand to the lawyers and a hundred dollars or one hundred and fifty dollars each of the people in the community, which in no way changes their life and they continue to bring it breathing toxic air and their kids continue to come home from school with nosebleeds, and they continue to have high levels of cancer; and they continue to see their grandparents die and their parents come down with cancer and people come down with skin ailments that they've never seen before, etc., etc. So they say "we don't want that. What we want is a household health survey that shows the relationship between proximity to the plant and illness. That's what we want. So we heard that so many times! That's what they want. So we go back. Fortunately, the Stanford Human Rights Clinic is in the Stanford Law School, which is in the Stanford University. So we go back and we get folks in the medical school, the School of Public Health, people who do survey design, people who do statistical analysis. We put together a team.

We take a group of students and we do the household health survey over a universe of three to four thousand houses, five hundred people chosen randomly. That's and we document and issue a report that shows a direct correlation between proximity to this plant and cancer and respiratory illness that's statistically significant at 0.002, which is nothing as causality, but 0.002 it's pretty close. Ok? So all this to say that's the way we ought to engage in human rights. Open ended. Go work with the community. Find out what the community wants. Find out what you can bring to bear that will help the community, but don't come ex ante with an idea of "we're lawyers and were going to bring a suit". And that's the way we ought to be working in human rights. And then, within the law school, what we need to be doing is training people to actually if it's law to practice law. But and this is the last bit, human rights work is necessarily interdisciplinary and within the university, in the United States and in much of Latin America, the university has a virtual monopoly on practical teaching in human rights. Clinics are all in law schools, and the messaging is terrible. What it tells students is "if you want to work in human rights, be a lawyer".

Which is terrible messaging, because there are too many lawyers already in the human rights movement. There are too many attempts to legalize issues that are not about law, they're about mass protests, they're about changing authorities, they're about organization, they're about a lot of things. But they're not necessarily about this law or that law or this litigation or that litigation. And it's also very convenient for the university because the university is like "Oh, human rights is so

controversial!”. But the law school is doing something. So we can do... we can do “nada”. Nothing!. We can just think “Oh, there’s a law school and they’re handling some cases, aren’t they? Isn’t that lovely?” And then we have no commitment from psychology, sociology, from environmental sciences, from chemistry. No, no, no. We’re just producing knowledge. Yeah? You’re producing knowledge? Look around you because everywhere I look, I see that the university, as a university, is under threat. Certainly, that’s the case in Brazil. Certainly, that’s the case in Brazil. It’s case in the United States as well, where teaching critical race theory is, in some States, going to be illegal.

James M. Cooper:

It was music to my ears, candidly. It was music to my ears, candidly. And, so everyone understands, for someone to give up a tenured position at Stanford to go do this work is akin to being like Mother Theresa. So kudos to you!

James Cavallaro:

People always say “you’re a real mother, Cavallaro”. I’m not sure if that’s not what they mean.

James M. Cooper:

No, no. And you don’t have to use the word normative anymore. So I’m sure you’re thrilled.

James Cavallaro:

Well, there’s many other deconstructions and deontological moves I do not have to take anymore, except when I do my occasional teaching at other schools.

James M. Cooper:

We’re just using jargon, folks. Things like “cohort”. If I hear the word “unpack” or “deconstruct” again, I’m going to lose even more hair.

James M. Cooper:

Can I ask a second question, well, that would be a third question. May I ask another question, please?

James Cavallaro:

Yeah, please.

James M. Cooper:

The right of “auto-determinação”, the right of self-determination which is provided for in Article one in both International Covenants for Political Civil Rights, but also Economic, Social, Cultural and in Article fifty-five of the UN Charter, for the most part, at least in the charters defined, I would contend, it’s the most misunderstood international human right, but you’re the expert, so I’m curious how you feel about that right?

James Cavallaro:

Well, my short answer would be misunderstood or that there have been forces that have actively tried to define that right so as to limit it. Right? That if you have, let’s say, a capacious, to use an academic term, understanding of the right

to self-determination, you know, that could mean that indigenous peoples in the Amazon should have absolute autonomy over their lands. Right? It could also mean that the largely random national boundaries in most of Africa, much of the Middle East and a good part of Asia could be subject to being reopened, right? And you're a scholar of international relations. You can certainly see how the vested interests in the international system that we have do not or would not want to embrace a capacious understanding of self-determination that could basically undo the national boundaries that we have in maybe a third of the world, maybe more. And so, you know, I would analogize it to within the U.S. context just because I was reading something about this the other day, the way that the supremacy clause of the Constitution, which should be a basis in the field of human rights, should be the basis for rendering international human rights treaties the supreme law of the land in the United States under the Constitution and how that has been interpreted so as to have virtually no traction. So that's how I see the self-determination. And maybe that's maybe what you mean by misunderstood. I would. I think it's an intentional move there. And the move is "this is dangerous! Let's not interpret it broadly", right?

James M. Cooper:

Yeah. That is why the right of self-determination has always been achieved in the transition from colonial to post-colonial realities. You get exercise the right one time and one time only. The principle of *Uti possidetis* is overarching here. Once a colony achieves Independence, no further secession is permitted.

James Cavallaro:

Right. But I mean, the one time at one time only interpretation is a convenient – more in the Portuguese sense, “muito conveniente” as it serves interests to have that norm as opposed to “Well, this is done once, but it actually doesn't really reflect the interests of this or these populations and we need to reconceptualize, Like we're the people of Quebec, we're the people, you know, there's all sorts of situations where you're you can... or Catalunya or other parts, and there are endless permutations, and it's a somewhat arbitrary determination that this is OK for post-colonial transition in the period from the Second World War up to nineteen seventy five with, you know, the last of the Portuguese colonies, but that's it. It's like, OK, that's an interpretation, not intellectually convincing, but I can see why it's politically necessary.

James M. Cooper:

And everything is seen through the lens of statehood, that self-determination cannot exist in other contexts.

James Cavallaro:

Yeah. Which is, again, another big problem with human rights is the lens of statehood and the acceptance of of States, which is one of the main arguments as to, I think, why human rights have been failing us, and particularly with some of the other questions that are coming, or may come about migration, and human mobilization, real problems in a system. And it's system where human rights is the strongest discourse and framework that we have to challenge ethno-national-States. And human rights accept broad prerogatives for States to control their borders. It's a real problem. It's a real intellectual and constitutional problem for human rights. But I'm jumping ahead to the next question, but it's clear it's related to the issues you raised.

James M. Cooper:

Thank you so much and thank you there for Professor Pontes for allowing me to intervene.

Barbara Manganote:

Oi gente, boa tarde. Primeiramente queria agradecer aqui a participação do professor Cavallaro. É uma honra a gente poder aprender um pouco com o senhor, também com James Cooper que está aqui participando. Bom ... Primeiramente, meu nome é Bárbara Manganotte, sou advogada também e estudei na Facamp. Elaborei algumas perguntas mais com relação à pandemia de coronavírus que a gente está passando agora, desde 2019, então são algumas perguntas mais práticas que a gente tem enfrentado agora, nesses últimos meses, e que têm relação com mobilidade urbana e com a questão da migração, com a questão dos refugiados no mundo, pensando que na pandemia de covid-19 as fronteiras dos países ao redor do mundo foram fechadas, isso gerou um impacto muito grande e teve consequências muito graves para o fluxo migratório e de refugiados no mundo inteiro. Isso fez até com que essas pessoas que já estão em situação de vulnerabilidade social enfrentassem talvez muito mais problemas do que a gente possa imaginar e talvez ainda a gente vá ver consequências no futuro disso tudo. Mas eu queria perguntar para você, professor Cavallaro, qual sua opinião acerca dessa situação? Quais políticas públicas talvez os países ao redor do mundo poderiam ter feito, poderiam ter lidado com a questão migratória dos refugiados? Deveriam eles acolher todos esses refugiados e imigrantes mesmo com a pandemia? Como a gente lida com a questão do direito à saúde nesse ponto, né, em vista da pandemia? Também com o direito a migrar com o direito ao acolhimento, também o dever dos Estados também de não colocarem para fora os migrantes e refugiados que já estão lá? Então eu queria saber um pouquinho acerca dessas questões.

James Cavallaro:

Primeiro, eu começaria com a pergunta, porque embutida na pergunta tem e acho que pretende ser aberta a pergunta, eu respeito isso, mas tem algumas noções embutidas, digamos, nessa pergunta e peço desculpas, James, mas eu vou usar o verbo "Unpack" porque acho que exatamente o que tem que fazer com essa pergunta, "to unpack it" e ver que nem as camadas de uma cebola para ver o que está dentro. É útil ver o contexto real. Quase sempre, e agora a última edição dessa palhaçada --- eu não estou dizendo que a tua pergunta tem seja ou tenha relação com essa palhaçada --- mas parece tanto que a gente vive com o fim da intervenção do exército, das forças militares norte-americanas no Afeganistão, o grande debate nesse país depois de ver a crítica unânime entre as pessoas permitidas só falarem na televisão nos Estados Unidos e nos meios de comunicação dominantes foi que a visão unânime é que "caramba! Que terrível erro sai sair e tirar as tropas norte-americanas do Afeganistão". Podemos comentar essa visão unânime, mas colocar de lado, o tema é que esse é um dos temas que você levanta outra pessoa levanta: o que fazer com os refugiados do Afeganistão? E se os Estados Unidos deveriam receber 100 mil ou 150 mil e a direita aqui diz - "Caramba! O país vai mudar todo mundo vai ter que aprender a falar farsi e pashtun" e outras estupidezes de estilo. Aliás se quiser ver um exemplo mais claro de o que poderia fazer a imigração num país é o Canadá né? No Canadá, qual a população em 1950?

James M. Cooper:

That my hometown, maybe a little bit, not the four million now.

James Cavallaro:

That's remarkable how it has grown through migration. Mas para ser mais sucinto, é que os números, quando se fala de um número que será aceito no número de pessoas na Alemanha, na Europa e nos Estados Unidos, até no Canadá que está recebendo mais, não se comparam com os números que os países vizinhos receberão e assim como toda a situação de imigração

com toda a situação de imigração com qualquer crise mundial, a Síria, se escolhem os países vizinhos, sempre recebem, querendo ou não, tendo condições ou não, muito mais, muito mais refugiados do que os países que são mais desenvolvidos. Então eu digo se você me perguntar “Cavallaro, só a tua opinião?” A minha opinião é que tem uma tremenda desigualdade no mundo, a lógica das fronteiras é uma forma de manter os países desenvolvidos de forma historicamente injusta desenvolvidos e manter os países em desenvolvimento, por razões historicamente injustas, subdesenvolvidos. Então você me perguntou qual a minha opinião. A minha opinião é eu não defendo a lógica do Estado e a prerrogativa do Estado de limitar a entrada de pessoas. Eu acho que essa é uma injustiça e quem sabe algum dia o direito internacional acompanhará essa lógica e mudará essa normativa de o meu Estado pode fechar as fronteiras por uma lógica de que, Caramba! Historicamente, tem imperialismo, colonialismo, extração de recursos do Sul para o Norte e agora uma coisa mínima seria permitir que as pessoas possam entrar nos países mais ricos. Gostaria de que o direito chegasse a isso e acho isso um trabalho para quem gosta de analisar o direito. Precisamos construir uma lógica jurídica que seja capaz de desafiar a lógica dos estados a Paz de Westfália de 1648. Para mudar essa lógica, agora dentro das limitações que temos. Porque também sou advogado. Tudo bem. O que deveria ser a normativa. Isso. E o que é e dentro disso o que podemos fazer. Seja qual for o alcance da possibilidade do Estado de limitar a entrada, uma vez dentro do país, aí o ser humano precisa ser tratado com dignidade, com respeito e os direitos precisam ser reconhecidos. Então já dentro do país, o migrante, o imigrante, o refugiado e o que está sem documentação têm direito à saúde, tem direito a se vacinar, tem direito a poder viver normalmente usando máscara etc. Etc. Etc. Então é a outra pergunta embutida na tua pergunta, né? Como deveria ser tratado quem cruza uma fronteira. E eu acho que não... E aliás como questão de saúde pública, estamos vendo isso todo santo dia.

É um planeta só e se não conseguirmos vacinar população dos países mais pobres, depois de Delta vai ter Gama já tem, vai ser sei lá o quê. Não só não falo grego mas de Épsilon e todas as letras, depois sei lá teremos outro alfabeto de outra língua. Mas haverá, como se diz, variantes, porque o mundo não vacinado é o que no inglês chamamos “Petri dish” que é o que se usa para produzir coisas novas na aula de biologia. Então o resto do mundo vai ser um espaço com condições perfeitas para produzir novas variantes. Então é interessante ver o que os países que tratam os migrantes ou oferecem a saúde pública, e eu sei disso um pouco porque a minha esposa estuda isso e está comparando os países com políticas abertas para os refugiados e os migrantes em termos da saúde pública e os países com políticas fechadas. Com políticas abertas, tudo bem, você tem recebe tudo que temos de saúde pública, tem níveis mais baixos de contágio e índice de hospitalização etc. etc. Tem diversos outros fatores, mas esse fator de oferecer os direitos aos imigrantes a tendência é reduzir a disseminação do contágio e aumento dos casos.

Antônio Sestito Neto:

Boa noite a todos. Meu nome é Antônio, sou integrante do grupo, sou formado pela Facamp, também sou advogado e eu queria primeiramente parabenizar o professor James, a entrevista está sendo sensacional eu estou gostando bastante e acho que esse é um assunto bem interessante pra gente tratar. Em relação à minha pergunta, professor, a gente sabe que as empresas em geral, elas podem ser um grande agente na promoção de direitos humanos e ESG as políticas de Social Corporate Aaccountability. Em relação a isso, a doutrina também trata bastante das empresas como um grande agente na promoção de direitos humanos, mas na prática aqui no Brasil especialmente pelo menos o que eu tenho observado é que isso não acontece muito bem por exemplo recentemente em julho quando o Burger King, uma empresa S.A. que tem ações comercializadas na bolsa, quando ele foi promover uma política de inclusão para pessoas homossexuais, uniões do mesmo sexo, com a figura de crianças ele sofreu um boicote na mídia e suas ações caíram demasiadamente, significativamente no mercado. Eu queria saber, na opinião do senhor, como os agentes das empresas representantes das empresas devem se portar

em relação a isso, porque, se toda vez que a gente for tentar mudar com uma política de inclusão, tentar incluir alguém, o mercado vem lá e dá uma pancada nas ações da empresa, eu acho que essas políticas vão ser cada vez mais desestimuladas e eles não vão querer promovê-las. Eu queria saber o que o senhor recomendaria a alguém que trabalha pela empresa, alguém que luta pelos Direitos Humanos, mas no campo, como um agente empresarial. Obrigado.

James Cavallaro:

A pergunta é boa! São duas coisas, mas eu vou tentar ser mais sucinto. A primeira coisa é que, falando do boicote como ferramenta, é uma ferramenta, e pode ser usada tanto pelos evangélicos como pelos opositores ao matrimônio igualitário, como pode ser usado pelos que apoiam e defendem. Aqui durante muitos anos tinha uma empresa. Já estamos falando de quem faz sanduíche horrível. Nessa categoria tem o *Burger King* e tem o *Chick-fil-A* e tinha boicote contra o *Chick-fil-A* durante um tempo, porque havia uma política antigay e depois acho que mudou. Eu sou vegetariano, então não como *Burger King* nem *Chick-fil-A*, mas o que lembro é que houve um certo sucesso com essa pressão, através desse boicote dessa empresa por ter políticas reacionárias. Então, digo, é uma batalha. O boicote é uma ferramenta que pode ser acionada por diversos grupos da sociedade civil para avançar diversos objetivos por uma parte. E é terrível, mas as empresas e a lógica capitalista das empresas vão responder. Estamos vendendo mais hambúrguer ou menos hambúrguer com essa campanha? As nossas ações estão subindo ou caindo com essa ação? É isso! A empresa não é ética nem antiética, não tem ética, o que poderia até ser pior. Não tem ética. Se o mercado decidir que “se fizermos a propaganda mostrando homens batendo nas mulheres, vendemos 23% a mais. Fantástico! Vamos fazer isso”. Ok, isso é o que a empresa vai fazer dentro da lei. E aí vai o segundo ponto: dentro da lei. Então corresponde às autoridades criarem estruturas de incentivos e desincentivos para guiar a atuação das empresas. Neste meu país, há 60 anos ou 70 anos atrás, se você era dono de um *Burger King*, no estado de Mississippi, você tinha no seu *Burger King* a parte para os brancos e a parte para os negros.

E se você tinha todos juntos, o seu *Burger King* não só não lucraria muito, mas as autoridades do Estado teriam fechado o seu restaurante. Esse é um exemplo de uma norma jurídica conhecida por Jim Crow¹, tem que seguir essas regras. Se não seguem essas regras vem a polícia, prende as pessoas e se perde a licença. Tudo isso se você não chamar a polícia para separar. Então essa é uma norma terrível, racista e totalmente contra os Direitos Humanos. E a norma foi mudada e agora você não pode ter um *Burger King* só com brancos, ter só brancos aqui não é legal. E tem um pouco da mesma lógica onde o Estado poderia estruturar, digamos, o campo de atuação para facilitar e para incentivar. De diversas formas poderia dar incentivos fiscais para as empresas com propaganda igualitária. Então o que perde no mercado recupera nos impostos. Tem mil formas! A principal questão, da perspectiva dos Direitos Humanos, é o que o Estado está fazendo? Outros atores têm responsabilidades e obrigações em Direitos Humanos, sim! Mas, historicamente, é ainda o ator principal com as responsabilidades mais claras, é o Estado. Eu diria essas duas coisas, organiza um apoio assim, “eu não gosto de *Burger King* e não sei onde está acontecendo isso, mas agora que você menciona isso, eu talvez compre o que poderia engolir do *Burger King*, um *milkshake*, qualquer coisa para apoiar” Você organiza essa campanha também para apoiar. Se eles estão levando uma surra, a empresa porque estão fazendo algo justo, vamos apoiar! Então, essa é uma batalha e é outra questão de como as novas normas jurídicas estruturam o mercado.

1 O termo tem origem na década de 1820, quando o comediante branco Thomas Rice criou a personagem “Jim Crow”. Esta personagem estereotipada tornou-se numa figura comum nos espetáculos teatrais de comédia e um apelido amplamente usado para descrever pessoas de ascendência negra. Entre 1870 e 1960, as leis Jim Crow mantiveram uma hierarquia racial cruel nos estados do sul dos EUA, contornando as proteções que tinham sido implementadas depois do fim da Guerra Civil – como a 15ª Emenda, que há 150 anos já concedia aos negros o direito ao voto. As leis discriminatórias negavam os direitos aos negros, submetiam-nos à humilhação pública e perpetuavam a sua marginalização econômica e educacional. Qualquer um que desafiasse a ordem social enfrentava menosprezo, assédio e assassinato. Disponível em: <https://www.natgeo.pt/historia/2020/02/leis-jim-crow-criaram-escravatura-com-outro-nome>

Antony Augusto Corrêa Bellotto, pesquisador acadêmico da Facamp pergunta o seguinte. Ele leu o outro artigo que não estava na nossa imediata apreciação nas nossas reuniões chamado *"Living Under Drones: Death, Injury and Trauma to Civilians from US Drone Practices in Pakistan"*, em 2012 em co-autoria James Cavallaro e com a participação da Clínica de Direitos Humanos de Stanford e ali havia uma preocupação sobre a potencialidade dos veículos aéreos não tripulados e outras armas e tecnologias, principalmente no que diz respeito à morte de civis e a baixa transparência dos resultados dessas medidas antiterror. Isso não obstante, o artigo mostra que além das mortes, a saúde mental das comunidades era afetada como um todo por causa da presença dos drones e a constante ameaça. Todos esses elementos podem ser vistos não só na situação narrada como em outros elementos tecnológicos que têm chamado atenção: a vigilância, estado de insegurança, baixa transparência baixo ou nenhum controle humano dessas tecnologias. Isso posto, qual a sua percepção, professor, acerca da relação homem-tecnologia e com ênfase à expansão progressiva dos Direitos Humanos? Temos motivos para otimismo, ou estamos fadados a uma progressiva tendência "algocrática", hiper vigilante e autoritária? Pode haver alguma relação simbiótica? A impressão do senhor acerca da lentidão do sistema internacional dos tratados para responder à tecnologia e a possibilidade de resposta retroativa (*retroactive evaluation*) poderia nos levar a uma situação de difícil retorno ou até de não-retorno? Eis a questão.

James Cavallaro:

Aí perguntam se estamos fadados, eu estava pensando no termo bastante parecido estamos fu...nessa situação. Fizemos esse estudo faz dez anos. É quase tudo que a gente dizia que ia acontecer já está acontecendo. No começo do governo de Obama, e tem um texto fantástico sobre isso: o do Sam Moyn (Samuel Moyn), que saiu agora. O nome do livro é *Humane*², não tenho em português, mas tenho em inglês e quem sabe todo mundo aqui lê em inglês e como o escritório dele é na sala ao lado da minha na Yale Law School, eu ganhei uma cópia de graça antes da saída, então, consegui já ler o texto, mas está provocando um debate muito intenso entre o pessoal dos Direitos Humanos. Basicamente, o que ele diz é a interessante tese de que da Segunda Guerra para cá, os Estados Unidos aceitaram certas limitações impostas sobre como se faz a guerra. No direito humanitário, o direito que se aplica nas guerras, tem dois elementos basicamente: o que é chamado *jus ad bellum* e *jus in bello*. A diferença de *jus ad bellum* é de que esta intervenção é legítima e no artigo 24 da Carta da ONU é autorizada essa intervenção e a defesa do estado, por legítima defesa, ou seja, uma intervenção autorizada pelo Conselho de Segurança e é legal. Essa é a *jus ad bellum* e ela existe bem antes da Carta da ONU. E tem também o *jus in bello* que são as normas que se aplicam dentro de um conflito: não pode bombardear o hospital, quando a pessoa levanta a bandeira branca tem que tomar como preso e não pode executar e diversas outras normas.

É o famoso artigo comum, o artigo terceiro comum entre as quatro Convenções de Genebra. Poderia falar mais, mas o importante é que tem o tema do que é *jus ad bellum* e o tema de *jus in bello* e que basicamente a tese é que os Estados Unidos aceitam as limitações *jus in bello*, mas não aceita e conseguiu manter uma guerra de baixa intensidade global sem restrições na prerrogativa dos Estados Unidos, no que diz respeito ao *jus ad bellum*. E que isso acontece por diversos motivos, mas uma das críticas que ele faz e é por isso que está promovendo um debate brutal dentro da comunidade da sociedade civil nesse país, porque ele diz que o nosso erro, do movimento dos Direitos Humanos, foi de focar no *jus in bello*, de não poder torturar como está fazendo na Abu Ghraib, não poder manter presos sem limite na base em Guantánamo. E não focar no que é chamado em inglês como *peace movement*: "não! Somos contra a guerra, contra as intervenções, contra as centenas de bases militares dos Estados Unidos no mundo inteiro, contra as operações feitas pelos drones e que estão permanentemente sobrevoando quantos países!". E digo não sei quantos países, porque não sei quantos países, porque ninguém sabe e quem sabe é quem trabalha no Pentágono. Então, voltando ao tema, uma coisa que os *drones*, como passo

2 Humane: How the United States Abandoned Peace and Reinvented War

intermediário, conseguem fazer é eliminar o risco possível de morte, de outras baixas, de ficar ferida, de uma força militar. Os *drones* são comandados por pilotos em diversas forças aéreas dentro dos Estados Unidos. Então têm “pilotos” vendo telas num lugar chamado *Creech Air Force Base* no estado de Nevada, estão vendo pessoas como aconteceu, não sei se vocês viram, em uma das últimas ações que finalmente “Deu no New York Times!”, algo positivo! Foi um *drone* sobrevoando o Afeganistão, acompanhando um carro, acham que o carro estava fazendo algo suspeito, mas de fato estava colocando garrafas de água do escritório onde o cara trabalhava numa ONG americana. Estavam colocando na mala porque faltava água na casa dele. Depois ele deixou um funcionário na casa dele, outro funcionário em sua casa e depois ele volta para casa. Chega em casa, abre a garagem e os americanos acham que está fazendo algo suspeito e matam uma família inteira, dez pessoas. Quem lê o New York Times viu isso porque deu na primeira página, há um dia, dois dias, no final de semana saiu. Mas como exemplo, esse tipo de coisa acontece todo santo dia e nesse caso a primeira notícia, nos Estados Unidos, foi de que as forças militares, através de um *drone*, conseguiram impedir um ataque suicida que ia matar não sei quantos no aeroporto. [Aplausos] Se quiserem cantar *God Bless America* (Deus salve a América) eu posso colocar a música agora. Essa foi a primeira comunicação. Depois, eles tiveram que reconhecer que não tinham certeza se o cara realmente tinha um passado no ISIS, no Estado Islâmico, depois não tinha nada a ver com o Estado Islâmico e, finalmente, o Pentágono vai ter que admitir que foram dez mortos, aliás, dentre os quais, sete crianças.

Bom, voltando ao tema dos *drones* esse tipo de atuação acontece e esse é o tipo de erro que tem. Agora, o que é interessante e terrível é que se você coloca tropas como têm no Afeganistão, tem até muito mais civis mortos, muito mais. Eu dou esse exemplo só para dizer que os drones e a tecnologia não eliminam a possibilidade de não-combatentes serem mortos - sem falarmos se é justo ou injusto matarem os combatentes - mas não elimina a possibilidade, reduz a possibilidade, mas sempre tem, claro, estes erros porque a inteligência é humana. O que o *drone* faz - isso estudei quando fiz esse relatório, falei com todos os técnicos - o que ele consegue fazer é mandar o míssil para um lugar na Terra, com erro assim de um metro, é nada, ou dois metros. Isso se faz com precisão. Agora, se nessa casa tem terrorista ou não tem terrorista, se nessa casa tem bombas que vão levar para o aeroporto ou não: essas são questões de inteligência humana, que é falha. Então tem erros. Ok, vamos colocar isso na balança. O interessante - é isso o que diz Moin e que tem a ver com a pergunta da tecnologia e qual o futuro - é o que permite ser mais preocupante: mesmo que se possa reduzir o número de civis mortos e feridos com o uso dessas tecnologias, o que se facilita é o controle global absoluto e total de um país. E esse controle global e total é o que de fato está acontecendo.

As tropas saem do Afeganistão. William Bonner deve ter comentado. William Bonner falou que “As tropas americanas estão deixando o Afeganistão. A paz chega ao Afeganistão! Vamos falar da paz.” Que paz, meu irmão? O que você está falando? Que paz, não tem nada disso. As tropas saíram, ainda têm *drones* sobrevoando a metade dos países do mundo. O governo dos Estados Unidos tem essa capacidade militar para matar qualquer pessoa no planeta, em qualquer momento. E isso é algo que aceitamos --- é a tese do Moin --- até facilitamos, nós dos Direitos Humanos e do direito humanitário, como a Cruz Vermelha, etc., por insistir que a guerra se faça segundo as normas do *jus in bello*, e não que não se faça a guerra. Entende? Está entendendo esta tensão? E nisso a tecnologia faz um papel central, porque a tecnologia é que facilita a guerra permanente, sem custos para os Estados Unidos e, tecnicamente, menos provável de produzir o que são chamados de “danos colaterais”. Então eu vejo um futuro nefasto, de controle absoluto e a próxima fase, mais nefasta, são os *drones* que não precisaram mais dos pilotos no *Creech Air Force Base* no estado de Nevada, porque funcionarão com algoritmos que analisam as informações, veem a movimentação: “isto aqui é uma força militar que está fazendo tal, tal e tal” e determina que vai mandar o golpe, o míssil. Enfim, eu não vejo nenhuma razão, nenhuma possibilidade de desenvolvimentos positivos, nisso sou muito pessimista, sinto muito.

Mônica Defilippi Hobeika:

Vou fazer, professor, a pergunta do professor Fauzi, aqui da FACAMP, que não pôde estar aqui conosco, sobre o Tribunal Penal Internacional. Ele diz assim: “Na sua visão, há meios técnicos e políticos para que o Tribunal Penal Internacional supere as críticas que lhe são feitas de voltar-se, quase que exclusivamente, para pessoas provenientes de nações mais vulneráveis, de modo a alcançar outros níveis de pessoas, aparentemente responsáveis por crimes de competência do TPI, em investigações e processos, o que, até o momento, não se verifica no funcionamento daquele tribunal?”.

James Cavallaro:

Eu concordo com o que disse o Fauzi sobre a Corte Penal Internacional. Se tem a base para esperança, eu fiz um artigo, agora, saiu o ano passado, com um colega, sobre a Corte Penal Internacional. Tentamos nesse artigo indicar qual poderia ser o caminho, mas digo aqui que poderia ser útil, mas fizemos críticas muito duras, porque acho que a Corte Penal Internacional, primeiro temos de entender, surge num período entre a queda do Muro de Berlim e o 11 de setembro, um período no Direito Internacional em que eu participava nesse momento quase que eufórico em que pensávamos, não só nós dos Direitos Humanos, mas muitas pessoas achavam, que a Guerra Fria acabou, vai ter um dividendo da paz, o “*peace dividend*”, quer dizer, não vamos ter que gastar bilhões de dólares nos armamentos, porque não tem contra quem lutar, não tem o inimigo, nem da Rússia ou da ex-União Soviética olhando para os Estados Unidos e para o oeste, nem dos países europeus do Oeste olhando para a União Soviética. Então vai ter um dividendo de paz, um *peace dividend*. E que o direito internacional será regido não pela tensão permanente entre o comunismo e o capitalismo, mas como base o direito e a normativa internacional. Eram essas as ideias.

Então nesse momento histórico, nesse período de 12 anos, que parece como se fosse de outra vida. Digo porque acho que Mônica deve ter experimentado um pouco disso, quando criancinha, e José Antônio também.

Nesse período quase eufórico é que surge a Corte Penal Internacional, mas antes o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, para Ruanda, a Corte Especial para Serra Leoa, etc. etc. Com uma lógica de que a Justiça Penal Internacional vai ser guiada pelos Direitos Humanos, pelo Direito e pela Justiça. Juro, tinha muita gente olhando para mim, José Antônio, como se estivesse falando grego, tinha muita gente que acreditava nisso, naquele período. Achava que, não pelo *Realpolitik*, pelas forças mais potentes. E, depois pelo 11 de setembro, ficou evidente que o país mais potente no mundo tinha uma agenda e que a agenda era a hegemonia ainda mais explícita do que antes. O controle do território do planeta para eliminar todo e qualquer risco para os Estados Unidos e aumento do investimento militar, do que nós chamamos de complexo industrial militar, *Military Industrial Complex*. E que nisso funcionaria a Corte Penal Internacional com todas essas pressões. E aí, o que estamos vendo? Acho terrível que a Corte Penal Internacional, há vinte anos quase, moveu zero processos contra pessoas fora da África, zero.

Eu trabalhei num documento de cem páginas, documento super detalhado - poderia mandar se quiserem, está em um site nosso - contra a Austrália, pela detenção, uma política que tem de deter as pessoas que estão pessoas buscando asilo político na Austrália, mas as mantém em cadeias fora da Austrália, para que não tenham direitos na Austrália, com condições péssimas, alto índice de suicídio, de abuso sexual, etc. Então levamos esse caso. Não, não vai para frente! Contra o México, nem contra Bolsonaro, que tem seis ou sete, não sei quantas denúncias, mas não vai para frente. Então, digo, para responder à pergunta do Fauzi de forma sucinta. Poderia fazer muita coisa útil, mas o critério não pode ser: “vamos pegar os piores e os piores são sempre da África”. Não pode ser esse o critério. Aliás, eu duvidaria de que sejam os piores, mas tudo bem, vamos usar a mentalidade deles: “você matou trinta pessoas com faca, então, você é pior do que quem autorizou essa invasão e matou cinquenta mil”. Não sei, mas tudo bem, esse critério é questionável. Preciso usar como faz o Conselho da ONU, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, que leva em conta cada país, faz o *Universal Periodic Review*, a revisão periódica

universal, tem que fazer algo assim: quais os crimes mais graves na Austrália? Deveria investigar.

Quais os crimes mais graves no México? No Brasil? Deveria fazer algo mais equilibrado. E também deveria se fazer, mas dizemos no artigo, deveria se fazer muito mais investigação e menos recursos no processo. O processo custa vinte, trinta milhões cada. Poderia fazer muita investigação, negociar, visitar o país, Brasil, falar com o Congresso brasileiro, deveria aumentar a pressão em diversos países. Gastar muito mais energia nisso e menos nos próprios processos. Mas precisa de ser redirecionada a Corte, porque acho que vai mal. E esse enfoque em uma dúzia de africanos fica um enfoque muito errado.

José Antonio Siqueira Pontes:

Essa última pergunta é de minha formulação. Bom, num dos textos que nós analisamos aqui no grupo, é citado um professor dos Estados Unidos de origem queniana, Makau Wa Mutua, que compartilha ideias de contestação do discurso dos direitos humanos. Isso já foi falado aqui: a questão do Eixo Norte-Sul, do Eixo Leste-Oeste no globo, as visões dominantes/ dominados ou a mesmo a visão de imperialismo, neoimperialismo, enfim, discussões de decolonialismo. Essas questões estão muito vivas aqui no Brasil em boa parte da discussão dos direitos humanos. Mas ela é bastante teórica, muito difícil. Então eu queria que você falasse um pouco de uma interconexão possível entre teoria e prática a partir da própria experiência sua na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por quê? Algumas visões mais moderadas dessa crítica falam de uma espécie de fim da história, é o caso do Mutua, uma espécie de fim da história no caminho dos direitos humanos porque precisa mudar completamente o discurso, mudar do avesso. E algumas visões mais radicais, que já não são de hoje, as tendências da própria universalidade das declarações internacionais já eram, de saída, incapazes de gerar eficiência no Sul global ou no leste hemisférico sem essa questão ou da geopolítica ou do neoliberalismo ou da imposição violenta da cultura. Então, na sua prática, não só nas clínicas, mas também como ativista e membro por um período da Comissão Interamericana, como você vê essa teoria e essa prática, quero dizer, as noções mais singulares, locais, e o discurso universal, para resumir um pouco as discussões que já apareceram nas questões anteriores, por favor. Obrigado, professor.

James Cavallaro:

É muito complicado, e eu digo, o Makau, que conheço o Makau, conheço ele razoavelmente bem, alguns detalhes de Makau que ajudam a entender. A crítica que ele faz é brutal, coerente e forte e eu acho que tem base, mas repare no texto. Ele não diz que vamos abandonar o trabalho nos direitos humanos, de fato ele não abandonou o trabalho em direitos humanos. Ele trabalhava em entidades de direitos humanos quando houve um governo de transição mais reformista no Quênia. Ele entrou na Comissão de Direitos Humanos para tentar, e acho que não deu certo, porque foram muito limitados os esforços dele. É uma relação muito complicada, diz ele. Ele fala muito bem, não é preciso que eu diga por ele, mas acho que ele tem uma relação complicada com os direitos humanos. Qual a relação? Eu não discuto, ele vê a trajetória ocidental e prepotente da normativa e da prática. Faz o diagnóstico e mostra que isso tem os elementos entre os ativistas – está falando nos 90 e era muito mais contundente naquela época – tem uma atitude de superioridade dos ativistas do Norte e do Oeste, uma arrogância ou uma fé nas instituições nossas que são superiores às das instituições africanas ou as instituições da Ásia. Descreve muito bem os problemas, digamos, históricos e da atualidade do movimento como priorizava os direitos civis e políticos por cima dos direitos econômicos e sociais, que não há novidade no Sul global, etc.

Ao mesmo tempo, acho que ele reconhece que, num mundo desigual que é o que temos, a linguagem dos direitos humanos e as estruturas abrem espaços para promover os interesses e os direitos de comunidades no Sul global que sofrem violações. Um exemplo: falamos do relatório sobre Paquistão. Alguém citou e falei dos *living under drones*, que fiz quando era professor da Stanford, junto com a clínica. Digo, como que surgiu esse relatório? Colegas em Londres, uma ex-aluna da

Harvard que trabalhava em Londres e com advogados e com outros ativistas no Paquistão. Ela estava recebendo informações no sentido de que os *drones* estavam matando civis, que o governo americano estava mentindo ao dizer que não tinha civis mortos, porque tinha civis mortos, e estava aterrorizando comunidades inteiras nessa região do Paquistão conhecida como Vaziristão ou Fata. E que saía nos jornais no Paquistão, saía na televisão no Paquistão, saía na internet no Paquistão, mas que ninguém ligava nos Estados Unidos e essa mentira oficial – que era mentira oficial por alguns anos – de que os *drones* são absolutamente precisos, sempre chegam no lugar certo e só estão matando terroristas e combatentes. Ok, como disse antes, o *drone*, sim, vai chegar na Latitude 46,3.02 na longitude tal, vai chegar num ponto no planeta Terra desejado.

Isso sim. Quem está lá é alguém cuja informação que chegou foi do inimigo pessoal porque esse cara, enfim, “estuprou a minha neta e eu quero que o cara morra, então vou dizer que ele é do Talibã”. Ou o cara que está vendo as imagens vê que estão metendo bombas no carro, mas são garrafas de água, e está vendo. Isso acontece. Então, voltando ao tema do Makau, chegam e dizem pra gente: “podemos organizar tudo aqui para vocês, vocês chegam aqui, vocês vão falar com quem quiserem falar, vocês podem levantar como quiserem levantar, vocês vão ver que estão matando civis”. Parece superimportante que vocês da Stanford e, ainda, tem essa entidade em Londres que estava assessorando, e depois organizamos com NYU para poder participar. Porque sabia que a gente ia lavar muita pancada do governo americano então, convidamos NYU e Stanford, duas super universidades americanas, porque levantamos e vimos o que era. Voltamos e eu levei as pessoas à equipe da NYU para ver exatamente o que eu tinha visto, para documentar, para ver nos lugares e entrevistar as pessoas. Por quê? Porque num mundo desigual, quando lançamos esse relatório com a Stanford e a NYU, saiu na CBS News, New York Times, LA Times, Le Monde, Le Guardian, e aí o governo americano tinha que responder.

Não precisava responder quando estavam dizendo no Paquistão. E o mundo é assim. E Makau sabe que o mundo é assim. Quando vivermos num mundo totalmente igual, quando isso acontecer, aí um relatório da ONG em *Islamabad*, que fazia o levantamento, no mínimo um ano antes da gente, esse levantamento terá o mesmo peso que um relatório lançado pela clínica da Stanford, a *Human Rights Watch* ou a Anistia Internacional. A gente não vive nesse mundo. Então é por isso que eu sinto, em termos pessoais, é a ambiguidade permanente de saber que o que eu digo tem mais peso porque eu era presidente da Comissão Interamericana, porque eu sou professor da Universidade de Yale. Eu sei que isso é *bullshit*. Entende? Eu sei que isso é papo furado, eu sei que isso não deveria valer nem um pouco mais do que diz o professor tal nessa universidade em *Islamabad*. E digo, tem professores ruins aqui, tem professores ruins lá, mas estão nos Estados Unidos, está falando em inglês. Eles falam inglês lá também, hein? Mas como estamos em um mundo desigual, o que fazemos ainda é que jogamos com essas contradições. Usamos a nossa “posicionalidade”, por assim dizer, para poder levantar, ampliar ou amplificar as vozes de quem deveria ser escutado, mas não está sendo escutado. Um pouco acima, não sei se respondi...

José Antonio Siqueira Pontes:

Enfim, e tem a ver com a fala anterior de que é preciso acreditar, né, quer dizer, se os ativistas e líderes na área deixaram de acreditar, aí sim que a casa cai. Mas obrigado.

Mônica Defilippi Hobeika:

Eu só queria agradecer, de novo, pela segunda vez ouvindo, muito bom. Eu lembro que eu já tinha comentado com a turma dos verbos, da visibilidade, da desestabilização e da mudança que nós ouvimos tanto nessa teoria crítica. Então eu só queria agradecer ao professor Cavallaro. É uma honra ouvi-lo. Muito obrigada por sua disponibilidade e proximidade fraterna conosco. A pandemia, como você mesmo disse, trouxe isso de bom. Essa possibilidade de estarmos tão próximos e ouvi-lo e partilhar os ensinamentos tal. A sua luta pelos direitos humanos, essa efetividade mesmo da sua luta, é admirável e serve

de exemplo pra gente. E aí eu queria agradecê-lo falando só um pequeno trecho de um poema do Eduardo Galeano, que eu gosto muito.

James Cavallaro:

Um dos meus favoritos.

Mônica Defilippi Hobeika:

Exatamente, o que diz assim... Vou falar depois vou traduzir eu mesmo em português...

James Cavallaro:

Ah, fala em espanhol!

Mônica Defilippi Hobeika:

Ah, ok! "Vale, venga, hombre!"

*Ojalá podamos ser tan porfiados para seguir creyendo, contra toda evidencia
que la condición humana vale la pena,
porque hemos sido mal hechos, pero no estamos terminados.*

*Ojalá podamos mantener viva la certeza
de que es posible ser compatriota y contemporáneo
de todo aquel que viva animado por la voluntad de justicia y la voluntad de belleza,*

*nazca donde nazca
y viva cuando viva,
porque no tienen fronteras los mapas del alma ni del tempo.*

Muchas gracias, muito obrigada, thank you!

Professor Cavallaro:

Imagina... não. Eu sei que não mereço um poema de Eduardo Galeano, que é um dos meus heróis. É uma tremenda figura, não sei se vocês estão lendo, mas se o problema da formação jurídica se fica só com texto jurídico. Mas muito obrigado pela paciência.

ARTIGOS

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

MEIO AMBIENTE, INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E A TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS CAPITALISTAS

ENVIRONMENT, TECHNOLOGICAL INNOVATIONS AND THE
TRANSFORMATION OF CAPITALIST SOCIAL RELATIONS

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

MEIO AMBIENTE, INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E A TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS CAPITALISTAS

ENVIRONMENT, TECHNOLOGICAL INNOVATIONS AND THE TRANSFORMATION OF CAPITALIST SOCIAL RELATIONS

ALAÔR CAFFÉ ALVES

Faculdade de Direito da USP / FACAMP

caffe@uol.com.br

Nesta atual conjuntura socioeconômica por que nosso país passa, com a predominância do neoliberalismo de caráter global, gostaria de fazer uma pequena reflexão sobre as perspectivas futuras das relações entre o desenvolvimento tecnológico e as suas conseqüências para o meio ambiente e a vida social. O objetivo final é discutir a viabilidade e limites dos controles ambientais no sistema de livre empresa, no sistema de mercado em que vivemos.

Além das relações sociais interindividuais de amizade, casamento, companheirismo, os homens mantêm entre si relações materiais, isto é, relações mediadas por troca ou consumo de bens, realizadas como amplo exercício e circulação da propriedade privada de tais bens. Assim, eles se relacionam também e principalmente por meio de intercâmbio de coisas e atividades que produzem e consomem, individual e coletivamente. E o fazem por meio de milhões de trocas cotidianas, realizadas por contratos de compra e venda de mercadorias e atividades (trabalho e serviços), perfazendo o mercado capitalista. Tudo isso supõe o direito de propriedade privada de bens de consumo e de produção, o qual passa a ser o centro nervoso das relações sociais em nosso sistema econômico de livre mercado. Esse direito, em sentido geral e amplo, é enunciado e protegido como um dos direitos fundamentais do cidadão. Ele é o fundamento do chamado sistema capitalista de produção, também conhecido por sistema de mercado.

Note-se, no entanto, que, geralmente, na ordem jurídica constitucional dominante nas formações econômicas capitalistas, não é feita a distinção entre a propriedade de bens estritamente de consumo e a propriedade privada de bens de produção. Esse procedimento jurídico tem efetivamente a função ideológica de escamotear a propriedade privada dos bens de produção como fundamento, no processo de produção, da espoliação econômica das classes trabalhadoras, inerente ao modo de produção capitalista. Obviamente, esse procedimento contribui para tornar obscuro o papel extremamente importante daquela distinção, pois a propriedade privada dos bens de produção permite o exercício do poder econômico sobre toda a sociedade pelas classes deles proprietárias e, por conseqüência, o monopólio hegemônico do poder político.

O intenso desenvolvimento e aperfeiçoamento tecnológico dos bens de produção, por exemplo, conduz inevitavelmente a profundas mudanças nas relações sociais, na cultura e nos processos civilizatórios. Compare-se o nível de desenvolvimento social e cultural entre o início do século XX e o início deste século. Assim, de modo inevitável, a tecnologia progressivamente mais avançada, em mãos privadas, dispensa, ano a ano, a mão de obra de milhões de trabalhadores, causando o desemprego estrutural e permanente. Há, sem dúvidas, medidas governamentais para debelar ou minorar o desemprego, mas elas são conjunturais, não podendo comprometer o sistema de mercado em sua estrutura. O desenvolvimento tecnológico é corolário inevitável do desenvolvimento capitalista, como processo fundamental para o aumento da produtividade objetivando ampliar a concentração e acumulação do capital. Não há como fugir dele. Certamente,

isso vai se refletir, fatalmente, na crescente e mais severa poluição do meio ambiente dos centros urbanos, assim como no esgotamento e degradação dos recursos naturais.

Por outro lado, tendo em vista a propensão tendencial da queda da taxa média de lucro, no desenvolvimento cada vez mais sofisticado do capital a nível global, este procura efetivar processos contratendências, através de inúmeras medidas econômicas e institucionais. Estas medidas são representadas respectivamente, no âmbito econômico, pelo esforço da obsolescência programada dos bens de consumo; pelos avanços tecnológicos para ampliar a produtividade do capital; pela expansão de mercados em níveis globais; pela exploração de mão de obra barata dos países periféricos etc.; bem como, no plano institucional, pela adoção de políticas neoliberais, com a minimização da ação dos Estados nacionais; pela ocupação privada dos espaços públicos; pela privatização da saúde pública, da educação pública e da seguridade social; pela flexibilização e precarização do direito trabalhista; pela eliminação das políticas públicas; pela desregulamentação e globalização do sistema financeiro etc.

Estruturalmente, a máquina eletrônica, a robótica, a informática, a biotecnologia etc. vão substituindo o trabalhador na produção de bens e serviços, sempre visando à diminuição dos custos e ao incremento da lucratividade do capital. As elites produtoras e as nossas autoridades batem à exaustão nessa tecla. É preciso produzir cada vez “mais barato”, para que o consumo global seja possível e para alcançar a riqueza para todos. Porém, ao mesmo tempo e paradoxalmente, a grande abundância e extensão global da produção de bens e serviços levam também, nesse sistema de mercado, a profundas desigualdades sociais e à pressão e degradação enorme e incontida sobre os recursos naturais, cada vez mais escassos. E isso sem contar com os produtos que, ao serem consumidos por milhões e milhões de pessoas, provocam efeitos nocivos e predatórios de grandeza inimaginável sobre os continentes, a biota terrestre, os mares e a atmosfera do planeta.

Decorrente disso, a produção passou a ser produção de massa, onde os insumos básicos não se compõem senão de matérias primas, máquinas, equipamentos sofisticados, cérebros eletrônicos, robôs, computadores... botões e mais botões. Há um potencial tecnológico infinito, multiplicando a produção sem limites e segundo critérios estritamente individualistas. O coletivo e o bem estar social vão sendo secundarizados e mesmo desaparecendo. Porém, havendo um só planeta para toda a humanidade, os recursos naturais são claramente limitados e esgotáveis. Além do mais, o peso da quantidade de mão-de-obra é cada vez menor em relação à totalidade da produção agregada no mercado global. Os trabalhadores, a natureza e a tecnologia passam a ser explorados ao máximo, tendo em vista a acumulação e a concentração do capital em todo o orbe. E isso não só na indústria mecânica, mas também no agro-negócio, no comércio, no sistema financeiro, nos serviços terciários em geral. O mundo se urbaniza e se artificializa aceleradamente em detrimento das condições naturais do homem, da biodiversidade e do planeta.

Na verdade, em termos globais, com a acelerada evolução técnico-científica incontornável, o homem, no atual sistema econômico, vai ficando de “fora” da produção social, com o desemprego estrutural. Com tal exclusão, há, portanto, um progressivo desequilíbrio entre o que se produz e o que se pode comprar e consumir, provocando profundas descompensações na distribuição das riquezas produzidas na sociedade capitalista. A sociedade se polariza entre aqueles que concentram exageradamente a riqueza e os rendimentos e aqueles que nada possuem, nem sequer para sua própria subsistência. Em razão do desemprego estrutural, os salários vão se escasseando e, com o neoliberalismo, a distribuição social vai se estreitando. A liquidez no mercado, para o consumo, vai se atrofiando inexoravelmente, havendo, no entanto, excesso de capital financeiro no jogo mundial (cassino) do capital fictício.

É paradoxal: ele (o mercado) se expande progressivamente em relação ao que se produz materialmente, devido ao incremento exponencial da produtividade, mas se contrai quanto aos meios líquidos para consumir tudo o que se produz. Daí as crises periódicas do sistema. Há um estranho efeito: a pobreza e a miséria, em meio a abundância de bens produzidos e

apropriados de forma privada e concentrada. As coisas dominam o mundo dos homens, numa reificação das relações sociais. Como tal sistema não é um carrossel girando no mesmo nível, pois se amplia continuamente como uma cornucópia dinâmica, esse processo, naturalmente, vai levar o sistema capitalista aos próprios limites históricos. Como ele teve, na história, um começo e um grande desenvolvimento, também terá seu fenecimento e seu fim.

É paradoxal ver o homem sendo alijado da cultura e do mercado justamente por efeito daquilo que ele mesmo produz intensivamente para si. Ele se torna opulento numa pequena e mínima parte social e pobre ou miserável numa grande parte coletiva. Porém, o paradoxo não decorre do puro e simples desenvolvimento da tecnologia, por si mesma, mas sim da organização ou das relações sociais dos homens em torno dessa tecnologia e dessa dimensão produtiva. Como já afirmamos, no sistema capitalista, há inevitavelmente um processo dinâmico de acumulação de riqueza e renda de um lado e de expansão da pobreza e miséria de outro. É basicamente uma organização mercantil, pautada pela lógica do capital orientada para a acumulação e o incremento do lucro. O sistema capitalista nunca se orienta, em sua essência, para a distribuição social da riqueza destinada à satisfação equilibrada das reais e autênticas necessidades sociais e éticas do ser humano. Os valores concretos dessas múltiplas e diversificadas necessidades (valor de uso) são apenas um meio para a obtenção e crescimento da riqueza abstrata e quantitativa, o dinheiro na forma de capital (valor de troca).

No sistema dinâmico da sociedade capitalista, há um potencial tecnológico e científico imenso, multiplicando a produção sem limites e segundo critérios predominantemente privados e individualistas. O sistema não se contém, pois isso seria a sua morte prematura. Porém, os recursos naturais e ambientais, por outro lado, são limitados e esgotáveis para todos os seres humanos do planeta, especialmente considerando o império do modo de produção predatório do capital. A mobilização e a exploração de recursos naturais em quantidades gigantescas promovem degradação e impactos ambientais inequívocos em todo o planeta. Mudar esse tipo de consumo individualizado implica alterar profundamente o modo de produzir com suas respectivas relações sociais específicas, isto é, o poder de decisão sobre o que, o quanto e quando se deve produzir, como distribuir o que foi produzido e, principalmente, quem deve deliberar e definir a respeito.

Essa questão não deve ser mais delegada às corporações e organismos privados, fragmentados e isolados. Ela deve ser deixada ao coletivo democraticamente representado, com visão holística, orgânica e racional de todas as partes que compõem esse todo social. Tal processo supõe a difícil abolição de classes sociais antagônicas. Isto, em última instância, está ligado à reorganização social e revolucionária da produção da vida material da sociedade, às alterações das relações sociais produtivas entre os homens, somente possível com a mudança de suas relações de propriedade, especialmente quanto aos bens de produção da riqueza material e imaterial da coletividade.

Assim, vemos claramente que as questões do desemprego, da desigualdade social e do domínio e controles ambientais e ecológicos andam juntas e organicamente articuladas. A tecnologia e a ciência são essencialmente boas e nos permitem obter riqueza e bem estar. Entretanto, é preciso exorcizar a pobreza e a miséria decorrentes de sua manipulação puramente privada e alienada, mediante a adoção de novas relações e organizações sócio-econômicas entre os seres humanos.

A produção e o consumo de massa devem ser articulados democraticamente de modo planejado, orgânico e racional, objetivando o equilíbrio ecológico e o bem estar de todos. Os homens precisam tomar em suas mãos as rédeas da história. Aí se questiona: quais seriam essas novas relações sociais e formas organizacionais sócio-econômicas para dar conta desses três ingentes problemas, especialmente o controle do meio ambiente, o desemprego e as profundas desigualdades sociais?

E aí fica um tema substancial para a reflexão de que o controle do meio ambiente e do equilíbrio ecológico têm profunda relação com a organização e estrutura do modo de produção da vida material da sociedade, e não apenas com as dimensões tecnológicas alcançadas pela humanidade. As considerações sobre a natureza e funcionamento do sistema capitalista – sistema de mercado – têm importância nuclear para o equacionamento das questões ambientais e ecológicas.

Numa economia neoliberal, em que predominam os sistemas de livre empresa e de livre mercado – sem as restrições estatais e programas sociais eficazes e profundos – dificilmente podemos atinar com soluções racionalizadas e neutralizadoras das influências do individualismo consumista e predador. Neste caso, os prejuízos ambientais e ecológicos são difíceis, senão impossíveis, de serem debelados ou mitigados.

Nesse sentido, os estudos adequados das questões ambientais e da correspondente sustentabilidade devem sempre ser desenvolvidos – no que respeita às instituições públicas e privadas e à vida jurídica da sociedade – tendo em vista a composição, organização e funcionamento da pertinente estrutura socioeconômica das comunidades estudadas. Assim, as questões de sustentabilidade ambiental não podem ser tratadas apenas de forma meramente técnica – em todos os sentidos da palavra, mesmo do ponto de vista jurídico – sem levar em conta o sistema de exploração econômica e distribuição social a que estamos sujeitos.

Esses estudos, portanto, devem ser multidisciplinares e sistêmicos, envolvendo de modo integrado a realidade social, econômica, cultural, política, histórica e ambiental. É preciso considerar que, a par das abordagens científicas para a compreensão objetiva dessa realidade socioeconômica e ambiental, tornam-se necessárias igualmente formulações críticas para alimentar a orientação política com vistas à consecução da profunda transformação social que essa realidade requer. Por isso, pode-se entender que tais estudos científicos poderão nortear a transformação democrática da organização político-social de nossa sociedade e que, em última instância, serão a fórmula inequívoca e inadiável para a consecução da sustentabilidade socioambiental, tendo em vista a dignificação do ser humano seja a nível nacional ou global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amado, Frederico. Direito Ambiental Esquematizado, 7ª ed.; Forense, S.Paulo, 2016.

Antunes, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, Lumen Juris, 2001.

Boito Jr., Armando. Estado, Política e Classes Sociais; Ed. Unesp, São Paulo, 2007.

Dantas, Marcelo Buzaglo; Séguin, Elida; Ahmed, Flávio (orgs.). Direito Ambiental na Atualidade – Estudos em Homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo; Ed. Lumen Juris, Rio, 2010.

Dowbor, Ladislau. A Era do Capital Improdutivo; Autonomia Literária, São Paulo, 2017.

Dupas, Gilberto. Economia Global e Exclusão Social; Paz e Terra, São Paulo, 2001.

Dupas, Gilberto. Meio Ambiente e Crescimento Econômico, Tensões Estruturais; Unesp, São Paulo, 2008.

Figueiredo, Guilherme José Purvin de (org.). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico; Max Limonad, s/d.

Kempf, Hervé. Para salvar o planeta liberte-se do capitalismo; Saberes, Campinas, 2012.

Lowy, Michael. O que é o Ecosocialismo? Cortez Editora, São Paulo, 2014.

Melo, João Alfredo Telles. Direito Ambiental, Luta Social e Ecosocialismo; Ed. Demócrito Rocha, Fortaleza, 2010.

Montibeller Filho, Gilberto. O Mito do Desenvolvimento Sustentável; Ed. Da UFSC, Florianópolis, 2004.

SOBRE O AUTOR:

Professor Livre Docente da Faculdade de Direito da USP (aposentado).

Professor Emérito das Faculdades de Campinas - FACAMP - cofundador do curso de graduação em Direito (2002).

Ex-Procurador do Estado de São Paulo (aposentado).

Ex-Secretário do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (1993-4).

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NA GUARDA JUDICIAL

RECOGNITION OF SOCIOAFFECTIVITY PARENTALITY
IN THE GUARD

RECONOCIMIENTO DE LA PARENTALIDAD SOCIALISTA
EN LA GUARDIA JUDICIAL

RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NA GUARDA JUDICIAL

RECOGNITION OF SOCIOAFFECTIVITY PARENTALITY IN THE GUARD

RECONOCIMIENTO DE LA PARENTALIDAD SOCIALISTA EN LA GUARDIA JUDICIAL

GABRIELA SANTOS

RESUMO

O presente trabalho possui o escopo de demonstrar a divergência entre julgados dos tribunais no que tange ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva, evidenciando o posicionamento que se tem manifestado nos casos em que haja reconhecimento da socioafetividade concomitante com o instituto da guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Afetividade-Socioafetividade-Guarda.

ABSTRACT

The present work has the scope to show the divergence between judged of the courts with respect to the recognition of parenting socioafetiva, showing the positioning which have arisen in cases where there is concomitant with socioaffctivity Institute of the guard provided for in the Statute of the child and adolescent.

Key-words: Affectivity-Socioaffctivity-Guard.

RESUMEN

El presente trabajo tiene el alcance de demostrar la divergencia entre juzgados de los tribunales en lo que se refiere al reconocimiento de la parentalidad socioafectiva, evidenciando el posicionamiento que se ha manifestado en los casos en que haya reconocimiento de la socioafectividad concomitante con el instituto de la guardia prevista en el Estatuto de la Guardia Niños y Adolescentes.

Palabras claves: Afectividad-Socioactividad-Guarda.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 colocou o ser humano no centro do ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo novas configurações familiares como entidades merecedoras de proteção estatal.

O movimento de Constitucionalização do Direito Civil fez surgir novas possibilidades no âmbito do direito de família, posto que a leitura dos dispositivos civilistas deva sedar à luz dos princípios emanados pela Constituição.

Assim, quando o artigo 1593 do Código Civil dispõe que o parentesco pode advir da consanguinidade ou de outra origem, torna-se possível o reconhecimento da denominada parentalidade socioafetiva, a qual prioriza os laços afetivos, independentemente de vinculação genética.

O presente artigo traz um panorama geral sobre como está ocorrendo a difusão do instituto da socioafetividade no Brasil, vez que ainda não existe uma legislação normatizando o tema; bem como enfatiza a divergência jurisprudencial quando da aplicação do instituto nos casos concretos.

Além disso, o trabalho visa apresentar o entendimento jurisprudencial que vem sendo construído nos casos que envolvam socioafetividade e colocação da criança ou adolescente em família substituta na modalidade guarda, e sua discrepância com o entendimento prevalente para os demais casos.

Tem-se o escopo de demonstrar a existência de contradição nos argumentos ventilados nos julgados que foram pesquisados, e apresentar uma releitura sobre o tema.

A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E SUA INCORPORAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Direito de família contemporâneo, lido através dos princípios (CASSETARI, 2017, p. 30) emanados pela Constituição Federal de 1988, eleva a afetividade (LÔBO, IN AZEVEDO, 2003, v. XXVI, p. 42.) humana à princípio de Direito capaz de gerar consequências jurídicas de âmbito existencial e patrimonial.

A socioafetividade como forma de gerar parentalidade (DIAS, 2017, p. 444) está presente no cenário jurídico através da doutrina e jurisprudência, inexisti por ora uma legislação que contemple e delimite o tema¹.

Segundo o vigente Código Civil de 2002, o parentesco pode ser natural ou civil. Nesse sentido Conrado preceitua (2017, p. 262):

Por fim, em relação às espécies, o Código Civil, no artigo 1.593, determina que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Dessa forma, temos como parentesco natural o consanguíneo, decorrente de fatores biológicos, também chamado de genético. **Por sua vez o parentesco civil, também chamado de derivado é todo aquele que decorrer de fatores que não sejam consanguíneos. Assim, teremos sua concretização nas seguintes filiações**, que serão abordadas em profundidade no capítulo seguinte: a) adoção; b) dar parto alheio como próprio (denominado como “adoção à brasileira”); c) nas filiações decorrentes de inseminação artificial heteróloga e, por último, **d) na posse de estado de filho** (Grifo nosso).

Assim, mostra-se claro que a socioafetividade está inserto no contexto jurídico do parentesco civil, posto que no parentesco natural (consanguinidade), uma vez provada sua existência, não se discute a filiação (se é filho ou não), porém é sabido que o “sangue” não pressupõe o afeto (ROSA, p. 270).

Nesse sentido, Christiano Cassetari: “...entendemos que a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre as pessoas que não possuem entre si, um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem” (2017, p. 17)².

1

2 CASSETARI, Christiano. Op. cit. p. 17.

O Enunciado 108 da I Jornada de Direito Civil (CJF, 2018) do Conselho da Justiça Federal dispõe que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603 do código civil, compreende-se, à luz do disposto no artigo 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Desde há muito, embora proibida pelo ordenamento jurídico, a prática da denominada “adoção à brasileira”³ é aceita culturalmente em muitos casos onde se entende haver uma nobreza e generosidade no gesto praticado, mesmo *contra legem* (artigos 241 e 242 do Código Penal); o que evidencia a importância dada ao afeto. Para ilustrar, tem-se a máxima: pai (ou mãe) é quem cria e não necessariamente quem contribuiu com o material genético. Nesse sentido assevera João Batista Vilela (1997, p. 85):

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entregue ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: **a verdadeira paternidade não é um ato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço no que na procedência do sêmen.** (Grifo nosso).

Importante ressaltar que a filiação formaliza-se com a certidão de nascimento, documento que vincula pais e filhos de maneira quase indissolúvel, em que pese exista ação própria para se desconstituir a paternidade (artigos 1601 e 1604 do Código Civil) quando houver fundada prova que existiu erro ou falsidade do registro de nascimento.

Para demonstrar a importância da paternidade registral, temos que (ROSA, IN CARVALHO FILHO, IN PELUSO, 2010, p. 1779):

Diante disto, imperioso destacar, na mesma senda, **que é insuficiente a confissão de adultério pela mãe para afastar a parentalidade**, conforme disposto no art. 1.602 do mesmo texto legal, reafirmando não só **a legitimidade privativa do pai para a propositura da ação**, mas também **a prevalência, neste caso, da paternidade registral (e talvez até socioafetiva) em detrimento da biológica, ou seja, o pai registral somente deixará de figurar na ancestralidade, se essa, de fato, for a sua vontade.** (Grifo nosso).

Certo é que o reconhecimento voluntário (ROSA, p. 279) de paternidade ilide a possibilidade de se ver desconstituído o vínculo parental sob o simples argumento de não ser “o homem”⁴, o pai biológico. Referida situação possui maior incidência em casos emblemáticos em que uma pessoa possui uma relação amorosa com o pai/mãe⁵ da criança e a registra como sendo seu filho; entretanto, quando do fim do relacionamento amoroso com aquela pessoa, decide que não mais deve figurar como pai, por não o ser geneticamente. E aqui o motivo principal normalmente é a não vinculação de obrigações e de direitos patrimoniais.

É nessa seara de afeto e patrimônio que a filiação socioafetiva ganha status de extrema relevância, especialmente pela sua nítida difusão na sociedade brasileira, com respaldo jurídico através da jurisprudência de diversos tribunais de Justiça de todo o país, em especial dos tribunais superiores, STJ e STF.

O STJ vem emanando inúmeras decisões sobre o tema, com base nos casos específicos que lhes são submetidos à análise.

No Recurso Especial 1.613.641/MG (STJ, 2018), julgado em 23.05.2017 pelo STJ, cujo acórdão está transcrito abaixo, fixou-se o entendimento que desde há muito já vinha sendo difundido pela doutrina e também pela jurisprudência, de que a verdade biológica se mostra irrelevante quando existe ou existiu um vínculo de afeto entre pai e filho, salientando-se que, nesse julgado, o reconhecimento e materialização do vínculo ocorreu de forma voluntária pelo pai.

3

4 Diz-se homem para exemplificar, posto tratar-se da grande maioria dos casos, não descartando jamais a possibilidade de ser uma mulher. Os substantivos “homem” bem como “mulher” estão sendo citados no sentido de sexo fisiológico, e não como referência a gênero.

5 Não se esquecendo dos relacionamentos homoafetivos. O Provimento 63/2017 do CNJ regulamenta o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva, via cartório.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. **SOCIOAFETIVIDADE**. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE. **RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO**. REGISTRO. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. ERRO OU FALSIDADE. INEXISTÊNCIA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. 2. Impossibilidade de retificação do registro de nascimento do menor por ausência dos requisitos para tanto, quais sejam: a configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil). **3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana** por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. **4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho** legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. **5. A 'adoção à brasileira', ainda que fundamentada na 'piedade', e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora** (Precedente). **6. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança, que não pode ter a manifesta filiação modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica**. 7. Recurso especial não provido. (Grifo nosso).

Já no Recurso Especial 1.115.428/SP (STJ, 2018), entendeu-se que a negativa da filha em submeter-se ao exame de DNA não gera presunção em sentido contrário, tendo em vista a preservação de seu status jurídico de filha, fundamentado na socioafetividade, demonstrada especialmente por elementos de prova que evidenciaram a vontade do pai já falecido em ter seu vínculo paterno reconhecido e com todos seus efeitos. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO PROPOSTA POR IRMÃO CUMULADA COM NULIDADE DE REGISTRO DE NASCIMENTO E INVALIDADE DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA. **EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DA FILHA SEM O ÔNUS DA PRESUNÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO**. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. PRESERVAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE, DE SEU STATUS JURÍDICO DE FILHA. 1. Inicialmente, para que se configure o pré-questionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ). **2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou ii) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser "o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais"**. 3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade - sua intimidade, identidade, seu status jurídico de filha -, bem como em respeito a memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos. 4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que "em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. **Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.** (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012). 5. Recurso especial desprovido (Grifo nosso).

Destaca-se, ainda, que o STF ao julgar o tema 622 da repercussão geral, oriundo do Recurso Extraordinário 898.060/SC, fixou a tese da multiparentalidade nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (STF, 2018)".

Desta feita, o acórdão da referida decisão traz importantes entendimentos sobre a socioafetividade e seus desdobramentos, que se faz interessante colacionar e destacar pontos que corroboram com o raciocínio aqui exposto. Vejamos a ementa:

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. **Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica.** Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. **Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional.** Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). **Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB).** Parentalidade presumtiva, biológica ou afetiva. **Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade.** Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. **Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.**

1. O pré-questionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (grifo nosso).

Compreende-se, portanto, que a jurisprudência brasileira caminha no sentido de solidificar a paternidade socioafetiva dando primazia aos vínculos afetivos em detrimento do biológico. Referida tese do STF tem aplicação a casos semelhantes, e vincula os demais tribunais do país.

AFETO E SEGURANÇA JURÍDICA

A afetividade, como já vimos, é considerada um princípio constitucional e um dos principais pilares (ou talvez o principal) da família contemporânea, ao lado de princípios como a solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana.

O afeto nas relações familiares gera a filiação socioafetiva através da denominada posse de estado de filho, que pode ser entendida como (ROSA, p. 301):

A doutrina elenca três requisitos para o estabelecimento da posse estado de filiação, quais sejam, nome (*nominatio*), tratado (*tractatus*) e, por último, fama (*reputatio*). Entre eles, apenas o primeiro é facultativo haja vista que a socioafetividade poderá ocorrer mesmo sem a alteração de nome ou que a pessoa seja conhecida com o sobrenome da família que criou como se filho fosse (Grifo nosso).

Porém, como saber se em determinada relação familiar entre “pai e filho” existe o afeto capaz de gerar a socioafetividade.

Calderón, baseado inclusive na clássica doutrina de Caio Mário (2014, p. 65-66), defende a existência de uma afetividade jurídica objetiva, que se demonstra através de manifestações externas de afeto, diferindo-se da afetividade jurídica subjetiva, ou seja, o sentimento propriamente dito.

Nos dizeres de Ricardo Lucas Calderón (2017):

Eventos que podem evidenciar a afetividade são manifestações especiais de cuidado, entreaajuda, afeição explícita, carinho, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, dentre outros. (Grifo nosso).

A leitura jurídica da afetividade deve ser realizada sempre com uma lente objetiva, a partir da persecução de fatos concretos que permitam sua averiguação no plano fático: uma afetividade jurídica objetiva. Corolário disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: **a objetiva, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva**; e a subjetiva, que refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. **A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida**, o que permite dizer que constatada a presença da dimensão objetivada afetividade, restará desde logo presumida a sua dimensão subjetiva. **Em outras palavras, “nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento”.** (Grifo nosso).

Destaca-se também, conforme bem menciona Cassetari, como situação que possa evidenciar a afetividade é a guarda de fato exercida, desde que comprovadamente presente o sólido vínculo afetivo (2017, p. 34).

O mesmo autor, conclui ainda (2017, p. 35):

Contudo, o problema maior é verificar que haverá a necessidade de reciprocidade na afetividade, e se ela deve ser presente ou pode ser pretérita. Isso porque há chances de uma das partes, mesmo depois de formada uma socioafetividade sólida, não desejar mais que essa situação se mantenha, talvez para que não produza efeitos jurídicos. **Se for permitido a alguém refutar a socioafetividade já estabelecida e consolidada, por algum motivo, seria o mesmo que permitir a disposição das pessoas acerca da parentalidade, ou seja, que alguém pudesse, por exemplo, desconstituir a paternidade com seus pais ou filhos. Entendemos que isso não é possível, pois não estamos tratando de direito disponível, motivo pelo qual, depois de verificada a existência da socioafetividade, que era sólida, não há que se falar em consenso das partes para reconhecê-la,** como fez o Tribunal de Justiça do Distrito Federal: (...). (Grifo nosso).

Para a doutrina e jurisprudência majoritárias, nos casos de reconhecimento da parentalidade socioafetiva pela via judicial⁶, imprescindível uma profunda e acurada instrução processual para que apure a existência ou inexistência do afeto. Uma vez demonstrada a afetividade, seja por manifestações de vontade (inclusive tácitas) ou por elementos que indicam uma sólida e consolidada relação de afeto pretérita (e talvez presente), mesmo que no atual momento haja animosidade (ou rompimento de vínculo) entre as partes, ela prevalece.

Destaca-se também, que o entendimento da jurisprudência é divergente⁷ sob vários aspectos, inclusive sobre a legitimidade para a propositura da ação⁸ de investigação de paternidade socioafetiva. Ocorre que os princípios da não discriminação e igualdade de filiação⁹, corolários do macro princípio da dignidade da pessoa humana, também abrangem os pais; afinal, não importa se a filiação é biológica, registral ou socioafetiva, os direitos e deveres da parentalidade estabelecida envolvem ambos.

Nesse sentir, um pai que possui o desejo de ter oficializada sua parentalidade poderá ingressar com referida ação.

6 O Provimento 63/2017 do CNJ regulamenta o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva, via cartório.

7 STJ, Resp 450.566/RS, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julg. 03.05.2011. pub. 11.05.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19087670/recurso-especial-resp-450566-rs-2002-0092020-3/inteiro-teor-19087671>. Acesso em: 19.09.2018.

STJ, Resp 1.106.637/SP, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julg. 01.06.2010. Informativo 437, 31.05.2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-resp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19.09.2018.

8 Artigo 1606 código civil – A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único – Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

9 CF, art. 227, “§6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Embora haja diversos enunciados do CJF¹⁰, provimentos do CNJ¹¹, acórdãos dos tribunais estaduais¹², e decisões dos tribunais superiores sobre a parentalidade socioafetiva e seus desdobramentos, o tema não está pacificado (COELHO, 2017, p. 219-221), gerando insegurança jurídica.

Imagine o seguinte caso: é sabido que os filhos havidos fora do casamento podem ser criados no lar conjugal desde que haja permissão do outro cônjuge, conforme dispõe o artigo 1.611 do código civil. Numa situação hipotética, a esposa perdoa a traição do marido e aceita, no seu lar conjugal o filho de tenra idade deste com a amante, passando, conjuntamente, a cuidar, zelar, educar, e paulatinamente (até digerir o ocorrido) a dar carinho e atenção voluntários à criança; o tratamento despedido pela esposa à criança é semelhante ao tratamento dado aos seus filhos.

A esposa optou por preservar sua unidade familiar com marido e filhos, aceitando inclusive uma terceira pessoa que, frisa-se, não deve ser penalizada por atitudes alheias a sua vontade, a quem deverá no mínimo ser tratada com urbanidade e respeito. Nessa situação hipotética criou-se uma cumplicidade entre esposa e enteado, pautada pelo respeito, cuidado e carinho, mas "psicologicamente separada de vinculação material"¹³ de responsabilidade do esposo e genitor da criança.

A problemática consiste que, no futuro, o enteado poderá ter reconhecido a parentalidade socioafetiva com a esposa, provando a existência de afeto e da posse de estado de filho. Há autores que entendem que a permissão dada pela esposa configura um indício de formação de laços afetivos (CASSETARI, 2017, p. 53)¹⁴, e que no futuro vai corroborar para a comprovação da socioafetividade.

Lançada essas premissas, indaga-se: Para fazer valer a vontade desta esposa de não possuir com o enteado vinculações jurídicas, ela deveria se ater tão somente a tratar a criança com urbanidade, deixando a atenção, carinho e cuidado apenas para o marido? Ou ainda, tratar mal a criança para que fique bem nítida a inexistência de afeto? Não deveria ter permitido que a criança viesse a residir em seu lar conjugal, mesmo que isso atendesse ao melhor interesse daquele infante? A esposa não deveria ter optado por seu casamento e manutenção de sua unidade familiar (artigo 226 da CF/88), e sim por divorciar-se (discutindo guarda e pensão de seus filhos), para não ter no futuro vinculações jurídicas indesejáveis com o enteado?

10 A exemplificar, enunciados do CJF: 103, 108, 256, 336, 339, 519, 520. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 15.09.2018.

11 A exemplificar: o provimento 52/2016, que autoriza o reconhecimento da paternidade socioafetiva nos cartórios de registro civil, nos casos de reprodução assistida; e o provimento 63/2017, que permite o reconhecimento da paternidade socioafetiva diretamente no cartório de registro civil.

12 TJAC, Câmara Cível, Apelação 0006751-79.2012.8.01.0001/Rio Branco, Des. Roberto Barros. Julg. 18.09.2012. Disponível em: www.tjac.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJPB, Apelação Cível 0000003-16.2016.815.2001/João Pessoa, Des. Leandro dos Santos. Julg. 31.10.2017. Disponível em: www.tjpb.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJRR, Apelação Cível 0010.13.728495-5, Des. Elaine Bianchi. Julg. 16/02/2016, Pub.: 26/02/2016. Disponível em: www.tjrr.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJRS, Apelação Cível 700.769.3636/Cruz alta, Des. Rui Portanova. Julg. 16.08.2018. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJRS, Apelação Cível 70078526308/Luiz Gonzaga, Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julg. 29.08.2018. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJMG, Apelação Cível 0012684-02.2015.8.13.0710, Des. Jair Varão. Julg. 05.04.2018, Pub. 05.09.2018. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

TJMG, Apelação Cível 0411626-56.2011.8.13.0024, Des. Moreira Diniz. Julg. 09.10.2014, Pub. 16.10.2014. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

TJGO, Apelação Cível 0295106-90.2010.8.09.0175, Des. Mauricio Porfirio Rosa. Pub. 13.09.2018. Disponível em: www.tjgo.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

13 Este termo "psicologicamente separada da questão material" se refere ao fato de alguém desejar doar seu afeto e até propiciar algum conforto material, mas não desejar vincular-se obrigatoriamente com alguém, seja afetivamente ou patrimonialmente.

14 Os filhos havidos fora do casamento, muitas vezes, acabam sendo criados pelo cônjuge traído, já que o parceiro que teve o filho fora do casamento, em alguns casos, o leva para morar com a sua família, e com isso acaba sendo formada uma socioafetividade. Artigo 1611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. Acreditamos que a autorização exigida pelo artigo acima, quando dada, é o primeiro indicio da formação de laços afetivos. CASSETARI, Christiano. Op. cit. p. 53.

A constitucionalização do direito civil traz a ideia de repersonalização, valorização da pessoa humana e priorização de sua dignidade; contudo, ao vincular obrigatoriamente afeto e patrimônio, não se está patrimonializando as relações afetivas em detrimento da valorização da pessoa humana?

A PRESENÇA DO AFETO NA GUARDA JUDICIAL DEFERIDA À TERCEIROS

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 28, as modalidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta, e a guarda é uma delas, a qual possui como objetivo principal a regularização da posse do menor de 21 anos (art. 2º Lei 8.069/90).

Segundo o ECA, ao guardião é atribuída a responsabilidade de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente (artigo 33 Lei 8.069/90), lembrando que, parcela da doutrina defende a afetividade jurídica objetiva (CALDERÓN. 2017)¹⁵, segundo a qual para o reconhecimento da afetividade (que juntamente com a posse de estado de filho embasará a socioafetividade) basta a comprovação da presença de determinadas manifestações de afeto, não importando para o Direito o sentimento em si.

Nesse contexto, a assistência material (compra de vestuários e brinquedos; passeios; alimentos que fogem a questão de subsistência); a assistência moral (impor limites à criança, tal qual ocorre entre pai e filho; corrigir quando necessário; fazê-la sentir-se bem e em grau de igualdade com os demais membros da família, principalmente filhos se houver); assistência educacional (proporcionar materiais ou cursos que estimulem o desenvolvimento intelectual e até mesmo moral, como, por exemplo, prover um curso de inglês e aulas de judô) pode ser integrada no conceito de afetividade jurídica objetiva, bem como subjetiva, posto que normalmente quem se dispõe a prover todas essas assistências conjuntamente, possui uma afeição e empatias iniciais que podem tornar-se um profundo afeto.

É consolidado o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 estendeu o conceito de família, entendendo como tal outras entidades, diferentes daquela formada através do casamento, e dentre elas, priorizando o melhor interesse da criança e do adolescente, se encontra as famílias substitutas previstas no ECA¹⁶, que são formadas pela adoção, tutela e guarda.

Vejamos (OLIVEIRA, 2018):

A Constituição Federal de 1988 reconhece novas formas de entidade familiar, além daquela tradicional, formada à sombra do casamento. A união estável entre homem e mulher, antes marginalizada na figura do concubinato, passou a ser respeitada como ente familiar digno de proteção do Estado (art. 226, § 3). O mesmo se deu com a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4). **São todas espécies de “família natural”, a que se acrescentam, ainda, as modalidades de “família substituta” previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, por guarda, tutela ou adoção (Lei 8.069/90, art. 28).** (Grifo nosso).

15 CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. cit.

16 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE **FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA** - SITUAÇÃO FÁTICA - CR/88 - AFASTADA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU - SENTENÇA CASSADA.

- O elemento socioafetivo foi elevado a valor jurídico pela Constituição da República de 1988, com o intuito de possibilitar o reconhecimento pela ordem jurídica de situações fáticas que antes ficavam desprotegidas, estando tutelado, inclusive, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em seus artigos 28 a 52, ao tratar das famílias substitutas, encontrando ainda respaldo socioafetivo no artigo 1.593 do Código Civil.

- Pedido juridicamente impossível é aquele defeso ou não previsto no ordenamento. Admissível a pretensão da parte autora perante o ordenamento jurídico vigente, não há como reconhecer a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. TJMG, Apelação Cível 0017243-94.2013.8.13.0120, Des. Dárcio Lopardi Mendes. Julg. 25.06.2015, Pub. 02.07.2015. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

Essa mudança paradigmática em nosso sistema jurídico no que tange às entidades familiares se fundamenta nos princípios constitucionais: respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF/88); igualdade de tratamento (artigos 5º, I; 226, § 7º; e 227, § 6º da CF/88); dever da família, sociedade e Estado em assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais de uma existência baseada na convivência familiar e comunitária a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da CF/88).

Tendo em vista a superioridade da Constituição, todos esses princípios são aplicáveis ao Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (artigo 3º Lei 8.069/90), como a liberdade, o respeito e a dignidade (artigo 15 Lei 8.069/90), pelo que são prioritariamente responsáveis os seus pais, assim como os demais entes familiares e o Estado.

O Estado, com o intuito de fazer cumprir os comandos constitucionais, confia a guarda de crianças e adolescentes expostas à situação de risco para famílias cadastradas em programas destinados a esse fim, ou incumbindo integrantes da família extensa para que exerça essa função.

Com a possibilidade do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, a colocação em família substituta pela modalidade guarda (a qual não pressupõe a destituição do poder familiar) merece destaque frente às divergências atuais sobre o tema.

Há um entendimento, que parece ser o dominante¹⁷, de que o instituto da guarda prevista no ECA, mesmo coexistindo com o afeto, não é suficiente para gerar parentalidade socioafetiva. O fundamento, em geral, é que o instituto da guarda, por si só (sem habilitação em processo de adoção), demonstra desinteresse em se ter reconhecida a filiação, e também que o reconhecimento da filiação socioafetiva nesses casos inviabilizaria o instituto.

Em relação ao segundo argumento tem-se o foco maior: afirmar que o reconhecimento de filiação socioafetiva, mesmo presente o afeto inviabilizaria o instituto da guarda é o mesmo que afirmar que para determinados casos o afeto não deva ser confundido com filiação e, portanto, não se aplica os efeitos próprios da filiação (destaca-se aqui obrigação alimentar e direitos sucessórios).

Chegou ao STJ¹⁸ o caso de um suposto filho adotivo, que desde o falecimento de sua mãe biológica ficou sob a responsabilidade da guardiã (já falecida) que tratava como mãe e a qual conferia a ele idêntico tratamento dado às filhas biológicas, tendo inclusive adquirido um apartamento para ele e para as outras filhas. Restou neste caso, evidenciado a presença de socioafetividade; porém a 3ª turma negou pedido de reconhecimento de vínculo parental afetivo, entendendo que não houve a comprovação de que a mulher tivesse intenção de adotá-lo, apesar de demonstrada a existência de afeto.

O relator do processo, ministro Villas Bôas Cueva esclareceu que:

(...)a guarda não foi aplicada como medida de preparação para eventual futura adoção. O relator registrou o desinteresse da falecida em destituir o poder familiar do pai biológico, com quem o autor manteve contato mesmo após o estabelecimento da guarda.

“Ao formalizar o pedido de guarda do recorrente, e não prosseguir com o pedido de adoção, a falecida demonstrou sua intenção de não estabelecer o vínculo filial, o que não significa negar a relação de profundo afeto e amor pela criança cuja vida acompanhou desde tenra idade. Reconhecer o status filial no caso concreto, e a posse de estado de filho, por conseguinte, não seria apenas contraditório, pela ausência de inequívoca manifestação de vontade de suposta adotante, como inviabilizaria o instituto autônomo da guarda.”¹⁹ (Grifo nosso).

17 A exemplificar: TJGO, Apelação Cível 0441044-14.2013.8.09.0175/Goiânia, Des. Jeová Sardinha de Moraes. Pub. 16.08.2018. Disponível em: www.tjgo.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

18 Número do processo não divulgado. Processo em segredo de justiça. STJ.

19 Notícia divulgada pela assessoria de imprensa do STJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-30/guarda-menoridade-nao-confunde-adocao-decide-stj>. Acesso em: 21.09.2018.

Importante destacar que, foi demonstrada a presença de sólido afeto, pode-se dizer, inclusive, que restou demonstrada a presença de um afeto jurídico objetivo (CALDERÓN, 2017), e mesmo assim fundamentou-se o não reconhecimento da maternidade socioafetiva sob o argumento de uma presumida não intenção da guardiã em ter vínculos parentais.

Mesmo que esta fosse a intenção da guardiã, a jurisprudência dominante vem entendendo que a afetividade pretérita, havendo ou não divergências atuais, deve prevalecer, destacando ainda que o vetor jurídico deve ser sempre a pessoa humana, elevando a afetividade a princípio jurídico constitucional.

A não vinculação parental neste caso demonstra a latente discrepância instaurada no judiciário brasileiro sobre o tema. Afinal, o afeto não é o mesmo?

Ao não reconhecer a socioafetividade nos casos de guarda prevista no ECA está na verdade, por proteger o patrimônio daquele guardião, que contribui com o Estado, dando àquela criança oportunidade de vida digna, conforme prevê nossa constituição, nos moldes que já fora abordado acima. Por outro lado, pelo fato da guardiã não ter expressamente manifestado sua vontade, fez-se também uma presunção de que ela não desejava referido reconhecimento, nem as consequências jurídicas dele advindas, prevalecendo in casu vontade até então expressa de mera guarda.

Frisa-se que em casos semelhantes em que não há o instituto da guarda, tem prevalecido a socioafetividade e se for o caso a multiparentalidade.

CONCLUSÃO

Mediante tudo o que foi abordado neste trabalho conclui-se que, a parentalidade socioafetiva é uma realidade jurídica e deve ser enfrentada com cautela e respeito à dignidade humana de todos os envolvidos, não somente do suposto filho, levando em consideração a realidade fática e jurídica da sociedade brasileira.

O afeto humano é elemento subjetivo, de alma, e não pode ser “coisificado” pelo Direito.

A socioafetividade é um princípio e instituto jurídico memorável, porém é necessário haver uma legislação que o regule; e para tanto faz-se imperioso o debate amplo e consistente sobre o tema, abarcando não apenas aspectos jurídicos, mas também psicológicos e sociais.

Nos moldes em que vem sendo difundida, a socioafetividade vem se tornando um instituto impulsionador do egoísmo humano, na medida em que não se possui mais o direito de ser livremente solidário e dar afeto, sem que haja vinculações jurídicas indissolúveis de ordem pessoal e patrimonial.

Se numa dada situação fática que claramente está por proteger os interesses dos menores, na qual são dispensados todos os cuidados para que os mesmos possam ter uma boa formação, tanto moral quanto financeira, proporcionando-lhes viver em um ambiente saudável que lhes permita desenvolver em sua plenitude como seres humanos, onde a afetividade é sem dúvida a principal guardiã; não faz sentido vinculá-la obrigatoriamente com questões patrimoniais e obrigacionais próprias da filiação.

Importante ressaltar que, em nosso entender, havendo reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva, através dos instrumentos jurídicos disponíveis para tanto, a vinculação estabelecida torna-se indissolúvel e com todos os efeitos que lhe são próprios, tal como já ocorre nos casos de adoção.

O entendimento do STJ para o caso envolvendo guarda deferida à terceiro, entende-se que o mais apropriado; não somente para esses casos, mas todos os casos em que uma pessoa se solidarize com determinada criança (seja ela filha da empregada; sobrinho que foi deixado pelos pais desde pequenino, morando com a tia; ou uma criança que vive de forma precária na rua a quem se abrigou e criou, num verdadeiro gesto de generosidade com a raça humana).

As soluções jurídicas que normalmente são ventiladas para questões da mesma natureza das apresentadas nesse trabalho, a exemplo do instituto português do apadrinhamento, não contemplam a grande massa da nossa sociedade, cuja qual não detém os conhecimentos jurídicos básicos e fidedignos, muito menos condições financeiras para efetivá-los.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03.09.2018.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 03.09.2018.

BRASIL. Lei 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: 03.09.2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Socioafetividade na filiação: análise da decisão proferida pelo STJ no Resp 1.613.641/MG**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil I Belo Horizonte, vol. 13, p. 141/154, jul./set. 2017.

CARDOSO, Newton. Projeto de Lei 5682/13. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/448436-PROJETO-REGULAMENTA-O-DIREITO-AO-RECONHECIMENTO-DA-PATERNIDADE-AFETIVA.html>. Acesso em: 19.09.2018.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva, efeitos jurídicos**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: Jus Podvim, 2017.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. “Multiparentalidade e as novas relações parentais”, de Maria Goreth Macedo Valadares. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil I** Belo Horizonte, vol. 13, jul./set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FEDERAL, Conselho da Justiça Federal. Enunciados CJF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Alvaro Villaza (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XXVI.

OLIVEIRA, Euclides de. **Operadores do Direito frente às questões da parentalidade**. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosLeis.asp?prop=N>. Acesso em: 15.09.2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Família**, v. 5. 22. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 3ª. Ed. Salvador: Jus Podvim, 2017.

_____. Op. cit. In: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Do direito de família**. In: PELUSO, Cezar. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2010.

STF, REX 898.060/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, plenário. Julg. 21.09.2016. pub. 24.08.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 14.09.2018.

STJ, 3ª T., REsp 1.613.641/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 23.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1613641&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15.09.2018.

_____, 4ª Turma, REsp 1.115.428/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 27.8.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/>. Acesso em: 15.09.2018.

_____, Resp 450.566/RS, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julg. 03.05.2011. pub. 11.05.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19087670/recurso-especial-resp-450566-rs-2002-0092020-3/inteiro-teor-19087671>. Acesso em: 19.09.2018.

_____, Resp 1.106.637/SP, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi. Julg. 01.06.2010. Informativo 437, 31.05.2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-resp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19.09.2018.

_____, Notícia divulgada pela assessoria de imprensa do STJ. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-30/guarda-menor-idade-nao-confunde-adocao-decide-stj>. Acesso em: 21.09.2018.

TJAC, Câmara Cível, Apelação 0006751-79.2012.8.01.0001/Rio Branco, Des. Roberto Barros. Julg. 18.09.2012. Disponível em: www.tjac.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJGO, Apelação Cível 0295106-90.2010.8.09.0175, Des. Mauricio Porfirio Rosa. Pub. 13.09.2018. Disponível em: www.tjgo.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

_____, Apelação Cível 0441044-14.2013.8.09.0175/Goiânia, Des. Jeová Sardinha de Moraes. Pub. 16.08.2018. Disponível em: www.tjgo.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

TJMG, Apelação Cível 0012684-02.2015.8.13.0710, Des. Jair Varão. Julg. 05.04.2018, Pub. 05.09.2018. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

_____, Apelação Cível 0411626-56.2011.8.13.0024, Des. Moreira Diniz. Julg. 09.10.2014, Pub. 16.10.2014. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 20.09.2018.

TJPB, Apelação Cível 0000003-16.2016.815.2001/João Pessoa, Des. Leandro dos Santos. Julg. 31.10.2017. Disponível em: www.tjpb.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJRR, Apelação Cível 0010.13.728495-5, Des. Elaine Bianchi. Julg. 16/02/2016, Pub.: 26/02/2016. Disponível em: www.tjrr.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

TJRS, Apelação Cível 700.769.3636/Cruz alta, Des.Rui Portanova. Julg. 16.08.2018. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

_____, Apelação Cível 70078526308/Luiz Gonzaga, Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julg. 29.08.2018. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 20.09.2018.

VILLELA, João Batista. Família hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar: 1977.

SOBRE A AUTORA:

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM em 2012, e pós graduada em Direito de Família e Sucessões também pela FDSM. Pós graduada em Docência do Ensino Superior pela IESGO. Advogada atuante desde 2013. Atualmente ocupa o cargo de Assessora jurídica da Congregação dos Missionários de São Carlos – Scalabrinianos, cujo carisma é a migração. Integra a comissão do Terceiro Setor da OAB/SP.

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS PESSOAIS DA UNIÃO EUROPEIA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE – UM ESTUDO BASEADO NOS CASOS SCHREMS I E II

INTERNATIONAL TRANSFERS OF PERSONAL DATA FROM THE
EUROPEAN UNION AND THE EVOLUTION OF THE RIGHT TO
PRIVACY – A STUDY BASED ON THE SCHREMS I AND II CASES

TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS PESSOAIS DA UNIÃO EUROPEIA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE – UM ESTUDO BASEADO NOS CASOS SCHREMS I E II

INTERNATIONAL TRANSFERS OF PERSONAL DATA FROM THE EUROPEAN UNION AND THE EVOLUTION OF THE RIGHT TO PRIVACY – A STUDY BASED ON THE SCHREMS I AND II CASES

GUILHERME MEIRELLES PIRES FERREIRA

FACAMP – Faculdades de Campinas

https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=9FD16DE437700736E9F42A4B309BCCB4#

“Ninguém ignora tudo. Ninguém sabe tudo. Todos nós sabemos alguma coisa. Todos nós ignoramos alguma coisa. Por isso aprendemos sempre.”

– Paulo Freire

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar a evolução dos Direitos voltados à privacidade e proteção de dados na União Europeia, especificamente no tocante às transferências de dados virtuais. Para que tal objetivo fosse atingido, foram utilizados os estudos dos casos Schrems I e II, além de analisarmos a evolução legislativa europeia em conjunto com os eventos históricos que foram responsáveis por moldar o atual padrão de privacidade e proteção de dados pessoais. Desse modo, o artigo pretende demonstrar a efetiva mudança que se espalha pela EU desde o final do Sec. XX em relação à privacidade e proteção de dados pessoais e a relação dos casos Schrems I e II com a evolução dos direitos acima referidos, além de argumentar a favor da adoção do modelo de obtenção de decisões de adequação por países que desejam realizar transações de dados tendo a EU como parte, e por fim reconhecer a posição de vanguarda obtida pela União Europeia no assunto, de modo a tornar firme sua posição de influenciadora mundial frente à legislações de privacidade e proteção de dados, que cada vez mais terão de se adequar aos parâmetros utilizados pela EU.

Palavras-chave: Direito Europeu, União Europeia, Direito à privacidade, Proteção de dados, Transferências de dados internacionais, Schrems I e II.

ABSTRACT

This paper aims to address the evolution of Rights towards data privacy in the European Union, specifically regarding virtual data transfers. To achieve this objective, the study of the Schrems I and II cases was used, in addition to analyzing the European legislative evolution, together with the historical events that were responsible for shaping the current standard of privacy and protection of personal data. In this way, the work aims to demonstrate the effective change that has spread

across the EU since the end of the 20th century in relation to privacy and protection of personal data and the relationship of the Schrems I and II cases with this evolution of the aforementioned rights, in addition to arguing in favor of adopting the model for obtaining adequacy decisions by countries that wish to carry out data transactions with the EU as a part, and finally to recognize the vanguard position obtained by the European Union in the matter, in order to assert its position as a global influencer in the face of privacy and data protection laws, which will increasingly have to adapt to the parameters used by the EU.

Keywords: European law, European Union, Right to privacy, Data protection, International data transfers, Schrems I and II.

INTRODUÇÃO

As transferências internacionais de dados pessoais se apresentam como um fenômeno mundial que cresce cada dia mais, impulsionadas pela verdadeira revolução digital que o mundo presencia regularmente a partir do final do sec. XX. As transferências de dados pessoais pelo meio digital se tornam, nesse contexto, essenciais ao desenvolvimento econômico mundial, e, portanto, utilizadas em escala cada vez maior, o que leva ao grande problema: Como conciliar a proteção do direito à privacidade frente às transferências internacionais de dados?

Tal problema não está somente no campo das ideias – temos escândalos, tal como os relatados por Edward Snowden, que são concretos. Países sem legislação definida quanto à privacidade espionam os dados que entram em seus domínios sem que os donos sejam devidamente avisados. Os casos Schrems, os quais serão objetos desse trabalho, são mais um exemplo de como as grandes corporações e demais países tem de se atentar ao respeito à privacidade de dados, sob o risco desse direito ser ferido de morte – e uma verdadeira rede de espionagem ser montada, sem que os donos desses dados tenham sequer o mínimo conhecimento.

Em virtude das informações até aqui apresentadas, sendo que estas demonstram com clareza a importância de se estudar a evolução do direito à privacidade na União Europeia à luz das transferências internacionais a partir da mesma, o presente estudo busca, através de dois estudos de caso, enfrentar a seguinte problemática: De que maneira o TJUE interpretou as exigências para as transferências internacionais de dados a partir dos casos Schrems I e II? Dessa forma, o objetivo geral passa a ser a identificação de qual é a abordagem do direito europeu para a privacidade e proteção dos dados pessoais nos períodos pré e pós julgamentos Schrems I e II.

Para que aja êxito na dissertação do objetivo geral, o presente estudo busca demonstrar como se deu e dá a transferência internacional de dados a partir da EU, tal qual com seus fundamentos históricos que embasem esse acontecimento, além ainda de demonstrar a importância da evolução do direito à privacidade no contexto digital para o avanço das diretrizes consideradas seguras e que possibilitem que os países transfiram dados de maneira transparente, segura e com respeito à privacidade pessoal.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos supracitados em um corpo consistente de análise e argumentação, adota-se como processo metodológico uma abordagem indutiva, com apresentação de análise qualitativa e quantitativa, com base em um estudo com fontes documentais, através de livros, artigos e relatórios além ainda de fontes documentais legais, mediante leis federais, tratados internacionais, regulamentos e qualquer outro documento legal que se fizer necessário ao decorrer da pesquisa. Sem a pretensão de estabelecer um discurso conclusivo sobre as questões pesquisadas, busca-se meramente analisar os conceitos e metodologias adotados pelo direito europeu, contribuindo com novas reflexões e perspectivas de estudo.

Para alcançar o seu objetivo final, esse trabalho encontra-se organizado em 4 capítulos. No capítulo 1, serão apresentados os conceitos básicos das transferências internacionais de dados e a evolução do direito à privacidade na União Europeia, bem como quais são os marcos históricos fundamentais para tal acontecimento. No capítulo dois, um estudo do caso Schrems I e os seus reflexos no panorama europeu e mundial. Já no capítulo 3, mais um estudo de caso, agora do julgamento conhecido como Schrems II, assim como seus reflexos no panorama europeu e mundial. No capítulo quatro, buscaremos lançar luz sobre o instrumento chamado decisões de adequação, estes cada vez mais buscados a partir da era pós Schrems I e II. E, por fim, serão apresentadas as considerações finais.

1. TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

1.1 MARCOS HISTÓRICOS FUNDAMENTAIS: O SURGIMENTO DAS TRANSFERÊNCIAS DE DADOS NO CAMPO INTERNACIONAL E AS PREOCUPAÇÕES COM A PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O direito à privacidade em si não é ideia recente, tendo sido notado pela primeira vez através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente contida no chamado 12º direito fundamental, no caso, o Direito à Privacidade¹.

Entretanto, a evolução da sociedade acaba por transformar o direito à privacidade natural, também no direito à privacidade digital. Explicamos: conforme evoluem as formas de transações internacionais, graças ao advento da internet, torna-se cada vez mais necessário que haja certo controle sobre como são tratados os dados pessoais fornecidos pelas pessoas para que se conclua as transações. Registros de vendas de dados de empresas a outras, captação desses dados pelas máquinas estatais de espionagem, entre outros exemplos de violações ao direito à privacidade se tornam cada vez mais comuns, assim como a decorrente necessidade de medidas concretas para a prevenção do vazamento e compartilhamento ilegal de tais dados pessoais. Justificadas, como se percebe, as preocupações com a segurança das transferências de dados no âmbito internacional. Importante, entretanto, diferenciar os conceitos de direito à privacidade e direito à proteção de dados pessoais: O direito à privacidade, como já mencionado acima, se origina do 12º direito fundamental da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nesse contexto de dados, diz respeito a não ser possível usar um dado pessoal que está sob sigilo, a menos que exista consentimento do indivíduo. Já o direito à proteção dos dados pessoais, segundo Karin Klempp², diz respeito a uma derivação da doutrina da inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem do indivíduo, visto que estes aspectos dizem respeito à personalidade e à auto determinação do próprio indivíduo, e ele próprio determina o que faz parte de sua intimidade, respeitados os direitos da autodeterminação informativa, que diz respeito ao indivíduo ter direito de tomar decisões sobre a forma que seus dados pessoais serão utilizados e de se comportar dessa mesma forma.

Como nos informa Danilo Doneda,

Fora da esfera estatal a utilização da informação era limitada, basicamente por um motivo estrutural: a desproporção de meios dos organismos privados em relação ao Estado. Tal atividade não era atraente para os privados pelos seus altos custos, tanto para o tratamento dos dados quanto da própria dificuldade para sua coleta. Esta predominância do uso estatal de informações pessoais durou até que fossem desenvolvidas tecnologias que facilitassem sua coleta e processamento para organismos particulares, não somente baixando os custos como também oferecendo uma nova e extensa gama de possibilidades de utilização destas informações, o que aconteceu com o desenvolvimento das tecnologias de informação, em especial com o avanço da informática das últimas décadas. Desta forma, a importância da informação aumenta à medida que a tecnologia passa a fornecer meios para transformá-la em uma utilidade, a um custo razoável.³

Mas afinal, por que a preocupação quanto à privacidade se estende ao contexto das transferências de dados internacionais e nacionais? O que se pode fazer com dados?

Segundo um estudo feito pela FORBES em 2018, a cada dia, 2,5 quintilhões de bytes de dados são criados. Entretanto, curiosamente, apenas 0,5% dos dados gerados são, de fato, analisados, o que nos traz incerteza sobre o armazenamento dos

1 <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>: “Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”

2 “Privacidade e Proteção de Dados Pessoais” de FACAMP, disponível em <https://vimeo.com/428978695>

3 Doneda, Danilo – Da privacidade a proteção de dados pessoais – Pag 8 file:///C:/Users/guimp/Downloads/da-privacidade-a-protecao-de-dados-pessoais-livro_compress%20(1).pdf

dados que geramos, ora, se não vão ser utilizados, por que devem ser armazenados?⁴

Para responder essa questão, devemos explicar o conceito de “big data”, cujo responsável por popularizar o termo foi John Mashey, em um artigo publicado em 1998⁵. Esse termo descreve o grande volume de dados (estruturados e não estruturados) que inunda uma empresa no dia a dia. Mas não é a quantidade de dados que é importante. É o que as organizações fazem com os dados que importa. (“Contabilidade digital e Colaborativa: modelo de eficiência - PRIMAVERA BSS”) Big data pode ser analisada para insights que levam a melhores decisões e movimentos estratégicos de negócios⁶.

Atualmente, quaisquer empresas que possuem um site, rede social, ou utilizam um servidor para fazer operações de forma online já fazem um armazenamento ou processamento de dados virtuais, e, portanto, o “big data”. Tais dados são, anonimamente, uma mina de ouro para empresas conseguirem exercer melhor as funções de marketing e mapeamento do seu desempenho e, cada vez mais, potencializar os seus lucros.

Com a análise e processamento dos dados adquiridos, as empresas conseguem tomar as melhores decisões, ou seja, quanto mais dados você tiver, mais clara é a análise de mercado e, com isso, decisões são tomadas com mais respaldo e de forma mais assertiva, evitando a ocorrência de erros futuros. Não só isso, os dados também ajudam a melhorar os processos, diminuindo custos e tempo, visto que as conclusões tomadas utilizando os dados como base, são quase como uma matéria exata, e podem ser formuladas por meio de inteligência artificial e “machine learning”, que é um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana⁷, o que é extremamente mais rápido, barato, (pois não é necessário uma equipe de pessoas especializadas para fazer esse estudo), e igualmente eficaz. Ademais, torna-se fácil analisar os concorrentes, ajudando a executar estratégias muito mais certeiras para o aumento das vendas. Além disso, mais importante do que se preocupar com a concorrência, os dados ajudam a entender melhor o perfil dos clientes que utilizam os produtos ou que pagam pelo serviço oferecido pela empresa, e, com campanhas de marketing direcionadas, buscar indivíduos que possuem uma chance maior de se tornarem consumidores e, assim, aumentar vendas, sempre tendo um retorno sobre o investimento muito maior.

Mas o advento da era virtual foi claramente um marco importante para o aumento da discussão acerca do tema, visto que trouxe consigo o surgimento dos sistemas de transferências de dados através das redes virtuais. Com a facilidade do armazenamento e rapidez no transporte de informações, o crescimento do debate tomou proporções mundiais, visto que as transferências de dados se tornaram costumeiramente internacionais, o que nos traz discussões sobre como as tornar de fato seguras, de modo a respeitar o direito à privacidade acima de tudo. Tendo o acima exposto em mente, nos cabe mostrar, então, a evolução através do tempo das transferências de dados e suas legislações, primeiramente através da exposição de marcos históricos e datas importantes que colaboraram para criar o atual padrão de privacidade.

As primeiras leis sobre dados pessoais dentro do continente europeu são da década de 70. Nessa época, em todo o globo, devido ao grande progresso tecnológico da indústria e da computação, a rápida transferência e processamento de dados e possibilidade de acúmulo de muitas informações, se dava início a era virtual. Em paralelo com esse avanço, as primeiras preocupações com dados pessoais começaram a surgir.

O Estado de Hessen, na Alemanha, no ano de 1970, com o objetivo de acompanhar esse novo mercado, iniciou a discussão sobre a criação de normas necessárias para a regulação da privacidade e promulgou a primeira lei sobre esse assunto. Tal apontamento durou longos anos de debate no cenário jurídico nacional, até que no final do ano de 1977 os frutos

4 <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/#1374f9e360ba>

5 https://static.usenix.org/event/usenix99/invited_talks/mashey.pdf

6 <https://inteligencia.rockcontent.com/big-data/>

7 https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html

foram colhidos com a criação de uma legislação Nacional de Proteção de Dados da Alemanha, trazendo padrões necessários para a segurança dos dados pessoais e a necessidade do consentimento do usuário para o processamento de seus dados.

Outros países da Europa acompanharam a febre e legislaram sobre a privacidade e a proteção de dados. A Suécia, em 1973, criou a “datalegen” (Lei 289 de 11 de maio) que legislava sobre a necessidade de uma autorização da Autoridade Sueca de Proteção de Dados para os registros de informações online, a ilegalidade do furto de dados e a possibilidade de indenização, caso o indivíduo sofra danos com o uso indevido de seus dados. A França, em 06 de janeiro de 1978 criou as Leis 78 e 77 relativas ao tratamento de dados, arquivos e liberdades. Em 08 de julho de 1978, a Dinamarca, trouxe proteções também para as pessoas jurídicas com as Leis 243 e 244. Além dessas normas criadas, os países Espanha e Portugal possuem regras constitucionais sobre a proteção de dados, a Espanha, no artigo 18, § 1º de sua constituição, estabelece normas contra invasões cibernéticas e em Portugal, a constituição no artigo 35º prescreve regras para “utilização da informática” e uma série de requisitos para que os dados sejam utilizados, transferidos e processados da forma correta.

Após grande movimentação legislativa pela Europa, já em 1979, a maioria dos países do continente haviam incorporado como direitos fundamentais em suas legislações as normas de proteção de dados e privacidade. A década de 80 também trouxe acontecimentos importantes para o atual padrão de proteção de dados.

Em 1980 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) emitiu As Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais, que representam

Um consenso internacional sobre a orientação geral a respeito da coleta e do gerenciamento da informação pessoal. “Os princípios determinados nas Diretrizes sobre a Privacidade são caracterizados pela clareza e flexibilidade de aplicação e pela formulação, suficientemente ampla para possibilitar a adaptação às mudanças tecnológicas.” (“Síntese Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e ... - OECD”) Esses princípios abrangem todos os meios utilizados para o processamento automatizado de dados referentes a indivíduos (do computador local à rede de complexas ramificações nacionais e internacionais), todos os tipos de processamento de dados pessoais (da administração do pessoal ao levantamento de perfis de consumidores) e todas as categorias de dados (da circulação de dados ao seu conteúdo, dos mais comuns ao mais sensíveis). Os princípios aplicam-se a ambos os níveis nacional e internacional. Ao longo dos anos, foram postos em aplicação em grande número de instrumentos de regulamentação nacionais ou de auto-regulamentação, e ainda são amplamente utilizados em ambos os setores público e privado.⁸

No ano de 1981, o Conselho da Europa, com o intuito de unificar e desenvolver melhor as normas para o tratamento automatizado de dados pessoais, adotou a Convenção 108, que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados. “Visa garantir [...] a todas as pessoas singulares [...] o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal”⁹. O Protocolo que altera a Convenção visa alargar o seu âmbito de aplicação, aumentar o nível de proteção de dados e melhorar a sua eficácia.

Em 1983 ocorreu uma decisão pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que reconheceu o direito fundamental à autodeterminação informativa.

O processo dizia respeito a várias queixas constitucionais apresentadas por cidadãos, contestando diretamente a Lei do Censo Federal de 1983. A lei previa uma coleta abrangente de dados que, além de uma contagem da população, incluía informações pessoais como nome, endereço, filiação religiosa, etc., bem como informações sobre a formação educacional dos sujeitos do censo, ocupação profissional e situação de moradia.

Na decisão, ficou clara a preocupação com o usuário aos quais as informações pertencem, e a importância de ele estar ciente a cada movimentação que seja feita com os seus dados, ou seja, se os indivíduos não puderem, com certeza

⁸ <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>

⁹ https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf

suficiente, determinar que tipo de informação pessoal é conhecida em seu ambiente, e se for difícil determinar que tipo de informação os potenciais parceiros de comunicação têm acesso, isso pode prejudicar seriamente a liberdade de exercer autodeterminação. No contexto do moderno processamento de dados, o livre desenvolvimento da personalidade de alguém exige, portanto, que o indivíduo seja protegido contra a coleta, armazenamento, uso e compartilhamento ilimitados de dados pessoais¹⁰.

No ano de 1995, com a tecnologia da informação chegando próxima ao nível “moderno” conhecido atualmente, o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu promulgou a Diretiva 95/46, com o intuito de criar um padrão mínimo de proteção de dados e controlar a quase incontrolável quantidade de dados e informações transferidos a cada segundo em toda União Europeia. Tal Diretiva foi responsável por proteger os direitos e as liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, através da adoção dos critérios essenciais que conferem licitude ao tratamento e dos princípios relativos à qualidade dos dados. Importante frisar que a Diretiva ordenava que cada país europeu tivesse um órgão específico para que as regras da Diretiva ficassem harmônicas e em conformidade com as respectivas legislações individuais¹¹.

A partir dos anos 2000, surgiram algumas ferramentas criadas para a proteção dos dados, como o Safe Harbour, o Privacy Shield e mais tarde, o GDPR europeu, os quais nos debruçaremos mais a frente, neste trabalho¹².

Finda a exposição das datas e marcos históricos fundamentais no âmbito das transferências de dados internacionais, o que se percebe, portanto, é uma crescente preocupação com a segurança das mesmas, o que se realiza através das resoluções e legislações, de modo a tornar cada vez mais seguras tais transferências, visto que são essenciais para o funcionamento do mercado como conhecemos hoje, de expansão e atuação global e com cadeias de consumo que passam por domínios digitais de vários países diferentes em uma mesma compra. Premente, então, os motivos pelos quais a preocupação com a sua segurança são tantos, e a tendência torna-se de mais marcos regulatórios, graças ao advento da globalização do consumo digital.

Como trataremos nos capítulos 2 e 3 desse trabalho, os grandes escândalos de vazamento e tratamento incorretos dos dados pessoais acabam sendo responsáveis, na esfera global e continental, por moldar as legislações que buscam se adaptar aos desafios trazidos pela era da globalização dos dados pessoais. Torna-se importante, dessa maneira, prestar-se a devida atenção aos casos Schrems I e II e as inovações e conclusões que dele podem ser aduzidas, já que são *leading cases* responsáveis por moldar a maneira como a União Europeia trata das questões de transferências de dados pessoais.

1.2 PANORAMA EUROPEU DAS REGULAMENTAÇÕES E SUA EVOLUÇÃO

Após a breve exposição previa sobre os marcos históricos fundamentais no tocante à evolução da legislação de proteção de dados, cabe agora discorrer brevemente sobre o panorama europeu das regulamentações de dados, visto que são a região considerada na vanguarda quanto às legislações e programas de *compliance* de dados, tanto é que de lá saíram os dois casos nos quais esse artigo se propõe a estudar.

Não só isso, mas o estudo do panorama europeu também serve de base para que seja compreendido a importância desse tema no debate atual do *compliance* de dados, seja ele privado ou no meio estatal, e que não é pouco, e nem deve ser menosprezado – entendendo como funciona o panorama legal europeu, se entende uma boa parte de como evolui o próprio paradigma mundial da proteção de dados, visto que a legislação europeia moldou, de fato, as maneiras como as demais

10 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html

11 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14012>

12 Os capítulos nos quais se pode encontrar as menções são, respectivamente, o 1.2, 2 e 3

legislações internacionais se portam em relação a adequações das transferências de dados para níveis mínimos aceitos pelos países da EU. É o que ressalta Danilo Doneda:

Na União Europeia, a Diretiva 46/95/CE estabeleceu uma disciplina única sobre a transferência de dados a países terceiros (malgrado as variações regionais) a ser obedecida pelos países-membros da União Europeia, no que foi seguida e complementada pelo GDPR, de espectro amplo o suficiente para influenciar o regime internacional de transferência de dados pessoais. Nesse particular, a normativa europeia possui um âmbito geográfico no direito comunitário, regido pela normativa que prevê a proteção de dados pessoais e seu fluxo interno como matérias de competência do direito comunitário desde o momento que tal necessidade foi sentida pela União Europeia. O estabelecimento de um nível mínimo de proteção aos dados pessoais, presente em todo o espaço da UE foi o pressuposto necessário para possibilitar um livre fluxo desses dados dentro de suas fronteiras. A normativa europeia também acaba tendo uma marcante influência internacional. Entre os motivos para tanto, um é que o crescente fluxo internacional de dados pessoais gera uma demanda por padrões normativos que o legitimem, e as normas europeias são certamente o modelo mais desenvolvido nesse sentido. Outro motivo é a existência de uma cláusula de vedação da transferência de dados para países fora do espaço comunitário que não apresentem nível “adequado” de tutela¹³.

Dito isto, não custa também lembrar que a Europa foi pioneira em reconhecer a importância da segurança virtual dos dados pessoais e a regulá-los. Antes mesmo dessa discussão, a cultura de valorização do princípio da privacidade já era debatida e legalizada desde a década de 1950, quando a Convenção Europeia dos Direitos do Homem promulgou um conglomerado de Direitos chamado “Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”. O artigo 8º, §1º desta convenção, prescreve: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”¹⁴. Tal artigo foi um dos primeiros dispositivos que trouxe a preocupação com a privacidade como sendo um direito básico do ser humano. Essa lei reflete a cultura que estaria surgindo em toda União Europeia e ganhando forças para que fosse espalhada por todo o globo, conforme já demonstrado anteriormente neste trabalho.

Mas afinal, como evoluiu o panorama europeu a partir da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens e seu artigo 8º? A resposta, embora forçoso admitir que exposta de maneira breve, é bastante linear quanto à evolução da legislação: No ano de 1973, a Assembleia Consultiva do Conselho Europeu solicitou ao Comitê de Ministros a adoção de recomendações que relacionassem o então novo fenômeno das novas técnicas de coleta de informações com o artigo 8º que anteriormente mencionamos. Era então publicada, no mesmo ano, uma resolução que incentivava os países europeus a adotarem princípios mínimos na matéria, com vistas a uma futura convenção para aprofundar as linhas comuns em seu direito interno. Segundo Danilo Doneda, “Efetivamente, as leis editadas por países como Suécia, Alemanha (República Federal da Alemanha, à época) e França, apresentavam certa conformidade com essa resolução¹⁵.” Já nessa época, se percebe, o Conselho da Europa passa a cogitar tratar da matéria de proteção de dados com uma convenção, que se tornaria o primeiro passo para um sistema integrado europeu de proteção aos dados pessoais, o que acontece quase 8 (oito) anos depois.

Afinal, é no ano de 1981 que se encontra redigida e aprovada a Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais -108/1981. Segundo Doneda:

Essa Convenção incita os estados-membros do Conselho da Europa e demais signatários da Convenção a adotar normas específicas para o tratamento de dados pessoais, consonantes aos seus próprios parâmetros de proteção. Ela também adota um prisma universalista, pois não foi estruturada como uma convenção puramente “europeia”, tendo sido aberta para adesões também de países não membros do Conselho da Europa-ratificaram a Convenção 108 inclusive países latino-americanos, como Argentina, México e Uruguai. A importância fundamental da Convenção 108 advém de que o Conselho da Europa entende a proteção de dados como um tema de direitos humanos.

13 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.3

14 https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

15 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.2

O que se percebe, então, é o esforço europeu para oferecer parâmetros que pudessem ser adotados e integrados por todos os países membros em suas legislações internas, no estilo característico de uniformidade legislativa europeu, que segue evoluindo com o surgimento de mais características e demandas do direito digital. É a partir desses esforços que a ideia de um modelo comum na Europa ganhou força, especialmente depois do acordo TRIPS de 1994, que “bloqueou algumas tentativas de estabelecer (e legitimar) a utilização de dados pessoais como uma mercadoria passível de ser comercializada, ao reconhecer a possibilidade dos estados signatários de estabelecerem suas próprias disciplinas sobre a matéria, sem estarem sujeitos às suas sanções¹⁶.” E afinal, em 1995 surge o documento que veio efetivamente padronizar a proteção de dados pessoais no espaço da União Europeia: a Diretiva 95/ 46/ CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

A diretiva 95/46/CE, que é a legislação nas quais ambos os casos que trataremos nos capítulos 2 e 3 foram julgados, foi, até o advento da GDPR, a fonte de parâmetros pelos quais as legislações internas de cada País membro da União Europeia deveriam adequar as suas proteções quanto às transferências de dados. É ela que, muito mais ambiciosa do que a convenção de Strausborg que anteriormente mencionamos, começa a definir, de maneira muito bem detalhada, os limites que tornam possíveis e impossíveis as transferências de dados, e de fato obriga as legislações internas a aprovar normas internas de acordo com o seu conteúdo, o que implica o reconhecimento do direito fundamental da privacidade e da proteção do mesmo quando se trata de transferências de dados no âmbito nacional e internacional. Nas palavras de Danilo Doneda, mais uma vez:

Na União Europeia, a Diretiva 46/ 95/ CE estabeleceu uma disciplina única sobre a transferência de dados a países terceiros (malgrado as variações regionais) a ser obedecida pelos países-membros da União Europeia, no que foi seguida e complementada pelo GDPR, de espectro amplo o suficiente para influenciar o regime internacional de transferência de dados pessoais. Nesse particular, a normativa europeia possui um âmbito geográfico no direito comunitário, regido pela normativa que prevê a proteção de dados pessoais e seu fluxo interno como matérias de competência do direito comunitário desde o momento que tal necessidade foi sentida pela União Europeia. O estabelecimento de um nível mínimo de proteção aos dados pessoais, presente em todo o espaço da UE foi o pressuposto necessário para possibilitar um livre fluxo desses dados dentro de suas fronteiras. A normativa europeia também acaba tendo uma marcante influência internacional. Entre os motivos para tanto, um é que o crescente fluxo internacional de dados pessoais gera uma demanda por padrões normativos que o legitimem, e as normas europeias são certamente o modelo mais desenvolvido nesse sentido. Outro motivo é a existência de uma cláusula de vedação da transferência de dados para países fora do espaço comunitário que não apresentem nível “adequado” de tutela¹⁷.

E, importante para este trabalho notar,

“Uma outra grande preocupação da Diretiva foi sobre o tráfego de informações entre fronteiras: prevê-se o livre fluxo de dados entre as fronteiras dos estados-membros; já o fluxo para outros países é regulado pelo princípio da equivalência, pelo qual é cerceada a transmissão para países que não possuam um nível de proteção de dados pessoais considerado adequado, de acordo com os padrões da diretiva¹⁸.”

Além disso, como veremos nos dois capítulos adiante, a legislação também previa

“Uma disciplina única sobre a transferência de dados a países terceiros (malgrado as variações regionais) a ser obedecida pelos países-membros da União Europeia, (...) O estabelecimento de um nível mínimo de proteção aos dados pessoais, presente em todo o espaço da UE foi o pressuposto necessário para possibilitar um livre fluxo desses dados dentro de suas fronteiras. A normativa europeia também acaba tendo uma marcante influência internacional. Entre os motivos para tanto, um é que o crescente fluxo internacional de dados pessoais gera uma demanda por padrões normativos que o legitimem, e as normas europeias são certamente o modelo mais desenvolvido nesse sentido. Outro motivo é a existência de uma cláusula de vedação da transferência de dados para

16 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.2

17 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.2

18 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.2

países fora do espaço comunitário que não apresentem nível “adequado” de tutela¹⁹.”

Ou seja, a Diretiva realmente se preocupava com os parâmetros de segurança dos dados nas transferências, e o resultado veremos adiante.

A diretiva 95/46/CE vale, então, até o ano de 2018, com a chegada do GDPR (General Data Protection Regulation), o Regulamento Europeu geral de proteção de dados, que traz consigo uma uniformidade necessária, visto que, nas palavras de Doneda

“Até então ele não havia chegado ainda a assumir uma forma “pura” –por minuciosa que tenha sido a normativa anterior, a Diretiva 95/ 46/ CE, a sua aplicabilidade direta ocorria apenas em via de exceção, já que a lei efetivamente aplicada aos casos concretos era a lei nacional, resultado da transposição da diretiva por cada estado-membro²⁰.”

O que nos leva aos dias de hoje, nos quais o sistema de proteção de dados pessoais nos estados-membros da União Europeia é unificado em torno de um núcleo composto basicamente do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR).

2. O CASO SCHREMS I E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO À PRIVACIDADE

2.1 CASO SCHREMS I – O QUE FOI?

2.2 CONTEXTO E DECISÃO DA HIGH COURT

O caso Schrems I, o qual tomaremos como base em conjunto com a lide decorrente do mesmo, diz respeito ao processo judicial movido por Maximillian Schrems, na época um estudante de Direito, hoje advogado, austríaco, ativista na privacidade de dados, fundador da ONG “Europa Vs Facebook” e promotor da ONG “NOYB” (None of Your Business), sendo interveniente a *Digital Rights Ireland LTD*.²¹, no qual, segundo o próprio acórdão, foi “apresentado no âmbito de um litígio que opõe M. Schrems ao *Data Protection Commissioner* (...) a propósito da recusa deste último em investigar uma queixa apresentada por M. Schrems pelo facto de a Facebook Ireland Ltd transferir para os Estados Unidos dados pessoais dos seus utilizadores e os conservar em servidores situados neste país” (ACÓRDÃO DE 6. 10. 2015 — PROCESSO C-362/14 SCHREMS). Tal Processo, como se nota, teve início com o questionamento de Schrems frente à política de compartilhamento de dados adotada na Irlanda e União Europeia como um todo, e tem como base a verificação de segurança na transferência de dados para Países terceiros receptores dos mesmos, o que Schrems questionava, segundo o acórdão que usamos como base, por ter percebido que “Todas as pessoas que residam no território da União e pretendam utilizar o Facebook são obrigadas, no momento da sua inscrição, a celebrar um contrato com a Facebook Ireland, filial da Facebook Inc., com sede nos Estados Unidos. Os dados pessoais dos utilizadores do Facebook residentes no território da União são, no todo ou em parte, transferidos para servidores pertencentes à Facebook Inc., situados em território dos Estados Unidos, onde são objeto de tratamento” (ACÓRDÃO DE 6. 10. 2015 — PROCESSO C-362/14 SCHREMS).

Ocorre que, segundo as queixas apresentadas pelo autor, tendo por base as revelações de Edward Snowden sobre a

19 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.3

20 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3 – 3.1

21 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B18615879E2C19BA5836FCB1C9F0AFB1?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=16740157>

política de tratamento de dados utilizada nos EUA²², o que se colocava em cheque era o nível de proteção realmente oferecido pelo programa e diretrizes adotados pela União Europeia na transferência de dados, na época o programa conhecido como “Safe Harbour/Porto Seguro”. O que se desdobra, segundo a sentença, em:

Schrems apresenta ao Commissioner uma queixa em que lhe pedia, em substância, que exercesse as suas competências estatutárias proibindo a Facebook Ireland de transferir os seus dados pessoais para os Estados Unidos. Alegava que o direito e as práticas em vigor neste país não asseguravam uma proteção suficiente dos dados pessoais conservados no seu território contra as atividades de vigilância aí exercidas pelas autoridades públicas. (ACÓRDÃO DE 6. 10. 2015 — PROCESSO C-362/14 SCHREMS).

Não foi bem recebido, entretanto, pois o Comissário entendeu que:

“não estava obrigado a investigar os factos denunciados por M. Schrems na sua queixa, (...) arquivou-a por falta de fundamento. Com efeito, considerou que não havia provas de que a Agência de Segurança Nacional americana (NSA) tivesse acedido aos dados pessoais do interessado. Acrescentou que as críticas suscitadas por M. Schrems na sua queixa não podiam ser utilmente invocadas, dado que qualquer questão relativa ao caráter adequado da proteção dos dados pessoais nos Estados Unidos devia ser decidida em conformidade com a Decisão 2000/520 e que, nesta decisão, a Comissão tinha constatado que os Estados Unidos asseguravam um nível de proteção adequado.” (ACÓRDÃO DE 6. 10. 2015 — PROCESSO C-362/14 SCHREMS).

O que leva, Schrems, de fato, a interpor recurso para a High Court (Supremo Tribunal de Justiça) da decisão em causa no processo principal a que nos referimos anteriormente. A decisão obtida, então, é a de que

“(...) segundo esse mesmo órgão jurisdicional, os cidadãos da União não dispõem de nenhum direito efetivo a ser ouvidos. A supervisão das ações dos serviços de informações é feita através de procedimentos secretos e não contraditórios. Após a transferência de dados pessoais para os Estados Unidos, a Agência de Segurança Nacional americana (NSA) e outros órgãos federais, como o Federal Bureau of Investigation (FBI), podem aceder a tais dados no âmbito da vigilância e das interseções indiscriminadas a que procedem em grande escala. A High Court (Supremo Tribunal de Justiça) declarou que o direito irlandês proíbe a transferência de dados pessoais para fora do território nacional, salvo se o país terceiro em questão assegurar um nível adequado de proteção da vida privada bem como dos direitos e liberdades fundamentais. A importância dos direitos ao respeito da vida privada e à inviolabilidade do domicílio, garantidos pela Constituição irlandesa, exige que qualquer ingerência nestes direitos seja proporcionada e respeite os requisitos previstos pela lei. (...). Ora, o acesso massivo e indiscriminado a dados pessoais é, evidentemente, contrário ao princípio da proporcionalidade e aos valores fundamentais protegidos pela Constituição irlandesa” (PROCESSO C-362/14 SCHREMS).

Em suma, a High Court devolve o caso ao tribunal de justiça ao reconhecer o direito de Schrems de questionar, na realidade, a legalidade do regime do Safe Harbour utilizado, e toma a decisão de “submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

- 1) Tendo em conta os artigos 7.º, 8.º e 47.º da Carta [...] e sem prejuízo das disposições do artigo 25.º, n.º 6, da Diretiva 95/46, o [Commissioner] encarregado de aplicar a legislação sobre a proteção de dados pessoais no âmbito da análise de uma queixa segundo a qual o direito e as práticas de um país terceiro (neste caso, os Estados Unidos da América) para o qual são enviados dados pessoais não oferecem proteção adequada, está vinculado em termos absolutos pela constatação em sentido contrário da União, contida na Decisão 2000/520?
- 2) Em alternativa, pode e/ou deve proceder à sua própria investigação sobre a matéria, à luz dos últimos desenvolvimentos de facto ocorridos desde a primeira publicação da decisão da Comissão?”

2.3 DECISÃO E ANÁLISE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Após a decisão da *High Court Irlandesa* em remeter o processo ao tribunal de justiça, a mesma passa a responder aos questionamentos impostos e acima mencionados. O que se constatou, então, foi uma verdadeira incongruência entre as

22 (“Após a transferência de dados pessoais para os Estados Unidos, a NSA e outros órgãos federais, como o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), podem aceder a tais dados no âmbito da vigilância e das interseções indiscriminadas a que procedem em grande escala”),

diretrizes adotadas pelo *Safe Harbour* em relação ao nível de proteção de dados que seria exigido pela Legislação irlandesa em relação à transferência dos mesmos para países terceiros (e nesse caso, especificamente os EUA), o que se constata nos trechos abaixo citados:

“Como se referiu, nomeadamente, nos n.os 71, 73 e 74 do presente acórdão, a adoção pela Comissão de uma decisão nos termos do artigo 25.º, n.º 6, da Diretiva 95/46 exige a constatação, devidamente fundamentada, por parte daquela instituição, de que o país terceiro em causa assegura efetivamente, em virtude da sua legislação interna ou dos seus compromissos internacionais, um nível de proteção dos direitos fundamentais substancialmente equivalente ao garantido na ordem jurídica da União, como resulta, nomeadamente, dos números anteriores do presente acórdão. (...)”

97 Ora, há que salientar que a Comissão não indicou, na Decisão 2000/520, que os Estados Unidos da América «asseguram» efetivamente um nível de proteção adequado em virtude da sua legislação interna ou dos seus compromissos internacionais.

98 Consequentemente, e sem que seja necessário examinar os princípios do “Porto Seguro” quanto ao seu conteúdo, há que concluir que o artigo 1.º daquela decisão viola os requisitos estabelecidos no artigo 25.º, n.º 6, da Diretiva 95/46, lido à luz da Carta, e é, por esta razão, inválido.” (...)”

103 Ora, o poder de execução atribuído pelo legislador da União à Comissão no artigo 25.º, n.º 6, da Diretiva 95/46 não confere a esta instituição competência para limitar os poderes das autoridades nacionais de controlo referidos no número anterior do presente acórdão.

104 Nestas condições, há que concluir que, ao adotar o artigo 3.º da Decisão 2000/520, a Comissão ultrapassou a competência que lhe é atribuída pelo artigo 25.º, n.º 6, da Diretiva 95/46, lido à luz da Carta, e que esse artigo é, por essa razão, inválido.

105 Uma vez que os artigos 1.º e 3.º da Decisão 2000/520 são indissociáveis dos artigos 2.º e 4.º, bem como dos anexos da mesma, a sua invalidade tem como efeito afetar a validade dessa decisão na sua totalidade.

“106 Atendendo a todas as considerações precedentes, há que concluir que a Decisão 2000/520 é inválida.” (“CURIA - Documents - European Court of Justice”)

2.4 SENTENÇA

O que concluiu o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em suma, foi a total invalidação da decisão 200/520, e a legalidade do exame da efetiva validade da proteção garantida aos dados em contexto das transferências internacionais, que pode ser suscitado por qualquer cidadão, e garantindo poderes de fiscalização a serem realizados pelas autoridades competentes, de modo a ser comprovada a efetividade, e não apenas alegada. Foi a sentença de morte do modelo de *Safe Harbour*:

“Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) (Grande chambre) declara:

1) O artigo 25.º, n.º 6, da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro de 2003, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º e 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que uma decisão adotada ao abrigo desta disposição, como a Decisão 2000/520/CE da Comissão, de 26 de julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46 relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ), emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América, através da qual a Comissão Europeia constata que um país terceiro assegura um nível de proteção adequado, não obsta a que uma autoridade de controlo de um Estado-Membro, na aceção do artigo 28.º desta diretiva, conforme alterada, examine o pedido de uma pessoa relativo à proteção dos seus direitos e liberdades em relação ao tratamento de dados pessoais que lhe dizem respeito que foram transferidos de um Estado-Membro para esse país terceiro, quando essa pessoa alega que o direito e as práticas em vigor neste último não asseguram um nível de proteção adequado.

2) A Decisão 2000/520 é inválida.”

2.5 REFLEXOS DA DECISÃO DA HIGH COURT E O PARADIGMA DAS LEIS DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS APÓS A SENTENÇA

Finda a análise prática e jurídica sobre o que consiste a decisão conhecida como Schrems I, passamos a discorrer sobre os reflexos dela no sistema jurídico e o panorama que se instalou na União Europeia após mesma. Pelas palavras do Professor Dr. Lokke Moerel:

Since 2000, European companies could transfer personal data to US companies that adhered to the Safe Harbor Framework and were considered 'safe' for the transfer of data based on the Safe Harbor Decision by the Commission. About 4.000 companies were Safe Harbor certified, among which many providers of cloud services. As a result of the Schrems judgment, these transfers were invalidated as the privacy of European citizens was not considered being adequately protected²³,

Isto demonstra o quanto a decisão impactou de fato o cenário da UE.

Subitamente, as transferências de dados já não eram mais válidas, e a maioria das empresas não se mostraram preparadas para uma mudança brusca em seu sistema. Mas mais do que isso: as próprias noções sobre o que deveriam ser consideradas transferências seguras de dados no plano internacional foram transformadas. A partir dessa decisão, as transferências não mais podiam se dar no plano internacional se o país que recebia os dados pessoais não demonstrasse ter bases para tratamento de dados que fossem consideradas "seguras" e pelo menos no mesmo nível exigido dos países da EU. Citando mais uma vez o mesmo texto do Professor Dr. Lokke Moerel:²⁴

In any event it is by now clear that unbridled data transfers to non-adequate countries is subject to risks and will remain so for quite some time. As a result, we see a clear trend to store data in European clouds and further to encrypt data as much as possible without the cloud provider having access to the data ('bring your own encryption'), to prevent that data can be read when accessed by US or any third country government.,

O cenário de confusão, então, era claro: o próprio sistema mais utilizado para transferências de dados na época não era considerado seguro e as medidas e standards requeridos dentro da União Europeia tiveram que ser mais bem definidos (já que eram eles as bases em que os tribunais consideravam se um país oferecia proteção em nível parecido e adequado) em casos de revisões solicitadas pelos portadores dos dados.

Como se pode ver, os cenários encontrados pelas leis de proteção de dados eram de urgência, já que existia a necessidade de se fixar parâmetros claros pelos quais se pudessem julgar seguras as transferências de dados pessoais e seguros os países que as recebiam, ou elas teriam que ser feitas por instrumentos secundários e com a concordância de que estariam sujeitas a riscos. A soma desses fatores leva, por fim, a Comissão Europeia a entrar em acordo com os Estados Unidos da América em relação a um segundo programa de transferência de dados, o *Privacy Shield* assunto sobre o qual discorreremos no capítulo 3.

3. SCHREMS II

3.1 CASO SCHREMS II - O QUE FOI?

O questionamento se deu devido à eficiência do mecanismo Privacy Shield (decisão 2016/1250), que foi um acordo feito entre os EUA e a União Europeia, visando uma regulamentação de segurança e transferência de dados entre essas duas

23 <https://media2.mofo.com/documents/160913-implications-schrems-data-transfers.pdf>

24 <https://media2.mofo.com/documents/160913-implications-schrems-data-transfers.pdf>

potências mundiais. Nesse acordo, a União Europeia cobra um padrão mínimo de segurança, para que os dados possam ser transferidos para países terceiros.

1. Arelado ao caso Schrems I, o qual deu o primeiro passo para definir regras para a transferência internacional de dados, o caso Schrems II foi um debate judicial iniciado novamente por um usuário do Facebook, Maximilian Schrems, advogado austríaco, ativista na privacidade de dados, o qual questionou a eficiência do mecanismo intitulado de *Privacy Shilde* e o transporte de seus dados pessoais entre o Facebook Ireland e o Facebook Inc, localizado nos Estados Unidos (EUA).

Para Maximilian, o Facebook não estaria respeitando alguns direitos fundamentais de seus usuários, visto que a empresa repassava para a inteligência americana alguns dados que não eram extremamente necessários, incluindo informações sigilosas, claramente burlando o que visava o Privacy Shield e cobrando mecanismos mais adequados para transferência de dados da Europa para os EUA. Uma investigação própria demonstrou que a rede social utilizava ilegalmente os dados que coletava e armazenava. Aproximadamente 50 dados pessoais dos usuários eram coletados, alguns deles de forma questionável, como por exemplo as mensagens apagadas pelos usuários e informações sobre o que os usuários falam sobre uma pessoa, mesmo que essa pessoa não seja usuária da rede social.

Schrems estava correto em sua indagação, visto que o Facebook coleciona polêmicas que colocam a sua credibilidade com relação à política de dados em “xeque” (vide polêmica da Cambridge Analytica nas eleições presidenciais; vazamento de dados para empresas terceiras de forma ilegal, entre outros).²⁵

Não é de hoje que a política de dados dos EUA é invasiva com os usuários. O país passou por mudanças drásticas após o ocorrido no dia 11 de setembro de 2001, principalmente na questão da segurança nacional, tornando extremamente difícil conseguir trabalhar com políticas de segurança de dados em conjunto com o governo dos EUA, pela forma como lidam com as informações de praticamente todas as redes sociais que funcionam na América do Norte. Exemplo dessa dificuldade é a acusação de que o Facebook não raro auxiliava e fornecia dados pessoais dos usuários para a Agência de Segurança Nacional Americana (NSA), órgão que é famoso por criar programas sigilosos para extração de informações pessoais na internet.²⁶

Um desses programas de vigilância se chama “Prism” e foi mencionado durante o processo movido contra o Facebook. É um programa que tem como proposta monitorar comunicações estrangeiras e nacionais consideradas valiosas e que podem servir para proteger os Estados Unidos e seus aliados. Apesar de parecer limitado a estes países, o programa tem abrangência global, supervisionando dados de qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. (“O que é PRISM? - Canaltech”) Conforme os documentos vazados alegam, o Prism está ligado a servidores de todo o mundo, em especial aos situados nos Estados Unidos e sob a responsabilidade de várias empresas de porte no ramo de tecnologia²⁷. (“Socializando Saberes » Blog Archive » O que é PRISM?”) (“O que é PRISM? - Canaltech”)

3.2 DECISÃO - A DECISÃO DO TRIBUNAL

“O Tribunal de Justiça (Grand Chambre) declarou:

I) O artigo 2.º, nº 1 e 2, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), deve ser interpretado no sentido de que está abrangida pelo âmbito de aplicação deste regulamento uma transferência de dados pessoais efetuada para fins comerciais por um operador económico estabelecido num Estado-Membro para

25 Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/listas/2018/12/oito-polemicas-envolvendo-o-facebook-em-2018.gh.html>> Acesso em 24/08/2020.

26 Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/nsa-collects-millions-of-e-mail-address-books-globally/2013/10/14/8e58b5be-34f9-11e3-80c6-7e6dd8d22d8f_story.html?hpid=z1> Acesso em 24/08/2020.

27 Disponível em: <<https://canaltech.com.br/espionagem/O-que-e-PRISM/>> Acesso em 24/08/2020.

outro operador econômico estabelecido num país terceiro, não obstante o facto de, no decurso ou na sequência dessa transferência, esses dados serem suscetíveis de ser tratados pelas autoridades do país terceiro em causa para efeitos de segurança pública, de defesa e de segurança do Estado.

II) O artigo 46.º, n.º 1, e o artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento 2016/679 devem ser interpretados no sentido de que as garantias adequadas, os direitos oponíveis e as medidas jurídicas corretivas eficazes exigidos por estas disposições devem assegurar que os direitos das pessoas cujos dados pessoais são transferidos para um país terceiro com base em cláusulas padrão de proteção de dados beneficiam de um nível de proteção substancialmente equivalente ao garantido na União por este regulamento, lido à luz da Carta. Para este efeito, a avaliação do nível de proteção assegurado no contexto dessa transferência deve, nomeadamente, ter em consideração tanto as estipulações contratuais acordadas entre o responsável pelo tratamento ou o seu subcontratante estabelecidos na União e o destinatário da transferência estabelecido no país terceiro em causa como, no que respeita a um eventual acesso das autoridades públicas desse país terceiro aos dados pessoais assim transferidos, os elementos pertinentes do sistema jurídico deste país terceiro, nomeadamente os enunciados no artigo 45.º, n.º 2, do referido regulamento.

III) O artigo 58.º, n.º 2, alíneas f) e j), do Regulamento 2016/679 deve ser interpretado no sentido de que, a menos que exista uma decisão de adequação validamente adotada pela Comissão Europeia, a autoridade de controlo competente está obrigada a suspender ou a proibir uma transferência de dados para um país terceiro, fundada em cláusulas padrão de proteção de dados adotadas pela Comissão, se essa autoridade de controlo considerar, à luz de todas as circunstâncias específicas dessa transferência, que essas cláusulas não são ou não podem ser respeitadas nesse país terceiro e que a proteção dos dados transferidos exigida pelo direito da União, em particular pelos artigos 45.º e 46.º deste regulamento e pela Carta dos Direitos Fundamentais, não pode ser assegurada por outros meios, no caso de o responsável pelo tratamento ou o seu subcontratante estabelecidos na União não ter ele próprio suspenso ou posto termo à transferência.

IV) O exame da Decisão 2010/87/UE da Comissão, de 5 de fevereiro de 2010, relativa a cláusulas contratuais padrão aplicáveis à transferência de dados pessoais para subcontratantes estabelecidos em países terceiros nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, conforme alterada pela Decisão de Execução (UE) 2016/2297 da Comissão, de 16 de dezembro de 2016, à luz dos artigos 7.º, 8.º e 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade desta decisão.

V) A Decisão de Execução (UE) 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016, relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UEEUA, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, é inválida²⁸.

3.3 O *PRIVACY SHIELD* GARANTE A SEGURANÇA DOS DADOS?

A Decisão de Adequação do processo que o deferiu foi tomada com base na constatação de um nível adequado de proteção para dados pessoais transferidos da UE para organizações nos EUA ao abrigo do *Privacy Shield*. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) examinou detalhadamente esta “constatação de um nível adequado de proteção”, e decidiu que é “impossível concluir” que esse mecanismo pudesse garantir um nível de proteção ao menos equivalente, ao garantido pelo GDPR.

3.4 AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS PADRÃO

As cláusulas padrão permanecem válidas à luz dos artigos 7º, 8º e 47º. Neste ponto da decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) levou muitos fatores em consideração, incluindo o fato de que as Cláusulas contratuais padrão (CCP) possuem um mecanismo eficaz que garante que a transferência de dados para um país terceiro seja segura. Além disso, concluiu que a validade dos CCPs depende da existência de mecanismos eficazes que permitirão o nível de proteção exigido pela legislação da UE, e que faça suspender ou proibir a transferência de dados, ao ocorrer a violação das CCP. Ademais,

28 Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=228677&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=134%E2%80%A6> Acesso em 24/08/2020.

também abordou a situação em que a aplicação da lei faz um pedido juridicamente vinculativo de divulgação de dados pessoais, mas o importador de dados está proibido por lei de notificar o exportador de dados sobre isso. Nessa situação, o importador de dados está autorizado a não notificar o exportador de dados sobre a solicitação, mas deve informar ao exportador de dados de uma incapacidade de cumprir as CCPs.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu que as CCPs continuam a ser uma “proteção apropriada” para as transferências internacionais de dados nos termos do Artigo 46º do GDPR, mas que, ao utilizá-las, uma organização deve verificar “caso a caso” se os dados pessoais que forem transferidos serão adequadamente protegidos no país de destino, de acordo com os requisitos da legislação da União Europeia (EU). O padrão de proteção deve ser “essencialmente equivalente” ao garantido na União Europeia (UE) pelo GDPR.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) observou, ainda na sua decisão, que a cláusula 6º das CCPs prevê que a sua violação resultará no direito de a vítima exigir uma indenização pelos danos sofridos. Se o exportador de dados estiver ciente de que categorias especiais de dados podem ser transferidas para um país que não oferece proteção adequada, ele deve notificar os titulares dos dados com antecedência ou o mais rápido possível depois. Se o importador de dados receber uma notificação de que as leis do terceiro país foram alteradas de uma maneira que afetaria a capacidade de cumprir as CCPs, ele deverá notificar o exportador de dados²⁹.

3.5. REFLEXOS DO CASO NOS EUA E NO RESTO DO MUNDO

O acórdão Schrems II é um marco na regulamentação da transferência de dados da UE, e levanta uma série de questões importantes. De acordo com uma pesquisa da IAPP (International Association of Privacy Professionals ou Associação Internacional de Profissionais de Privacidade), 88% das empresas que transferem dados para fora da UE utilizam as CCPs, enquanto 60% utilizavam Privacy Shield. Devido à revogação do Privacy Shield, as empresas que o utilizavam deverão buscar outro tipo de ferramenta segura de transporte de dados, tais como as CCPs. Ademais, extrai-se da decisão que quem já utiliza CCPs também não está isento de realizar uma avaliação individual de cada caso e informar a autoridade de supervisão competente para “checagem de segurança”, visto que apenas poderão continuar a utilizar os CCPs, os que forem capazes de oferecer uma garantia de que a lei dos EUA não consiga interferir no nível adequado de proteção, e, caso um exportador de dados da UE-EUA não consiga isso, ele precisará interromper a transferência de dados³⁰.

No tocante à relação jurídica com os EUA, O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) concluiu que a lei americana (Seção 702 FISA -Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira- e EO -Ordem Executiva- 12333) interfere no nível de proteção de dados ideal e agora está claro que o GDPR deixa pouco espaço de manobra e de diálogo para acomodar as normas de países terceiros.

Observamos que simplesmente tentar criar um terceiro acordo que faça pequenas alterações no Privacy Shield não seria aceito e muito menos daria às partes envolvidas a segurança jurídica necessária. Em paralelo a isso, a ideia de burlar a legislação de Segurança Nacional Americana também não parece ser uma boa alternativa. Em vez disso, novas abordagens e novos pensamentos são necessários para que a relação econômica (de 7,1 trilhões de dólares!) entre EU-EUA não seja cortada e tampouco abalada.

No debate para tentar achar uma solução para o litígio, duas ações podem ser tomadas, a priori: a primeira delas poderia ser a mudança da localização dos dados, ou seja, as empresas podem decidir por armazenar na UE todos os dados

29 Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=880f1a89-20b7-4d14-be92-9d8e7e3d7814>> Acesso em 24/08/2020.

30 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

pessoais originários de lá, devido à possível falta de uma forma legal de exportá-los. Essa ação seria cara e causaria vários problemas técnicos, e, embora o acórdão TJEU aparentemente não se preocupe com este tipo de dificuldades práticas, é difícil imaginar como empresas e serviços multinacionais poderiam realizar seus negócios se os dados que entram na UE não podem sair dela. A segunda estratégia seria arriscar continuar com os negócios normalmente, levando em consideração que o risco de vigilância da Agência de Segurança Nacional Americana (NSA) é relativamente diferente para os diferentes tipos de dados transferidos. A parte ruim da segunda opção é a penalidade: uma multa que pode chegar a 4% da receita GLOBAL da empresa³¹.

A decisão Schrems II traz consequências não só à relação EU-EUA, mas a todo o mundo. Obviamente, em países em que a fiscalização do governo é questionável (como Rússia, China, entre outros), o tratamento tende a ser mais severo, seguindo o mesmo padrão de segurança “equivalente” que demanda a GDPR, caso contrário, a transferência de dados deverá cessar. Porém, deve-se lembrar que a decisão terá efeito em países da própria Europa, que não possuem um padrão de segurança tão rígido. Inúmeras análises independentes, incluindo da própria Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), documentaram grandes variações no rigor entre as salvaguardas de privacidade contra vigilância conduzida por estados europeus sob autoridades legais nacionais. Até mesmo estados com profundo comprometimento com o Estado de Direito, como o Reino Unido, conduz uma ampla vigilância para fins de segurança nacional, podendo entrar em conflito com os rigorosos padrões do TJEU.

4. SISTEMA DE DECISÃO DE ADEQUAÇÃO PELA COMISSÃO EUROPEIA E A SUA IMPORTÂNCIA NO CENÁRIO PÓS SCHREMS I E II

O cenário das transferências internacionais de dados após os dois casos Schrems torna-se muito mais restrito, como se pode perceber. Os programas do Safe Harbour e Privacy Shield são considerados como ineficazes, e, portanto, não seguros na visão da proteção à privacidade que buscavam tanto a diretiva 46/95/CE quanto a GDPR que se instala depois, o que invalida as transferências realizadas por meio deles. O que resta, então, para os países interessados em realizar as referidas transferências de dados internacionais com países pertencentes à União Europeia, ainda mais tendo em vista que existe uma cláusula de vedação de transferência de dados para países fora da EU que não apresentem nível adequado de tutela. Não somente isto, mas após os casos Schrems não basta apenas as alegações de que os requisitos de privacidade dos dados pessoais são cumpridos para sua liberação – e sim uma verificação adequada que prove as alegações; e que por fim, qualquer cidadão ou parte interessada pode requerer às Cortes uma avaliação de segurança da privacidade.

Por fim, o que se conclui então é de que o instrumento mais seguro para que sejam facilitadas as transferências de dados seria através das decisões de adequação, as quais vamos explicar adiante.³²

Já nos ensinava Danilo Doneda: “O GDPR, em seu artigo 45(1), como já o fazia a Diretiva 95/46/CE em seu artigo 25, utiliza a técnica de negar, como solução padrão, a transferência de dados pessoais da União Europeia para países terceiros, a não ser que esse país possua um sistema de proteção de dados pessoais que atenda ao nível requerido de “adequação”³³.

E afinal, do que se tratam as tais decisões de adequação? A resposta é mais simples do que parece: com elas, podem

31 Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/cjeus-schrems-ii-decision-slated-for-july-16/>> Acesso em 30/08/2020.

32 Primeiro, a normativa exige que a proteção dos dados pessoais no país fora da União Europeia seja “adequada” – e não “equivalente” ao padrão europeu, o que indica uma certa maleabilidade. Portanto, existe a necessidade de verificar essa adequação para que a Comissão Europeia a reconheça, nos termos do art. 45 do GDPR.

33 Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados de Danilo Cesar Maganhoto Doneda – Cap 3.3

ser realizadas transferências de dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional, se a Comissão tiver decidido que o país terceiro, território, um ou mais setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegura um nível de proteção adequado, esta transferência não exige autorização específica. (artigo 45.º, n.º 1, RGPD)³⁴.

Portanto, as decisões de adequação são avaliações feitas para concluir se o País em transferir dados da/para a Europa está apta para cumprir os requisitos de segurança da GDPR). Tais avaliações são feitas pela European Data Protection Board (EDBP), que é o organismo da União Europeia encarregado da aplicação da GDPR desde 25 de maio de 2018.

Após a European Data Protection Board (EDBP) analisar e concluir que o país terceiro possui um nível adequado de proteção, tal decisão reconhece que o sistema desse país é seguro como o sistema dos Estados-Membros da UE. Portanto, é considerado que as transferências de dados do país interessado em transferir dados serão equiparadas às transmissões de dados feitas dentro do território Europeu, o que permitirá conceder um acesso privilegiado e desobstruir diversos canais comerciais presentes no gigantesco mercado da Europa, visto que poderão usufruir, tratar e transferir dados online para dentro e fora da UE.

Essa decisão não é tomada de forma subjetiva, existem alguns critérios que deverão ser observados para que a decisão de adequação possa ser considerada válida. A Comissão Europeia estabelece a necessidade de verificação da presença dos critérios da GDPR e julgar de acordo com os seguintes elementos:

1º Conceitos: Devem existir conceitos e/ou princípios básicos em matéria de proteção de dados; 2º Fundamento para o tratamento lícito e leal para fins legítimos: Os dados devem ser tratados de forma lícita, leal e legítima; 3º Princípio da limitação da finalidade: os dados devem ser tratados com uma finalidade específica e, subsequentemente, utilizados apenas na medida em que essa utilização não seja incompatível com a finalidade do tratamento; 4º Princípio da qualidade e proporcionalidade: os dados devem ser exatos e, quando necessário, objeto de atualização, além de deverem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são tratados; 5º Princípio da conservação: regra geral, os dados não devem ser conservados mais tempo do que o necessário; 6º Princípio da segurança e da confidencialidade: qualquer entidade que proceda ao tratamento de dados pessoais deve assegurar que os dados são tratados de modo a garantir a sua segurança; 7º Princípio da transparência: todos os titulares devem ser informados de todos os principais elementos do tratamento dos seus dados pessoais de forma clara, facilmente acessível, concisa, transparente e inteligível; 8º Direito de acesso, retificação, apagamento e oposição: o titular dos dados deve ter o direito de obter confirmação do eventual tratamento dos dados que lhe dizem respeito, bem como de aceder a esses dados, obter sua retificação quando estes estiverem incorretos ou incompletos ou seu apagamento quando seu tratamento deixar de ser necessário ou for ilícito. Podem ainda se opor a tratamento de dados por motivos legítimos imperiosos relacionados com a sua situação particular; 9º Restrições relativas a transferências subsequentes: outras transferências dos dados pessoais por parte do destinatário inicial da transferência de dados original só devem ser permitidas se o destinatário seguinte também estiver sujeito a normas (incluindo normas contratuais) que garantam um nível de proteção adequado e seguir as instruções pertinentes aquando do tratamento de dados em nome do responsável pelo tratamento dos dados; 10º Categorias especiais de dados: Devem existir salvaguardas específicas aplicáveis a categorias especiais de dados (p. ex. dados relativos à saúde, opção sexual, crença religiosa, dentre outros); 11º Comercialização Direta: se os dados forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular deve poder opor-se sem qualquer custo ao tratamento dos dados para essa finalidade, em qualquer momento; 12º: Decisões automatizadas e definição de perfis: as decisões baseadas unicamente no tratamento automatizado (decisões individuais automatizadas), incluindo definição de perfis, que produzem efeitos jurídicos ou afetam significativamente o titular dos dados, só podem ser tomadas nas condições fixadas no quadro normativo do país terceiro; 13º Autoridade de controle competente e independente: Deve existir uma ou mais autoridades de controle independentes, responsáveis pelo seguimento e por assegurar e aplicar a conformidade com as disposições de proteção de dados e privacidade no país terceiro; 14º Responsabilização: o quadro de proteção de dados do país terceiro deve obrigar os responsáveis pelo tratamento dos dados e/ou aqueles que tratam dados pessoais em seu nome a cumprir esse mesmo quadro e conseguir comprovar esse cumprimento; 15º Apoio e ajuda destinada aos titulares de dados no exercício dos seus direitos e mecanismos de reparação adequados: as pessoas singulares devem ter acesso a vias de recurso para

34 Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 01 de nov. de 2020

fazer valer os seus direitos rápida e eficazmente, e sem custos proibitivos, bem como assegurar a conformidade³⁵.

Desse modo, e com base nos critérios ilustrados acima, fica visível a dificuldade de se obter uma decisão de adequação favorável dentro da EU, mas também se percebe que é o caminho mais seguro, além do que garante maiores benefícios no longo prazo, em relação às adequações contratuais pontuais (como as Binding Corporate Rules BCR – Art.47 da GDPR que serviriam como base para a liberação da transferência de dados caso o país em questão não tenha uma decisão de adequação (e poucos têm no presente momento). As decisões de adequação de fato resolvem problemas de confiança quanto aos níveis de à privacidade e proteção dos dados pessoais exigidos pela EU (e nesse caso, também do país com o qual ela se relaciona) e é de longa duração.³⁶

Acreditamos que esse é o caminho que será seguido por boa parte do mundo que tenha um direito centralizado e que se preocupa com a proteção da privacidade de seus cidadãos, especificamente no tocante do assunto cada vez mais premente que se torna a transferência de dados pessoais na esfera digital. As soluções encontradas pela EU são louváveis em todos os aspectos – seja pela posição de pioneirismo e liderança em relação à evolução da privacidade pessoal e da consequente privacidade pessoal no meio digital, mas também pelas soluções que encontra quando colocada frente às dificuldades de se manter o respeito à privacidade, assim como a introdução da diretiva 95/46/CE, as revisões feitas as legislações e exigências após os modelos de transferências utilizados (Privacy Shield/Safe Harbour) serem considerados inadequados (Schems I e ii), e por ter encontrado uma solução atual (Liberação mediante decisões de adequação), que, mais uma vez, inspira legislações ao redor do mundo de maneira positiva.

35 Disponível em: <https://itsrio.org/wpcontent/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

36 Embora seja revista regularmente pela autoridade competente e possa ser questionada no caso de desconfiança quanto à preservação da privacidade pelos indivíduos pertencentes a EU.

CONCLUSÕES

Finda a exposição do trabalho, o que se percebe é uma clara evolução do que chamamos de direito à privacidade e de como a evolução da sociedade para a era digital transforma esse direito. As preocupações, hoje, se voltam de fato às regulamentações das transferências de dados internacionais, em uma clara evolução de um direito que nasce na Europa, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e pelas mãos europeias se aperfeiçoa, primeiro pelas mãos da Diretiva 95/46/CE, e depois pelo GDPR. Acreditamos, portanto, e com base em toda a problemática exposta ao longo do trabalho, que as transferências de dados internacionais se tornarão cada vez mais comuns frente às adequações que quase todos os Países irão buscar tomar, baseadas na legislação e exigências Europeias.

E neste contexto torna-se nítido o papel fundamental que os casos Schrems I e II detêm nessa evolução do direito à privacidade na União Europeia, visto que a partir deles se tem uma visão importante de que não adianta apenas as alegações de que os sistemas de transferências de dados internacionais são seguros quanto à privacidade – Eles têm de demonstrar de fato serem seguros – e podem ser questionados por qualquer um, e a qualquer momento.

Embora seja cedo para que possamos compreender todas as mudanças que se colocam em marcha a partir dos julgamentos, já que são mesmo recentes, podemos concluir que é a partir das sentenças desses casos aqui explicados que se percebe a profundidade da preocupação quanto à privacidade existente na EU, que manda recados claros – se o País que buscar realizar transferências de dados a partir da EU não fornecer garantias adequadas aos olhos das legislações e comitês, então a política básica é a da não transferência, ou pelo menos da negação da transferência pelos meios mais simples. A União Europeia, pelo visto, continuará sendo a vanguarda mundial em termos de preocupação com a segurança de dados e privacidade pessoal no meio digital – e a maior parte do mundo irá seguir quer queira, quer não queira.

Isto se percebe, por exemplo, nos reflexos inegáveis que o GDPR e a preocupação com a obtenção de uma decisão de adequação causaram na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. O papel do chamado *compliance* de dados também obtém cada vez mais importância nesse contexto, seja ele empresarial ou a serviço dos governos, e com razão – ninguém deveria ser submetido a redes de inteligência ou a movimentos escusos com seus dados pessoais sem que se tenha conhecimento. O direito à privacidade, como reconhece com razão a EU, é inestimável e deve ser resguardado.

Quanto antes o Brasil se adequar, portanto, melhor a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS E MENDES. Histórico das leis de proteção de dados e da privacidade na internet. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://assisemendes.com.br/historico-protecao-de-dados/>. Acesso em: 7 fev. 2022.

BRACY, Jedidiah. CJEU's 'Schrems II' decision slated for July 16. [S. l.], 14 maio 2020. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/cjeu-schrems-ii-decision-slated-for-july-16/>. Acesso em: 7 fev. 2022.

CONCIL OF EUROPE (UE). European Court of Human Rights Council of Europe. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [s. l.], 2 out. 2013. Disponível em: Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Acesso em: 20 jul. 2022

CORBET , Rob; ROONEY, Colin; MULLOOLY, Olivia; BENSON , Rachel. The Ruling in Schrems II. Irlanda, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=880f1a89-20b7-4d14-be92-9d8e7e3d7814>. Acesso em: 7 fev. 2022.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade a proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. Livro eletrônico: Thomsom Reuters, 2020. ISBN 978-65-5065-030-8.

GELLMAN , Barton; SOLTANI , Ashkan. NSA collects millions of e-mail address books globally. [S. l.], 14 out. 2013. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/national-security/nsa-collects-millions-of-e-mail-address-books-globally/2013/10/14/8e58b5be-34f9-11e3-80c6-7e6dd8d22d8f_story.html?hpid=z1. Acesso em: 7 fev. 2022.

IRLANDA. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ECLI:EU:C:2015:650. Apelante: Maximillian Schrems. Apelado: Data Protection Commissioner. Relator: Digital Rights Ireland Ltd. Irlanda, 17 de julho de 2014. GLOBO. Oito polêmicas envolvendo o Facebook em 2018. [S. l.], 24 dez. 2018. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2018/12/oito-polemicas-envolvendo-o-facebook-em-2018.ghtml>. Acesso em: 7 fev. 2022.

IRLANDA. TRIBUNAL SUPERIOR. Jurisprudência 2010/87/UE. Relator: K. Lenaerts. Irlanda, 4 de maio de 2018. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=228677&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=134%E2%80%A6

MARR, Bernard ("How Much Data Do We Create Every Day? The Mind-Blowing Stats Everyone...")Forbes, 2018. Disponível em: <https://www.BernardMarrforbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/?sh=4ce6863260ba>. Acesso em: 31 ago. 2020.

NASCIMENTO, Anderson. O que é PRISM?. Canaltech, 2014. Disponível em: <https://canaltech.com.br/espionagem/O-que-e-PRISM/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

OCDE. Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais. OCDE, 2003. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 jul. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Diretiva nº Diretiva 94/46, de 8 de março de 2014. A Diretiva 95/46/CE. Protecção dos dados pessoais, [S. l.], 8 mar. 2014. Disponível em: Protecção dos dados pessoais. Acesso em: 11 jul. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Protecção de dados pessoais. In: MACIEJEWSKI, / Mariusz et al. Fichas técnicas sobre a União Europeia. [S. l.], 2022. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento nº L 119/1, de 7 de fevereiro de 2022. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016: Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 7 fev. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO.REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO. ("regulamento (ue) 2016/ 679 do parlamento europeu e") Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ROCKCONTENT. "Big Data: entenda o conceito, suas aplicações em diferentes contextos e como impacta as iniciativas de Marketing." Rockcontent, 2021. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/big-data/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SAS. Machine Learning: O que é e qual sua importância?. SAS, 2020. Disponível em: O que é e qual sua importância? Acesso em: 31 ago. 2020.

UE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (UE). Acórdão do tribunal de justiça. Infocuria, [s. l.], 12 out. 2015. Disponível em: <https://media2.mofo.com/documents/160913-implications-schrems-data-transfers.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

USA. Abstract of the Federal Constitutional Court's Judgment of 15 December 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 [CODICES]

VIOLA , Mario. Transferência de dados entre Europa e Brasil: Análise da Adequação da Legislação Brasileira. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio , Rio de Janeiro, 2019. ("Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS)") ("Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS)") Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf. Acesso em: 2 de fev. 2022

VIOLA, Mario. Transferência de dados entre Europa e Brasil: Análise da Adequação da Legislação Brasileira. Relatorio UK, 2019. Disponível em: https://Análise da Adequação da Legislação Brasileiritsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

SOBRE O AUTOR:

Bacharel em Direito pela Facamp em 2020, graduando em Medicina pela SLMandic. Pesquisador do GRIG-Facamp.

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLECTIVOS E ADMINISTRAÇÃO DE FACTO INDIRECTA

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY AND INDIRECT “DE FACTO”
ADMINISTRATION

RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLECTIVOS E ADMINISTRAÇÃO DE FACTO INDIRECTA

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY AND INDIRECT “DE FACTO” ADMINISTRATION

HUGO LUZ DOS SANTOS

City University of Macau, People’s Republic of China

Forum for International Conciliation and Arbitration (Oxford, United Kingdom)

hugo.miguel.luz@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0297-3546>

RESUMO

O artigo pretende lançar luz sobre a polaridade dialéctica entre a administração de facto indirecta (com referência à candente temática dos credores controladores) e a responsabilidade penal das pessoas colectivas.

Palavras-chave: Administradores de facto indirectos; Credores controladores; Direito Penal; Direito das Sociedades Comerciais; Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas.

ABSTRACT

The article aims to shed a keen light on the interplay between indirect «de facto» administration (with a sharper focus on the sizzling hot topic of controlling creditors) and corporate criminal liability.

Keywords: De facto indirect administrators; Controlling creditors; Criminal Law; Company Law; Corporate Criminal Liability.

1. A IMPORTÂNCIA DOS CREDORES CONTROLADORES (ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS) NO ÂMBITO DA “PRIMEIRA VELOCIDADE” (O MODELO DE HÉTERO-RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS):

INTRODUÇÃO

O Direito penal, inserido que está num ordenamento jurídico que reúne características de um humanismo legal, como o português, está — deve estar¹ — permanentemente atento aos fenómenos normativos que se vão criando na sociedade pós-industrial em que vivemos². Chama-se a isso um direito atento à realidade social, que se interliga com o seminal acesso ao direito e aos tribunais³.

Este diálogo permanente entre o Direito penal e a realidade social corporiza um papel socialmente relevante do Direito. Na medida em que ele (o Direito) deve reduzir a complexidade dos fenómenos normativos através da estabilização da diferença entre o interior — o Direito — e o exterior — a realidade social que produz os fenómenos normativos⁴ que devem

1 Sobre o dever-ser: RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, in: *O Direito*, Ano 151.º (2019), II, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 288 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto. Não é segredo que HANS KELSEN se inspirou na filosofia kantiana emergente da (não menos) inspiradora corrente neo-kantiana de Marburgo. Isso é particularmente visível no acolhimento da dicotomia ser/dever-ser entendidas como formas puras de conhecimento. O conhecimento natural (que inere e se interliga com o *sein*) e o conhecimento normativo ou conhecimento das normas (que radica e se interliga com o *dever-ser*) de jaez eminentemente kantiano revelar-se-iam de capital importância na (e para a) edificação da tese transcendentalista regressiva de HANS KELSEN. Para KANT, a doutrina do Direito (Rechtslehre) interliga-se (genética e funcionalmente) com a filosofia prática ou moral (largamente exposta na sua seminal obra *Metafísica dos Costumes*). O contributo da corrente neo-kantiana de Marburgo traduziu-se essencialmente em deslocar a filosofia prática ou moral de KANT para o campo conceptual do Direito. Já de si vasto e seminal. Na tese de HANS KELSEN, o dever-ser, que expressa a autonomia do Direito, opera à determinação de normas jurídicas esculpidas pela ciência do Direito – a ciência jurídica. Esta operação encontra-se nos antípodas – pelo menos não se encontram no mesmo estalão argumentativo – com a determinação sociológica do Direito que encontra respaldo (e étimo fundante) no ser). Sobre estas questões, oscilando entre a crítica e o panegírico à obra do Filósofo do Direito austríaco: JOSEPH RAZ, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 122 e ss; RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, cit., *passim*; JOSEPH RAZ, “The Purity of the Pure Theory”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, *passim* (afirma que uma parte do sucesso da Teoria Pura do Direito se deve à forma obscura como a mesma foi escrita – o que motivou simultaneamente um tropel de críticas e uma irrestrita admiração por parte do mundo académico. Num outro registo, mais sereno, JOSEPH RAZ afirma, partindo da sua conhecida adesão ao moral value of law – de inspiração Kantiana – que a Basic norm de HANS KELSEN – e a sua Teoria Pura do Direito – podem ajudar a jurisprudência dos Estados Unidos da América a resolver os denominados hard cases).

2 Fala-se, a este propósito, numa Legitimação pelo procedimento (Legitimation durch Verfahren) desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, em obras de referência como: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, pp. 28 e ss e *passim*. Noutro plano, o autor alemão fala na importância da auto-referência e da autopoiesis dos sub-sistemas sociais. De entre os quais se inclui o Direito. Ver: NIKLAS LUHMANN, “Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, in: *Zeitschrift für Soziologie*, Volume 11, n.º 4, 1982, pp. 366-379; NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1995, pp. 781-96; NIKLAS LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Urban-Taschenbücher, Bd. 195 (German Edition), Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH, 1974, pp. 1-99.

3 Sobre o acesso ao direito e aos tribunais, ver, em língua chinesa: LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮, 雨果:第七章 葡萄牙衛生基本法,《部分國家衛生基本法研究》, 法律出版社, Pequim, Law Press China, 2017年版, 第115頁至第127頁. Em língua inglesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note”, in: *Ius Gentium*, Vol. 85, PETER CHI HIN CHAN/C. H. VAN RHEE (Eds.), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2021, *passim*. Em língua espanhola: HUGO LUZ DOS SANTOS, “Plan para una posible mediación pre-procesal judicial obligatoria con una fácil opción de exclusión voluntaria en Macao”, in: *Revista de Mediación*, N.º 14, 2, Universidad de Nebrija e Universidad Carlos III de Madrid, 2022, *passim*. Em língua portuguesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, “O acesso ao direito e aos tribunais em processo civil”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 75, julho-setembro de 2021, Braga, Cejur, 2021, pp. 13-30, que seguimos de muito perto.

4 O normativismo de HANS KELSEN concebe o ordenamento jurídico (holisticamente considerado) como um sistema hierárquico de normas em que a validade de uma norma pode ser aferida em função da sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior: a Grundnorm. A aparelhagem positivista não abarca, segundo KELSEN, o reconhecimento (claro e inequívoco) de uma pauta moral objectiva ou de uma estrutura legislativa de jaez vincadamente natural. Que se afastaria, nessa conformidade, de um critério de validade (uma baliza normativa e um padrão referencial) da norma positiva. A pauta positivista sequer afere ou aquilata da justeza (ou falta dela) que subjaz ao magma vivificador das leis. E deveria. É preciso, segundo KELSEN, gizar um conceito funcionalmente operativo que permita o confronto analógico permanente, actualizado e circunstanciado entre a norma

ser simplificados e sistematizados⁵ pelo Direito⁶.

O Direito deve, como acima se disse, captar os fenómenos normativos da sociedade pós-industrial que se vão criando para além da lei e formar um “consenso” com a realidade social em que se insere⁷, através da conversão dos fenómenos normativos em letra de lei⁸, quando (e se) essa conversão seja juridicamente relevante para a comunidade sócio-cultural em

comum e a norma imperativa fundamental. De tal facto se infere que se a norma se mostrar conforme com os cânones essenciais ditados pela norma hierárquica superior (Grundnorm), está revestida de validade e de bondade intrínseca. HANS Kelsen atribui a esta norma superior máxima a sugestiva taxionomia jurídica de Grundnorm (a norma imperativa fundamental). Esse padrão referencial a que se Grundnorm tem sobre si uma momentosa tarefa: a de aferir, casuisticamente, a bondade intrínseca e, por isso, a validade de todo o sistema jurídico, que se desdobra num universo (hoje quase inabarcável) de normas jurídicas. Cuja validade é (deve ser) confrontada analogicamente com a norma imperativa fundamental. A construção da norma fundamental (Grundnorm) lança um desafio permanente, quer ao Estado-Legislador, quer ao Estado-Juiz. Na medida em que preceitua tanto a forma em relação à qual as normas jurídicas têm de ser feitas (desafio que o Estado-Legislador deve aceitar) e como elas devem ser aplicadas (repto que o Estado-Juiz não deverá deixar fenececer ou, sequer, desconsiderar). Para garantir a validade sistemática do ordenamento jurídico, Kelsen defende a criação de um sistema eficaz de sanções, que visa velar (e zelar) pela segurança jurídica desse ordenamento jurídico. Seguimos de muito perto: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguimos de muito perto, igualmente, na doutrina austríaca, HANS Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 5. Auflage, Köln, 1979; HANS Kelsen, “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Hohfelds Philosophie des Als Ob”, in: *Annalen der Philosophie* 1 1919; HANS Kelsen, “Hauptprobleme der Staatslehre entwickelte aus der Lehre vom Rechtssätze”, Tübingen, 1911, pp. 93-103. A influência de HANS Kelsen na construção científica do constitucionalismo contemporâneo é evidente. Sobre o contributo de HANS Kelsen para o modelo austríaco (concentrado) de controle de constitucionalidade, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 196 e ss; JOSÉ LAMEGO, “Argumentação Transcendental em Kelsen”, in: *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 347 e ss. Referindo-se ao juiz constitucional como legislador negativo: MARIA BENEDITA URBANO, “Sentenças Intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação de poderes”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ad Honorem, *Studia Iuridica* 103, Volume III: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores: FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 691-692. Ver: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguimos de muito perto.

5 Nunca é demais enfatizar o papel que a doutrina desempenha no rebirth interno do sistema jurídico. A interpretação realizada pela doutrina (que é teórica, mas ilumina e lança luz sobre a prática) será tanto mais valorizada, variegada, quista, multipolar, multidireccional e criativa, e o protagonismo funcional da doutrina (e da dogmática) tanto maior, quanto mais aberta (e frondosa e vivificante) for a compreensão do direito de que a realiza. De tal facto se infere que o sought-after rebirth interno do sistema jurídico acontece, primordialmente, por via da interpretação jurídica. É pela interpretação que emergem na cena social e jurídica novos horizontes normativos que visam abrir o caminho a novas pautas de solução para casos concretos, que são o afloramento lídimo daquilo a que se denomina de law in action. Destarte, porque o direito se subtrai à lógica bafienta da mesmidade, “nenhum direito é definitivamente factum: é sempre alguma coisa in fieri”. Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3995, novembro-dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 66.

6 JOSÉ LAMEGO, “O Método Transcendental na Filosofia do Direito: A Polémica entre Kelsen e Sander”, in: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana*, Volume I, De Kant ao Neo-Kantismo, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 135-137 (alude à a polaridade dialéctica entre a captação de dados empíricos provenientes do maná da experiência sensível e empírica e os actos de aplicação do Direito como expressões – eloquentes – de uma vontade – a do julgador/aplicador – essencialmente subjectiva).

7 A captação dos fenómenos normativos criados no âmbito da sociedade pósindustrial foi um dos pontos de proveitoso diálogo científico entre NIKLAS LUHMANN e JÜRGEN HABERMAS e esteve na origem da seminal obra, *Teoria da sociedade ou tecnologia social — O que a teoria dos sistemas pretende alcançar?* (*Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung*). Obra quintessencial em sede da qual os autores afirmam um dos pontos centrais da sua construção doutrinal conjunta: o de que os sistemas sociais (e, igualmente, o sub-sistema social da justiça) servem, no essencial, para reduzir drasticamente a complexidade exterior dos fenómenos normativa e juridicamente relevantes e, idealmente, transformá-los em letra de lei. Sempre que uma tal redução da complexidade exterior se revele importante para a comunidade social (e, por isso, para a realidade social) em que se inserem esses fenómenos normativamente relevantes. Os fenómenos normativamente relevantes, porque se mostram inseridos num horizonte de possibilidades, atribuem ao Direito função de padrão referencial.

Na medida em que o Direito representa a diferença entre o “actual” e o “possível”. O Direito (um sub-sistema social) deverá arvorar-se em um meio através do qual se reduz a complexidade da realidade social. Ver: NIKLAS LUHMANN/JÜRGEN HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung?* Tausend, Theorie-Diskussion (Theorie) Edition (1. Januar 1990), Frankfurt am Main, Suhrkamp 1971, passim.

8 Por essa razão se compreende que muitas reformas jurídicas iniciem a sua marcha, efectivamente, por via interpretativa.

que se insere⁹.

No desenho funcional actual do direito das sociedades comerciais, que se move no circuito reflexivo da pós-modernidade industrial, tem-se denotado o crescente protagonismo funcional dos denominados credores controladores¹⁰.

A questão que se coloca é se esses credores controladores devem (ou não) ser considerados como administradores de facto indirectos da pessoa colectiva. E, por conseguinte, representantes de facto indirectos das sociedades comerciais. Principalmente no desenho funcional da “primeira velocidade”: o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas¹¹.

Na afirmativa, qual é o critério dogmático que deverá servir de padrão referencial para fundamentar a responsabilidade penal dos credores controladores vistos como administradores de facto indirectos na esfera normativa do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. É sobre essas questões que me debruçarei nas páginas que se seguem.

1.1 . A QUESTÃO DOS CREDORES CONTROLADORES (NO PLANO DA CORPORATE GOVERNANCE) E A TEORIA DA AGÊNCIA

A “nova realidade social” dos credores controladores que adentrou no domínio do direito das sociedades comerciais, e que tem tido importância crescente no âmbito da criminalidade da empresa, assenta na separação entre a propriedade da empresa e o controlo de facto da empresa no âmbito das sociedades de capitais¹².

Decantando-se da norma um nível alcance hermenêutico, mais consentâneo com a realidade social em relação à qual aquela norma projecta os seus efeitos e cuja aplicação (e interpretação) é pedida pela riqueza do caso concreto. É desse jeito que se caminha em direcção à ansiada (e projectada) revitalização interna do sistema de justiça. A tarefa do intérprete (talvez a mais nobre de todas) não é a de aplicar o quadro normativo ao caso concreto que tem em mãos. Mais do que isso. Muito mais do que isso: pede-se que o intérprete adeque a disposição legal (da qual se autonomiza o conceito funcional de norma) não só à realidade social, económica e jurídica, como, e sobretudo, que contribua decisivamente para esse cimento agregador a que se chama unidade do direito. Esse trabalho complexo e nobre é empreendido pela jurisprudência (juris-prudentia): a economiástica ciência do direito. Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, cit., p. 67. Sobre a relação entre o intérprete e o legislador: RUI MANUEL MOURA RAMOS, “O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil”, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 143.º, N.º 3983, novembro-dezembro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 92-93.

9 Este artigo doutrinal beneficia largamente da investigação científica realizada noutras latitudes. Ver: HUGO LUZ DOS SANTOS, “Administração de Facto Indirecta e Direito Penal: perspectivas e prospectivas”, in: Direito das Sociedades em Revista, março de 2022, Ano XIII, Vol. 27, Semestral, Coimbra, Almedina, 2022, passim; HUGO LUZ DOS SANTOS, Processo Penal na Era Compliance, Lisboa, AAFDL, 2022, pp. 1-769; HUGO LUZ DOS SANTOS, Código de Processo Penal – Anotado e Comentado, Volume I, Braga, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-456; HUGO LUZ DOS SANTOS, Código de Processo Penal – Anotado e Comentado, Volume II, Braga, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-744, que seguimos de muito perto; HUGO LUZ DOS SANTOS, Código de Processo Penal – Anotado e Comentado, Volume III, Braga, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-672; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Administração de facto indirecta (credores controladores) e responsabilidade penal das pessoas colectivas”, in: O Direito, Ano 154.º, (2022), I, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 77-137, que seguimos de muito perto.

10 Sobre isto: HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, “Responsabilidade subsidiária dos administradores pelo pagamento das multas e das coimas (artigo 8º, nº I, alínea a), do RGIT): um caso de responsabilidade civil extracontratual por violação de normas de protecção dos credores sociais, in: Revista do Ministério Público, ano 40, n.º 157, janeiro-março de 2019, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2019, pp. 55-92 (passim).

11 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

12 A distinção seminal entre propriedade e controlo traduz a emergência de um novo paradigma emergente no direito penal da empresa. Por isso, no direito das sociedades comerciais que lhe serve de propugnáculo. A destriça entre propriedade e controlo emerge da acentuada vastidão e dispersão do capital social e da acentuada especialização da gestão empresarial. De forma mais simples: a distinção entre propriedade da empresa e controlo da empresa estriba-se na separação jurídico-funcional entre aqueles que são titulares do capital social (os accionistas) e aquele conjunto de pessoas (singulares ou colectivas) que gerem quotidianamente a estrutura empresarial. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, in: Revista de Direito das Sociedades, VIII 2016, Número 4, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 9831015, que seguiremos de muito perto. Esta distinção científica (entre propriedade e controlo da empresa) tem sido atribuída a: ADOLF BERLE/GARDINER MEANS, The modern corporation and private property, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1932, pp. 23 e ss e passim. Ver, ainda, com interesse: BRIAN CHEFFINS/STEVEN BANK, “Is Bearn and Means really a myth”, in: Business History Review, vol. 83, n.º 3, 2009, pp. 828; HERBERT HOVENKAMP, “Neoclassicism and separation of ownership and control”,

A separação entre propriedade e controlo da empresa é inteiramente propiciada por uma matriz de repartição de competências societárias que centraliza os poderes da sociedade comercial na pessoa dos seus administradores, o que se cifra em um acentuado desfavor da assembleia dos accionistas¹³ e comporta uma miríade de riscos¹⁴.

É no compasso desta dissociação jurídico-funcional entre propriedade (ou risco de capital) e controlo (gestão da estrutura empresarial) que emergem os principais conflitos de interesses (pessoais e patrimoniais) associados à conhecida teoria da agência¹⁵.

Problemas de agência a que o corporate governance, enquanto um conjunto de princípios e regras que regulam a repartição e o exercício do poder de gestão funcional¹⁶ nas sociedades comerciais¹⁷, procura afincadamente dar resposta¹⁸.

in: Virginia Law & Business Review, vol. 4, n.º 2, 2009, pp. 378 e ss.

13 Um dos autores portugueses que dedicou mais atenção a este temário foi RICARDO COSTA. Este autor realça o facto de o paradigma de cisão entre a propriedade e o controlo da empresa ocorrido nas sociedades comerciais traduz uma evolução exponencial em face do modelo tradicional. No âmbito do qual a assembleia dos sócios aparecia como o órgão de exercício de todos os poderes sociais. Postergando para segundo plano os administradores da pessoa colectiva ("vistos como meros executores da vontade dos sócios"). Ver: GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 9831015, que seguimos de muito perto; RICARDO COSTA, Os administradores de facto das sociedades comerciais, Coimbra, Almedina, 2014, passim, que seguimos de muito perto.

O modelo tradicional de gestão foi entrando em desuso com a própria evolução do direito das sociedades comerciais. A erosão do modelo tradicional de gestão foi, de certa forma, propiciada pelo crescente desinteresse dos sócios da gestão corrente da empresa (muitas vezes apodado de "desinteresse institucionalizado dos sócios" na gestão corrente da pessoa colectiva). Com o passar do tempo o "desinteresse institucionalizado dos sócios" na gestão corrente da pessoa colectiva deu lugar ao crescente interesse em participar das assembleias gerais em sede das quais se deliberava sobre a distribuição de lucros. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 9831015; RICARDO COSTA, Os administradores de facto das sociedades comerciais, cit., passim.

Denota-se, porém, uma voz discordante. Afirma-se, a este respeito, que o propalado "desinteresse institucionalizado dos sócios" ocorre somente num quadro económico em que a "dispersão do capital" é especialmente favorecida. Seria o caso das sociedades abertas nos Estados Unidos da América. Ver: JOSÉ FERREIRA GOMES, Da administração à fiscalização de sociedades, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 5278; GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 9831015.

14 GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 9831015, que seguimos e seguiremos de muito perto.

15 Em que consiste a teoria da agência? Entende-se que existe uma relação de agência sempre que numa determinada relação contratual uma das partes contratantes (o agente) promete agir por conta e no interesse da outra (o principal, e este último delega alguns poderes de decisão naquele). É aqui que os problemas de agência começam. Na medida em que se ambas as partes contratantes actuarem com pura racionalidade económica emergirá um problema de agência. Compreende-se que assim seja: inexistem razões para crer que o agente irá actuar sempre no melhor interesse (pessoal e, principalmente) do principal. Aplicada esta teoria económica à relação jurídico-funcional entre o administrador da sociedade comercial (agente) e o accionista da sociedade comercial (principal) — que se traduz, como é consabido, por uma acentuada assimetria informativa — conclui-se pela existência de acentuados riscos de perdas patrimoniais que correm por conta do principal. Tem-se entendido que devem ser criados alguns mecanismos preventivos e sancionatórios que tutelem adequadamente esta relação de geometria variável. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 9831015.

Os desafios jurídicos emergentes da teoria da agência têm sido devidamente identificados pela doutrina anglo-saxónica. Ver: MICHAEL JENSEN/WILLIAM MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", in: Journal of Financial Economics, vol. 3, n.º 4, 1976, pp. 308337; JOHN ARMOUR/HENRY HANSMANN/REINIER KRAAKMAN, Agency Problems, Legal Studies and Enforcement, Oxford University Faculty of Law Research Paper, n.º 21/2009, Oxford, 2009, pp. 3 e ss.

Os efeitos perversos da teoria da agência podem ser mitigados através da implementação de sistemas de incentivos financeiros (traduzidos na adopção de formas de remuneração que se destinem a premiar os resultados financeiros alcançados pelos administradores, ou as consequências valorativas desses resultados patrimoniais no valor da empresa, como as stock options, como também a implementar um conjunto de mecanismos de fiscalização funcional da actividade do agente. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 9831015; JOSÉ FERREIRA GOMES, Da administração à fiscalização de sociedades, cit., pp. 3846.

16 GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., p. 984.

17 JOÃO CUNHA VAZ, A OPA e o controlo societário — a regra da não frustração, Coimbra, Almedina, 2013, passim.

18 GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., p. 984.

1.2 O “TERCEIRO PODER” (DEBT GOVERNANCE) QUE ASSALTOU (O PODER) NO DIREITO PENAL DA EMPRESA

1.2.1 OS CREDORES CONTROLADORES (ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS) QUE TOMAM DECISÕES EMPRESARIAIS QUE ESTÃO NA BASE DA PRÁTICA DO CRIME NO CONTEXTO EMPRESARIAL DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA

As questões de agência que emergem da temática dos credores controladores ilustram (apenas) uma exígua parte do problema.

Na verdade, na actual realidade jurídico-societária existem ainda outros fenómenos normativos como a “revalorização da importância dos sócios”¹⁹ e a emergência do denominado “terceiro poder”²⁰.

O “terceiro poder” interliga-se, genética e funcionalmente, com a temática dos credores controladores, que interferem activa (e, por vezes, inopinadamente) nos destinos da sociedade comercial financiada²¹. Trata-se de uma candente questão que tem vindo a progressivamente fazer perigar os alicerces em que assenta a tradicional repartição de poderes e as competências funcionais anteriormente referidas²².

A doutrina tem falado, a este respeito, na problemática da Debt governance²³ e, no âmbito desta, a possibilidade de os credores controladores²⁴ influenciarem a gestão da sociedade financiada²⁵.

Esta questão é particularmente importante. Na medida em que, excepto algumas disposições legais que visam

19 A doutrina portuguesa tem referido a este propósito que “se tem vindo a assistir a uma revalorização do papel dos sócios em virtude do abandono de uma visão radical do “princípio da gestão exclusiva dos administradores”. Ver: RICARDO COSTA, Os administradores de facto das sociedades comerciais, cit., p. 41.

20 Expressão usada pela doutrina portuguesa, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder?”, in: III Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 359 e ss e passim, que seguiremos de muito perto.

21 Tem-se entendido, contudo, que os credores controladores assumem, a par dos administradores das sociedades comerciais, um papel preponderante na gestão empresarial. A esta luz, não é acertada a tese que sobrevaloriza o papel dos accionistas na gestão da sociedade comercial. Na verdade, a construção doutrinal que hiperboliza o papel dos accionistas no governo das sociedades comerciais (corporate governance) não tem em linha de conta a importância precípua dos credores que, em virtude das suas relações contratuais com a sociedade comercial financiada, têm a possibilidade de monitorizar (e de fiscalizar) adequadamente a actividade gestonária da empresa financiada. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., p. 983-1015; FREDERICK TUNG, Leverage in: the board room: the unsung influence of private lenders in: corporate governance, in: UCLA Law Review, Vol. 57, 2009, pp. 118 e ss; YESDA YADAV, “The case for a Market in: Debt Governance”, in: Vanderbilt Law Review, vol. 67, n.º 3, 2014, pp. 778 e ss.

22 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

23 Temário que tem merecido a atenção da doutrina norteamericana e da doutrina portuguesa. Ver: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, in: Direito das Sociedades em Revista, Ano 7, Volume 14, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 161-198, que seguimos de muito perto; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder?”, cit., pp. 359-383.

24 A expressão “credores controladores” tem suscitado muitas dúvidas semânticas em torno da questão de se saber qual o seu significado e alcance. Ver: JONATHAN LIPSON, “Controlling Creditor Opportunism”, in: University of Wisconsin: Legal Research Paper, n.º 1129, 2010, pp. 9 e ss.

25 A doutrina tem sublinhado o papel de outsiders que, normalmente, está acometido aos credores. Porquanto, os credores são meros observadores passivos da criação de riqueza da sociedade comercial (passive cash collectors). Ver: FREDERICK TUNG, “Leverage in: the board room: the unsung influence of private lenders in: corporate governance”, cit., p. 119. A doutrina portuguesa afirma que, no passado, os credores controladores mostravam-se indiferentes e (e aqui e ali) ausentes no período normal de actividade da empresa. Agora, pelo contrário, os credores controladores mostram-se muito mais activos (logo, muito mais interventivos e reivindicativos). Principalmente quando se vislumbra um cenário de insolvência da sociedade comercial. Ver: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., pp. 165 e ss e passim, que seguimos de muito perto. Em sentido convergente: FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, in: Direito das Sociedades em Revista, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 231-283 (p. 233).

a protecção dos interesses dos credores sociais da sociedade comercial, o ordenamento jurídico nacional não atribui aos credores sociais qualquer mecanismo de controlo ou influência sobre os órgãos de fiscalização e administração da sociedade comercial²⁶.

A questão assume particular relevância no que respeita àquelas situações em que os credores controladores assumem verdadeiras posições jurídicas de administradores de facto indirectos da sociedade comercial e dessa gestão societária resulta a responsabilidade penal das pessoas colectivas emergente da prática de crimes em nome e no interesse colectivo da sociedade comercial.

Esta questão é particularmente importante no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. Na medida em que, neste modelo, o facto de conexão da responsabilidade penal das pessoas colectivas recai, justamente, sobre a actuação funcional dos órgãos (estatutários ou colegiais) e dos representantes (de facto e de direito). Ou seja, o facto ilícito-típico praticado por essas pessoas singulares em nome, por conta e no interesse colectivo da pessoa colectiva arguida²⁷.

A questão que se coloca é a de saber se o direito penal deve (ou não) acompanhar esta nova realidade societária e incluir, na parte geral do Código Penal, referente à responsabilidade penal das pessoas colectivas, a previsão legal dos credores controladores como administradores de facto indirectos enquanto pessoas singulares (ou colectivas) sobre as quais impende o facto de conexão que pode, numa primeira fase, responsabilizar jurídico-penalmente a sociedade comercial financiada.

A resposta não pode deixar de ser positiva. Sob pena de se criar, no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas, várias lacunas de punibilidade e, por isso, zonas de impunidade.

Destarte, a nova realidade societária da influência dos credores controladores, como administradores de facto indirectos sobre os quais impende a gestão diária da sociedade comercial financiada, tem a expressão máxima nas novas formas do financiamento societário que tem, como veremos, uma ligação estreita com a governação societária. E, por isso, têm uma influência decisiva na gestão da pessoa colectiva arguida/sociedade comercial financiada. Principalmente no âmbito da “primeira velocidade”: o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas.

A importância prática deste tema é clara: dessas decisões empresariais tomadas pelos credores controladores, quando qualificados como administradores de facto indirectos, podem resultar, muitas vezes, o cometimento dos crimes que são imputados, numa primeira fase, às sociedades comerciais financiadas. A importância prática do financiamento societário e da nova realidade dos credores controladores, vistos como administradores de facto indirectos, tornou-se particularmente visível com a crise financeira mundial de 2007²⁸.

26 Por todos: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 9831015.

27 Ver: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, passim; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Mapping out the path ahead for corporate criminal law in People’s Republic of China”, in: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n.º 3, setembro-dezembro de 2021, pp. 2015-2060; HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade dos Entes Colectivos na Esfera do Compliance: E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?*, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-176.

28 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, I (2009), 2, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 268-271; ver ainda, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Organização e supervisão dos mercados financeiros”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 581 e ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Fair value ou valor de mercado: multiplicador da primeira crise financeira global”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, ano 141.º, n.º 3974, Maio-Junho 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 280 e ss; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: *Revista de Direito das Sociedades em Revista (RDS)*, Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 59-61; CHARLES MURDOCK, “The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: What Caused The Financial Crisis and Will Dodd – Frank Prevent Future Crisis?”, in: *S.M.U. Law Review*, 1243, 2011, pp. 138 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho

A crise financeira de 2007²⁹ proporcionou — além de todos os efeitos adversos que são sobejamente conhecidos — necessidade e dependência crescentes (alarmantes?) do recurso das sociedades comerciais ao financiamento bancário. Sendo certo que as respectivas fontes de financiamento bancário se revelam cada vez mais limitadas. Mas o problema não é só esse. A crise financeira de 2007³⁰ provocou, natural e necessariamente, uma restrição de (e no acesso à) liquidez sobre o sistema

caso de aliança luso-americana?”, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano VI (2014), Número 2, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 411-433; MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais”, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano V (2013), Número III, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 537-604; TIAGO BESSA, “Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds”, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano II (2010) – Número 3-4, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 853-869; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Regulação e Supervisão de Hedge Funds: Percurso, Oportunidade e Tendências”, in: AAVV, Direitos dos Valores Mobiliários, Volume VIII, 2008, em especial, pp. 65-81; IAIN CULLEN, “Hedge Funds: Structure and Documentation”, in: AAVV, Hedge Funds: Law and Regulation, coord., Iain Cullen e Helen Parry, 2001, pp. 141-157; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os ‘Hedge Funds’ e o Governo das Sociedades”, in: AAVV, Direitos dos Valores Mobiliários, Volume IX, 2010, pp. 9-70. Ver, na doutrina norte-americana, DILI GHOSCH/EPHRAIM CLARCK, Arbitrage, Hedging, and Speculation: The Foreign Exchange Market, New York, Praeger, 2004, pp. 8 e ss; INÊS SERRANO DE MATOS, “Hedge Fund: o Accionista que nunca dorme?”, in: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas, Volume II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014, pp. 2233 e ss. Num âmbito mais geral (delisting de participações sociais e crise económico-financeira de 2008). Na doutrina alemã: OLIVER ROTHLEY, “Aufgabe der Macroton-Grundsätze”, in: GWR, 2013, pp. 489 e ss; MICHAEL ARNOLD/VERA ROTHENBERG, “BGH-Entscheidung zum Delisting: Alle Fragen geklärt?”, in: DStR, 2014, pp. 144-161; LARS KLHÖN, “Delisting- Zehn Jahre später/Die Auswirkungen von BVerfGE”, in: NZG, 2012, pp. 821 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A perda da qualidade de sociedade aberta (delisting de participações sociais): a tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)”, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Coimbra, Almedina, Ano 8 (2016), N.º 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 893-929.

29 Cujas causas próximas foram analisadas detalhadamente pela doutrina portuguesa. Ver: TIAGO BESSA, “Crise, regulação e supervisão de hedge funds”, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano II, Vol. 3/4, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 849-914; JOSÉ AVELÃS NUNES, “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo”, in: Boletim de Ciências Económicas, vol. LIV, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 1163.

30 Como bem afirma a doutrina portuguesa, “todo este quadro reclamou, nos últimos anos, a concepção e implementação de práticas de governo das sociedades orientadas para a ordenação das relações de agência entre órgãos sociais e accionistas e os conflitos de interesses delas decorrentes, assim como a formulação de teorias de governance essencialmente construídas em torno de um objectivo principal de protecção dos interesses dos accionistas, sobretudo dos minoritários, e da respectiva protecção contra a tomada de posições de poder desequilibradas, processos de decisão não transparentes, quebras de deveres fiduciários e falhas de fiscalização relativamente à actuação da administração. Em suma, as teorias sobre o governo das sociedades e as regras, de hard ou de soft law, que as concretizam centraram-se, até agora, essencialmente, em propostas para a mitigar ou eliminar, por um lado, as assimetrias informativas existentes entre a administração da sociedade e os accionistas minoritários e, por outro, as circunstâncias que permitem ou incentivam a administração da sociedade a divorciar-se dos interesses dos sócios, que lhes cabe representar e exercer, para passarem a actuar em conformidade com os seus próprios interesses (agency problems). Nesta lógica de criação de mecanismos de governance para a protecção dos accionistas, justificada por práticas menos sãs são frequentemente identificadas no seio das grandes sociedades anónimas, pelo impacto dessas práticas na confiança dos investidores e pelos fracassos impressionantes de algumas grandes empresas essencialmente causados por estruturas e sistemas de governo societário (corporate governance) deficientes, os accionistas (entre estes os minoritários) assumem na discussão e no estabelecimento de princípios e boas práticas de governo, um papel central. A equação estabeleceu-se crescentemente entre os direitos e as responsabilidades dos órgãos de gestão e dos accionistas, ao mesmo tempo que os direitos e as responsabilidades dos restantes stakeholders foram assim sendo deixados nas margens do corporate governance, ou mesmo além delas. Pode, assim, e por força do foco quase exclusivo do corporate governance na protecção dos accionistas, considerar-se já implementada, nos termos gerais e numa grande maioria das empresas, uma cultura de governance bastante apurada e incorporada pelos agentes societários no que respeita à protecção dos interesses dos accionistas, bem como uma efectiva implementação de boas práticas nesta matéria. Contudo, o governo das sociedades, enquanto mecanismo de gestão de problemas de agência e conflitos de interesses, implica necessariamente o alinhamento dos interesses entre os diversos stakeholders da sociedade a que diz respeito. É, pois, necessário reequacionar os vários interesses envolvidos em qualquer sistema de governance e ajustar a abordagem, considerando também, para além da posição dos órgãos de gestão e dos accionistas, a posição de outros stakeholders na sociedade comercial, numa dupla e diferente perspectiva: na perspectiva do impacto da respectiva actuação no governo da sociedade; e na perspectiva (inversa) do impacto que o governo da sociedade (ou, em alguns casos, o seu “desgoverno”) pode ter na situação jurídica e patrimonial de alguns desses stakeholders”. Ver: GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit., pp. 362-363. Itálicos nossos. Esta realidade aplica-se à grande maioria das empresas, “aquelas em relação às quais se aplica a maioria dos princípios de corporate governance, desenvolvidos essencialmente no quadro das sociedades com o capital admitido à negociação em mercado regulamentado (sociedades cotadas, sem prejuízo das opções de cada jurisdição quanto à configuração do âmbito subjectivo de aplicação destes princípios, os quais adquiriram uma vocação expansiva e cuja aplicação, com as necessárias adaptações, se equaciona hoje em relação a outro tipo de sociedades (e.g., não cotadas) e organizações”. Ver: PAULO CÂMARA, O Governo das Organizações. A Vocação Expansiva do Corporate Governance, Coimbra, Almedina, 2012, p. 28118.

financeiro global. Sem surpresa, os modelos prudenciais de avaliação do risco sistémico têm vindo a impor (mais) limites e cautelas adicionais³¹ no que tange à concessão de crédito às empresas.

1.2.2 (O “TERCEIRO PODER” E) O PAPEL ACTIVISTA DOS CREDORES CONTROLADORES (ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS) QUE TOMAM DECISÕES EMPRESARIAIS QUE ESTÃO NA BASE DA PRÁTICA DE CRIMES: A DEPENDÊNCIA DO FINANCIAMENTO BANCÁRIO E A RATIO LEGIS SUBJACENTE À PENA ACESSÓRIA DE PROIBIÇÃO DE CONTRACÇÃO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO COM RECURSO A CLÁUSULAS DE GARANTIA OU DE SEGURANÇA

É com este pano de fundo que floresce a asserção de que o papel activista dos credores controladores (veros administradores de facto indirectos) tem origem no aumento exponencial da dependência de financiamento bancário por parte das sociedades comerciais, aliado ao facto de estas estarem altamente endividadas — em larga medida devido à sua limitada autonomia financeira.

Da polaridade dialéctica entre o excessivo endividamento das sociedades comerciais e a diluição do papel dos administradores de direito na condução dos destinos funcionais da sociedade comercial resulta a preponderância funcional do papel activista dos financiadores (credores controladores e veros administradores de facto indirectos) na actividade e no governo da sociedade comercial financiada; esta, por seu turno, pouco mais poderá fazer a não ser subjugar-se a este “terceiro poder” em virtude da sua extrema dependência financeira e da posição de subjugação funcional relativamente àqueles³².

A concessão do financiamento bancário por parte dos credores controladores vem frequentemente acompanhada da aposição de cláusulas de garantia ou de segurança (v.g. covenants), de que falaremos adiante.

Torna-se, assim, necessária a criação de um mecanismo jurídico que impeça a funcionalização do financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança (v.g., os covenants), como veremos adiante.

A (futura) pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança destina-se a impedir que a pessoa colectiva arguida recorra ao financiamento bancário para inutilizar o efeito prático da aplicação da pena principal de encerramento definitivo do estabelecimento comercial, que não tem paralelo no direito comparado.

Inutilização prática que aconteceria por duas vias alternativas (e, por vezes, cumulativas): i) a pessoa colectiva arguida recorreria (novamente) ao financiamento bancário como forma de eliminar o “carácter impositivo da pena” (ANDRÉ LAMAS LEITE³³) e transferi-lo-ia, indirectamente, para os credores controladores (administradores de facto indirectos), violando, assim, o princípio da personalidade da pena (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa); ii) o recurso ao financiamento bancário serviria para frustrar a efectividade e eficácia prática da pena principal de encerramento definitivo do estabelecimento comercial, que continuaria a funcionar de “portas semi-abertas” (comprando mercadorias a fornecedores, pagando salários aos funcionários e vendendo ao público, sempre de forma essencialmente oculta e sub-reptícia).

A decisão de recurso ao financiamento bancário não é desprovida de alguma racionalidade económica. E é mesmo

31 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista””, cit., p. 164.

32 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit., pp. 363-365.

33 O que constitui o símbolo máximo e concretização do seu (alto) ius puniendi soberano, que confere ao Estado-Juiz o controlo exclusivo (ilimitado e insindicação?) das funções de administração da justiça penal, segurança e manutenção da ordem pública. Ver: ANDRÉ LAMAS LEITE, “Nova Penologia”, Punitive Turn e Direito Criminal: Quo Vadimus? Pelos Caminhos da Incerteza (Pós) Moderna”, in: Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e PolíticoCriminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünfeld, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 419.

uma necessidade imperiosa para acorrer a falhas (pontuais ou estruturais) de tesouraria. Essa é, no fundo, a razão pela qual as sociedades comerciais recorrem ao financiamento bancário em situações de crise.

A decisão de recurso ao financiamento bancário, a modalidade da sua obtenção, e demais decisões empresariais que gravitam em torno da vida do crédito, constituem decisões empresariais de gestão da sociedade comercial, e, por isso, serão, em princípio, da competência funcional do órgão de administração³⁴.

É consabido que, num cenário ideal, os accionistas deveriam estar inteirados dos projectos funcionais que necessitam de investimento adicional como o próprio órgão de administração da sociedade comercial³⁵.

Sucede, porém, que as várias lacunas de informação e o absentismo endémico (e sistémico) que caracteriza de grande parte dos accionistas das sociedades comerciais, particularmente aqueles que não possuem uma participação social relevante no seio da sociedade comercial, propiciam o aumento (e a proliferação) de decisões empresariais oportunistas e imediatistas dos administradores de direito das sociedades comerciais³⁶. Principalmente no que respeita ao desenvolvimento ou financiamento de projectos que, não raro, se revelam danosos (mesmo ruinosos a longo prazo) para a sociedade comercial financiada³⁷.

Este estado de coisas propicia o papel activista dos credores controladores no seio das sociedades comerciais financiadas. Porquanto, entre os stakeholders envolvidos no governo das sociedades (corporate governance) — os accionistas e a administração — os financiadores e credores controladores (as entidades bancárias) assumiram, nos tempos hodiernos, uma importância fundamental³⁸.

Isso significa uma diluição (e diminuição da) intervenção dos accionistas e do órgão de administração no governo societário (corporate governance). Isso também significa, natural e necessariamente, que os credores controladores (veros administradores de facto indirectos, como veremos), que tomam decisões empresariais das quais frequentemente resultam a prática de crimes no seio da sociedade comercial financiada, assumam como um terceiro poder dentro das sociedades comerciais financiadas³⁹.

Fenómeno em relação ao qual a responsabilidade penal das pessoas colectivas não poderá deixar de prestar a devida atenção. O que faremos nas secções que se seguem.

1.2.2.1. A “PRESSÃO DE FACTO” DOS CREDITORES CONTROLADORES E A SUA INFLUÊNCIA DECISIVA NA TOMADA DE DECISÕES EMPRESARIAIS QUE AFECTAM O DESTINO DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA

Tendo como pano de fundo o que acaba de ser dito, vislumbra-se um cenário de forte dependência das sociedades comerciais financiadas dos fluxos de financiamento bancário.

O que propicia, como vimos, a criação, desenvolvimento e proliferação de situações de poder e controlo exercidas pelos financiadores bancários (credores controladores e administradores de facto indirectos) que não são acompanhadas de correspondentes mecanismos de transparência e protecção dos accionistas (minoritários) contra a influência decisiva dos

34 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit.

35 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit.

36 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., p. 166.

37 CHARLES K. WHITEHEAD, “Creditors and Debt Governance”, in: Cornell Legal Studies Research Paper No. 01104, 2011, disponível em <http://ssrn.com> (acesso em 30 de maio de 2021).

38 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit.

39 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit., p. 362.

credores controladores⁴⁰.

Esta influência (tantas vezes nefasta) pode actuar, desde logo, através da pressão de facto exercida pelos potenciais financiadores (e potenciais credores controladores) sobre a sociedade comercial (v. g., as entidades bancárias), impondo-lhe, de modo directo ou indirecto, um conjunto alargado de condições para a concessão do financiamento bancário⁴¹. Que, normalmente, assumem a forma de covenants (positivos ou negativos), como veremos adiante.

A pressão de facto exercida pelas entidades bancárias (potenciais financiadores, potenciais credores controladores e, para o que aqui nos interessa, administradores de facto indirectos) assume formas várias. Uma das formas mais frequentes é o financiamento bancário mediante colocação de títulos de dívida (obrigações ou outros instrumentos financeiros mais complexos) junto de um potencial financiador (normalmente um investidor institucional) sobre o qual impendem, por seu turno, deveres fiduciários e obrigações de rigor e racionalidade nos investimentos/financiamentos a que procede⁴².

Está bem de ver que o financiador bancário (credor controlador ou administrador de facto indirecto) encontra-se em situação favorável para tomar decisões empresariais que assumirão um papel primordial nos destinos da pessoa colectiva financiada.

O credor controlador ou administrador de facto indirecto está em condições favólicas para exigir da sociedade comercial financiada a assunção de determinados compromissos financeiros ou mesmo várias alterações ao nível da administração da sociedade comercial financiada. O mesmo se diga das políticas de investimento interno e externo, do modelo de negócio oferecido ao público ou até da estruturação da dívida global⁴³.

1.2.2.2. O FINANCIAMENTO COM RECURSO A CAPITAL PRÓPRIO E O FINANCIAMENTO COM RECURSO A CAPITAL ALHEIO (DE CURTO E LONGO PRAZO): PRÓLOGO DA QUESTÃO DO GOVERNO SOCIETÁRIO POR PARTE DAS ENTIDADES BANCÁRIAS ATRAVÉS DOS COVENANTS

O financiamento das sociedades comerciais brota de duas fontes: o capital próprio e o capital alheio⁴⁴. O primeiro (capital próprio) resulta das entradas dos sócios e das reservas da sociedade comercial⁴⁵ (e resulta, igualmente, dos ágios,

40 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder", cit., p. 369; INÊS SERRANO DE MATOS, "Debt governance — o papel do "credor activista"", cit., p. 166. As fontes de financiamento com recurso a capital alheio assumem fontes diversificadas. A doutrina aduz, neste contexto, à dupla função de instrumentos de financiamento de dívida com características de instrumentos de capital para alguns efeitos prudenciais. Ver: ORLANDO VOGLER GUINÉ, "O financiamento de sociedades por meio de instrumentos financeiros híbridos", in: I Congresso do Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 7594.

41 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder", cit., p. 369.

42 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder", cit., p. 369.

43 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder", cit., p. 369.

44 INÊS SERRANO DE MATOS, "Debt governance — o papel do "credor activista", cit., p. 166.

45 Como é consabido o lucro distribuível — conceito recortado a contrario a partir do conceito impreciso-tipo de lucro não distribuível — determina-se com base na subtracção ao lucro do exercício: i) dos montantes estritamente necessários para a cobertura de prejuízos patrimoniais transitados de exercícios anteriores; ii) uma vigésima parte é directamente canalizada para a constituição da denominada reserva legal; iii) dos montantes estritamente necessários para a amortização de despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento da sociedade comercial (excepto se a quantia monetária respeitante às reservas livres e aos resultados financeiros do exercício transitados for, pelo menos, igual ao dessas despesas não amortizadas); e iv) dos montantes necessários para formação/constituição/manutenção de reservas estatutárias, nos termos tipificados no contrato de sociedade comercial. Como também é consabido, para além da conhecida reserva legal de lucros, são ainda apodadas de reservas legais — as denominadas reservas legais especiais — a reserva de prémios de emissão ou ágios, a reserva de saldos positivos do exercício. Para além da reserva legal, os sócios poderão ainda preceituar a obrigação de constituir (formação quase-legal?) outras reservas mediante a tipificação no contrato de sociedade comercial — as denominadas reservas estatutárias — e a sociedade pode também obrigar-se a constituir outras reservas por via de convenções contratuais celebradas com terceiros — as denominadas reservas contratuais. Em cada exercício social pode ainda ser deliberada a constituição/formação de reservas específicas, com ou

lucros do exercício transitados e das prestações suplementares). O capital próprio tem como particularidade o facto de fornecer à sociedade comercial meios financeiros⁴⁶ para laborar no giro comercial através dos seus sócios⁴⁷; não garantindo a estes, porém, qualquer remuneração certa pela concessão desses capitais⁴⁸. Trata-se, no essencial, de um mero crédito subordinado em caso de insolvência (fortuita ou culposa) da sociedade comercial⁴⁹.

No caso do financiamento por capitais alheios, o dinheiro é mutuado à sociedade comercial por terceiros, por um período temporal pré-determinado. Mediante uma remuneração certa e juros remuneratórios. No âmbito dessa segunda categoria (financiamento por capitais alheios) é possível distinguir-se entre os meios financeiros de curto prazo (nomeadamente, o crédito concedido pelos fornecedores, letras, livranças, project finance, joint venture) ou de longo prazo (designadamente, o mútuo ou empréstimo bancário)⁵⁰.

O financiamento por capitais alheios traduz-se, normalmente, na concessão do mútuo ou empréstimo bancário, que confere à entidade bancária, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art.º 405.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), um poderoso instrumento de “activismo societário”⁵¹ no seio da pessoa colectiva (financeiramente) intervencionada.

Instrumento que permitirá à entidade bancária (credor controlador) controlar e, essencialmente, influenciar decisivamente as decisões empresariais da sociedade comercial financiada. Fenómeno particularmente relevante no modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva. Na medida em que a fundamentação da responsabilidade penal da pessoa

sem uma finalidade predefinida — as reservas livres. No entanto, como também se consabe, apenas metade do lucro distribuível poderá ser distribuído e levado à rubrica das reservas livres (ver, por exemplo, art.º 217.º e art.º 294.º, do Código das Sociedades Comerciais). Tanto a reserva legal de lucros, como as reservas livres, contratuais e estatutárias resultam de uma decisão (livre e esclarecida) de não distribuição de lucros por banda dos sócios. Denota-se, ainda, a existência de um outro tipo de reservas: as denominadas reservas ocultas, que não são, normalmente, absolutamente visíveis no (e pelo) balanço. Como se consabe, a sua constituição resulta de um processo (que, frequentemente, é apodado de “clandestino”), que, normalmente, consiste na “subestimação exagerada” no balanço dos elementos que compõem o activo da sociedade comercial (v. g., amortizando, de forma hiperbolizada e inflacionada, o activo imobilizado, ou qualificando como incobráveis algumas dívidas de stakeholders que gravitam em torno do universo de transacções comerciais da pessoa colectiva. As reservas ocultas também poderão ser constituídas através da sobrevalorização do passivo (v. g. criando provisões inflacionadas para cobrir riscos e encargos de ocorrência muito duvidosa e, por isso, muito diluídos no que tange ao “se” e ao “quando”). Ver: PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social — Noção, Princípios e Funções*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2004, pp. 48 e ss e passim, que seguimos de muito perto; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 41 e ss e passim; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2009, passim; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Cobertura de prejuízos sociais transitados e reservas de prémios de emissão”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II: *Direito Privado*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Iuridica*, 91, Ars Iuridicandi, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 78 e ss e passim; JOANA FREIRE ALMEIDA, “Capital social, reservas e suprimentos, função e papel na cobertura de prejuízos”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII 2015, Número 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 835866. O regime jurídico do lucro distribuível avoca uma dimensão negativa e uma dimensão positiva. A dimensão negativa traduz-se no facto de que o lucro distribuível não se destina a impor aos sócios uma certa e determinada aplicação aos lucros granjeados pela sociedade comercial. A dimensão positiva significa que o conceito normativamente recortado de lucro distribuível visa depurar daquele excedente financeiro (do património líquido face ao capital e reservas de toda a sorte) aquela fracção que não constitui, de facto, lucro. A noção de lucro distribuível configura, antes, um mecanismo através do qual os sócios determinam o montante que deverá ser obrigatoriamente retido pela (e na) sociedade comercial, como se se tratasse de uma quota indisponível. Seguimos de muito perto: PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Capital e património sociais, lucros e reservas”, in: *Estudos de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 204. Por essa razão, são muito usuais na doutrina portuguesa as distinções dogmáticas entre lucro directo e lucro indirecto; entre lucro objectivo e lucro subjectivo; e entre lucro do exercício e lucro final. Ver: FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas da sociedade anónima*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 3338 e passim; JOÃO MIGUEL ASCENSO, “As sociedades não lucrativas. Breve análise do direito dos sócios ao lucro”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III 2011, Número 3, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 846 e ss e passim.

46 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avaes de sócios de sociedades comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 11, 2014, pp. 1334.

47 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., p. 166.

48 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., p. 166.

49 ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades por Emissão de Obrigações*, Lisboa, *Quid Juris?*, 2002, pp. 18 e ss e passim.

50 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., pp. 166-168.

51 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., pp. 166-168 e passim, que seguimos de muito perto neste apartado temático.

colectiva arguida depende dos factos de conexão das pessoas singulares. No caso concreto: o dos credores controladores qualificados como administradores de facto indirectos. Porém, e como veremos adiante (ponto 2. a ponto 2.2.1.), essa responsabilidade penal – imputada, em primeira linha, à sociedade comercial financiada – deverá ser transferida para os credores controladores convertidos/qualificados, por via do critério de hétéro-gestão de facto, como administradores de facto indirectos da sociedade comercial financiada. Para lá se remete o leitor interessado.

Esse instrumento de gestão bancária (que permite aos credores controladores ou administradores de facto indirectos controlar e influenciar a sociedade comercial financiada) denomina-se covenants.

Os covenants consistem em obrigações acessórias (à obrigação principal de restituição do capital mutuado, acrescido de juros) para a sociedade financiada, positivas ou negativas, conforme imponham ou proíbam determinadas condutas⁵².

1.2.2.2.1. A FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS DE SEGURANÇA OU DE GARANTIA (OS COVENANTS): FORMA DE CORPORATE GOVERNANCE POLARIZADA NOS CREDORES CONTROLADORES DESTINADA A CONTROLAR E A INFLUENCIAR A TOMADA DE DECISÕES EMPRESARIAIS NO SEIO DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA

Estes instrumentos de financiamento bancário — os covenants — conferem, de facto, à entidade bancária um assinalável poder de influência sobre a sociedade comercial financiada. Tal poder de influência traduz-se na inserção de determinadas estipulações contratuais inseridas no contrato de financiamento (covenants) que estabelecem adstringentes deveres funcionais a cargo da sociedade comercial financiada. Essas estipulações contratuais destinam-se a prevenir a redução do valor patrimonial da mesma e, principalmente, a evitar a insolvência (e, por isso, a insolvabilidade financeira) da sociedade comercial financiada⁵³.

A função dos covenants⁵⁴ passa, no essencial, por limitar severamente a forma como o devedor (a sociedade comercial financiada) dirige ou orienta estrategicamente o seu negócio, permitindo simultaneamente ao credor controlador (a entidade bancária) um controlo efectivo sobre a tomada de decisões empresariais daquela⁵⁵.

52 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista””, cit., pp. 166-168.

53 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista””, cit., pp. 166-168, que seguimos de muito perto.

54 Os covenants, ou mais amplamente, as cláusulas de garantia e segurança, diferem das tradicionais garantias pessoais ou reais que actuam como garantias como um meio ou como objecto de satisfação do crédito. As cláusulas de garantia e segurança (i.e., os covenants), nos antípodas, inserem-se na noção genérica de garantia. Porquê? Essencialmente porque se traduzem em meios de pressão para, de uma forma suave e maviosa, guiar a sociedade comercial financiada no sentido do pagamento integral da sua dívida. Por outro lado, a satisfação do crédito do credor controlador (o administrador de facto indirecto) não dispensa da colaboração do devedor (a sociedade comercial financiada ou a pessoa colectiva arguida).

De tal facto se infere que os covenants funcionam como importante meio de pressão para guiar o devedor no sentido do cumprimento. De contrário, haverão consequências gravosas para o devedor. Nomeadamente, as que resultam da violação dos termos contratuais inseridos nos covenants. De entre os quais se enumera a possibilidade de a entidade bancária enveredar pelo caminho da “exigibilidade antecipada ou de vencimento imediato”. Nisto se traduz, no essencial, no seu plus. Os covenants visam, entre muitas finalidades essenciais, garantir o pagamento integral da dívida e prevenir a insolvência da sociedade comercial financiada, que frustraria, no essencial, a solvabilidade funcional da mesma. Ver: JOANA PEREIRA DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a “pari passu” a “negative pledge” e a “cross default”, in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume IV, Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1019-1020.

55 A doutrina chama ainda à atenção para o poder indirecto de terceiros envolvidos na relação de crédito e para o impacto dos instrumentos derivados financeiros de crédito no governo das sociedades comerciais. Fá-lo da seguinte maneira: “O poder dos financiadores é “alavancado” quando estes contratam instrumentos de protecção do crédito concedido à sociedade com terceiros (Credit Default Swaps). Desde logo a compra pelo financiador de uma sociedade comercial de um derivado de crédito a um terceiro tem um efeito principal de transferência do risco de crédito para o vendedor do instrumento de protecção do crédito (hedger). Este, sendo juridicamente alheio à relação principal de crédito que se estabelece entre a sociedade e o seu financiador, adquire, por força da venda daquela protecção, uma posição económica e jurídica permeável às vicissitudes da sociedade financiada e

1.2.2.2.2. TIPOS DE CLÁUSULAS DE SEGURANÇA OU DE GARANTIA: OS COVENANTS POSITIVOS E OS COVENANTS NEGATIVOS

Os covenants podem ser positivos (se condensarem um dever de actuação funcional por parte da sociedade comercial financiada).

Os covenants podem ser negativos (se proibirem terminantemente uma determinada conduta funcional da sociedade comercial financiada).

Ambos têm como objectivo primordial garantir que a sociedade comercial financiada continue a ser capaz de cumprir as obrigações (financeiras e gestionárias) vertidas no contrato de mútuo bancário ou no financiamento bancário. E que, essencialmente, a sociedade comercial financiada não pratica actos de gestão que prejudiquem a sua capacidade de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas perante o credor controlador⁵⁶.

Daqui resulta uma consequência lógica: quanto mais adstringente for o contrato de financiamento bancário (covenants) e as cláusulas de segurança ou de garantia que tipicamente a acompanham, maior será o grau de ingerência do credor controlador na gestão (ordinária e extraordinária) da sociedade financiada.

Pelo que maiores serão as possibilidades de, no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva, os

da relação de crédito por ela estabelecida com o seu financiador, por sua vez contraparte do terceiro na relação de cobertura, na medida em que qualquer evento de crédito se repercute, por Credit Default Swaps (CDS, na sua esfera jurídica. Nessa medida, o originador do CDS adquire, com a sua venda, um incentivo ao envolvimento activo na gestão da sociedade financiada pela sua contraparte no contrato de derivado de crédito. A utilização de derivados de crédito nas relações de financiamento introduz efectivamente uma “novidade na gestão do risco de crédito”, na medida em que se separa o risco económico de um empréstimo — que é assumido pelo vendedor do CDS, e não pelo financiador directo — dos riscos jurídicos do incumprimento, se mantêm na esfera jurídica do credor. Esta separação/dissociação introduz um forte mecanismo à negociação informal, entre o financiador e a sua contraparte no derivado de crédito, da repartição entre eles dos direitos e da influência que resultam do contrato de crédito subjacente, já que a parte que vende a protecção tem todo o interesse em adquirir para si uma parte do poder de controlo sobre o crédito, de modo a “gerir o seu risco”. A transferência para essa contraparte, através de negociações informais, de uma parte do poder de influência sobre o crédito e sobre a gestão, o governo e a estratégia da sociedade devedora permite por sua vez ao financiador obter a protecção através de um derivado de crédito por um preço reduzido, incentivando-o nessa medida a transferir para a contraparte, para além do risco do crédito, algum desse poder de influência sobre a sociedade devedora. Nessa e em situações limite, a contratação de derivados de crédito, com a transferência do risco para a contraparte do financiador, pode conduzir a fenómenos de empty creditor, com a destruição dos incentivos do credor para proceder a uma gestão eficiente do “risco do crédito” e a respectiva desresponsabilização no que respeita ao governo da dívida, que pode atingir situações limite, como o desencadear da insolvência do devedor com o simples objectivo de obter antecipadamente o pagamento da protecção nesses casos pelo derivado de crédito”. Ver: GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit., p. 376; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

56 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 986). Elenca-se tradicionalmente um conjunto de covenants típicos. De entre os quais se destacam: i) cláusulas de prestação de informação (a sociedade comercial financiada deverá fornecer ao credor toda a documentação atinente à prestação de contas, “das comunicações que formalmente sejam dirigidas aos accionistas e qualquer outra informação que o credor, segundo um critério de razoabilidade, venha a exigir”; ii) cláusulas que preceituam os denominados events of default (que se traduz essencialmente no seguinte: verificado determinado evento préestabelecido no contrato de mútuo ou no contrato de financiamento bancário, v. g., o não cumprimento reiterado de qualquer obrigação financeira emergente do contrato de financiamento bancário, o crédito vencesse antecipadamente); iii) cláusulas que se destinam a garantir, no essencial, a solvabilidade da sociedade comercial financiada ou intervencionada (a sociedade comercial financiada deverá assegurar que o conjunto dos seus activos é superior ao conjunto dos seus passivos, ou obrigar-se a cumprir reiteradamente um concreto e determinado rácio de activos vs. passivos); iv) cláusulas relativas à disposição de bens ou mudança de objecto social (a sociedade comercial financiada está inibida de dispor ou transmitir os seus bens sem o consentimento expresso do credor controlador; aplicando-se a mesma proibição à mudança de natureza ou de forma como o seu negócio é gerido, que se encontra subordinado ao consentimento do credor controlador); v) cláusulas que proíbem a oneração do património social da sociedade comercial financiada (a sociedade comercial financiada não poderá, de qualquer forma, onerar o seu património social com novas garantias – pessoais ou reais – que vulnerarem a posição patrimonial do credor controlador). Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (pp. 986 e ss), que seguimos de muito perto; EILÍS FERRAN/LOOK HO, *Principles of Corporate Finance Law*, 2nd Editions, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 282 e ss e passim; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, I (2009), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 95133, pp. 103 e ss e passim, que seguiremos de muito perto.

credores controladores (qualificados como administradores de facto indirectos) serem jurídico-penalmente responsabilizados pelas decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do crime no seio da sociedade comercial financiada. Como veremos nos pontos 2. a 2.2.1.1. deste texto. Para lá se remete o leitor interessado.

Na medida em que o financiamento bancário através de atribuições patrimoniais e/ou garantias contratuais na decorrência de contratos de financiamento bancário celebrados com entidades bancárias (covenants) oferece a estas últimas um nível de ingerência na gestão e no governo da sociedade financiada mais forte⁵⁷.

Mais ainda: dependendo das cláusulas de garantia ou segurança (covenants) inseridas nos contratos de financiamento bancário, a influência do credor controlador na gestão empresarial da sociedade financiada pode “perdurar ao longo de toda a vida do crédito ou mesmo após o seu vencimento, com ou sem reembolso”⁵⁸.

Isso significa que o credor controlador se encontra, atendendo à natural dependência da sociedade comercial financiada do financiamento bancário, numa posição particularmente privilegiada para configurar à relação creditícia o concreto conteúdo que bem lhe aprouver. Seja através da imposição unilateral de alterações imediatas nas estruturas ou nas opções de gestão⁵⁹, anteriores e altamente condicionantes da concessão de financiamento bancário, seja através da inserção (unilateral) de cláusulas contratuais que atribuem ao credor controlador um conjunto de direitos, liberdades, prerrogativas e garantias funcionais sobre a gestão e/ou governo da sociedade durante toda a vigência do crédito⁶⁰.

Against this background, é razoavelmente claro que o modelo do financiamento societário está a enfrentar os efeitos da diluição da (seminal e tradicional) separação formal entre financiamento por capitais⁶¹ próprios (financiamento interno⁶²) e financiamento por capitais alheios (financiamento externo)⁶³. Efeitos que são a causa directa e necessária

57 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit., que seguimos de muito perto.

58 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit.

59 Esta situação de sujeição da sociedade comercial financiada perante o credor controlador (instituição bancária) é particularmente clara nos casos de leveraged finance.

É usualmente aduzido que o financiamento da sociedade comercial em situação financeira particularmente difícil é efectuada (e efectivada) com recurso a montantes, em regra, muito superiores aos considerados average para a sociedade comercial financiada. O que, por si só, gera uma dívida social muito grande. O que implica, igualmente, um risco de insolvabilidade e de default muito elevado. O facto de se tratar de uma dívida de alto risco confere um conjunto de prerrogativas (gestionárias e funcionais) ao credor controlador (entidade bancária). Compreende-se que assim seja: a sociedade comercial financiada precisa de dinheiro fresco e rápido. Isso, por si só, cria um conjunto de oportunidades gestionárias para o credor controlador (entidade bancária, que encontra nos pedidos de financiamento bancário um mar de oportunidades para tomar o controlo efectivo da sociedade comercial financiada). Acrescento nosso: abrindo várias lacunas de punibilidade caso os credores controladores (quando qualificados como administradores de facto indirectos) não sejam responsabilizados pela tomada de decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do crime por parte da pessoa colectiva arguida (sociedade comercial financiada. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, Almedina, reimpressão da 2.ª edição de 2015, 2017, pp. 2425; DIOGO COELHO, “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores — Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores Financiadores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 796.

60 GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, cit., p. 372.

61 PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2010.

62 RUI PINTO DUARTE, “Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos”, in: *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 238-253.

63 A (perceived) revolução dos derivados financeiros — com a consequente divulgação e explosão de equity swaps e outros derivados financeiros negociados ao balcão e o crescimento exponencial do mercado de empréstimo de participações sociais que tornaram extraordinariamente mais fácil e mais barato separar (funcionalmente) a propriedade económica e poder de voto — tornou, nos termos anteriormente expostos, possível (e fazível) que outsiders (pessoas desprovidas de quaisquer interesse económicos na sociedade comercial em questão) exerçam o voto e que insiders (pessoas com interesses económicos na sociedade comercial em questão) obtenham (muito) mais votos do que a propriedade económica. Adquirindo, destarte, uma influência amplamente desproporcionada no seio da sociedade comercial em questão. Trata-se de situações típicas, em síntese, em que a titularidade dos valores mobiliários (ou participações sociais) surge divorciada (e extirpada) do resultado económico-financeiro (ou seja: o risco de investimento, que se transfere totalmente para a esfera jurídica de terceiro, mediante a criação de um programa contratual colimado a disciplinar normativa a actuação funcional do intermediário financeiro na vigência do programa contratual). Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a

das enormes possibilidades de influência na gestão empresarial da sociedade comercial financiada que os contratos de concessão de crédito bancário atribuem ao credor controlador (entidade bancária), seja em termos meramente formais (v. g. covenants)⁶⁴ ou em termos meramente fácticos. Efeitos deletérios para a tradicional ligação funcional entre propriedade e capital que atribui ao poder activista dos credores controladores um sistema de “corporate governance externa”⁶⁵. E que obriga à construção de mecanismos de responsabilização penal dos credores controladores⁶⁶. Como a extensão aos credores controladores convertidos como administradores de facto indirectos, no modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectiva⁶⁷, quer da responsabilidade penal das pessoas colectivas, quer da responsabilidade civil subsidiária passiva e responsabilidadesolidária passiva por facto próprio. Como a própria disgorgement⁶⁸ dos ill-gotten funds emergentes da

propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: Revista de Direito das Sociedades em Revista, Ano IV 2012, número I, 2012, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 56-61 (p. 57), que seguimos de muito perto.

Esta questão entrecruza-se com a (candente e seminal temática da) titularidade indirecta de valores mobiliários e sobre o exercício de direitos de voto nas sociedades cotadas e abertas. Ver: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Novas regras sobre assembleias gerais: a reforma de 2010”, in: Revista de Direito das Sociedades, Ano II (2010), Números 1/2, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 32-33; TIAGO ARNOULD, “O destaque do direito aos lucros: esvaziamento do direito de voto e titularidade oculta”, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS, Ano V 2013, Números 1/2, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 370-372; ANDRÉ FIGUEIREDO, O negócio fiduciário perante terceiros. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 405 e ss e passim.

Esta questão interliga-se, igualmente, com a questão da determinação da legitimidade do acionista para o exercício do direito de voto com referência a uma data de registo. Ver: NICOLA DI LUCA, “Titolarità vs. Legittimazione: a proposito di record date, empty voting e “proprietà nascosta” di azioni”, in: Rivista di diritto societario 2010/2012, 2012, pp. 312 e ss e passim; DIRK ZIETSCHE, “Shareholder Passivity, Cross Border Voting and The Shareholder Rights Directive”, in: Journal of Corporate Law Studies, Volume 82, 2008, pp. 291 e ss e passim; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de aliança luso-americana?”, in: Revista de Direito das Sociedades, Ano VI 2014, Número 2, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 411-433.

64 Em resumo, os covenants (ou, mais prosaicamente, as cláusulas de garantia e segurança) mais comuns, são: i) as cláusulas que obrigam a sociedade comercial financiada à observância de estritos deveres de informação; ii) cláusulas limitam a capacidade de investimento da sociedade comercial financiada; iii) cláusulas que obrigam a sociedade comercial financiada à observância de estritos limites quanto ao financiamento; iv) cláusulas que determinam a restrição da capacidade de disposição de activos sociais; v) cláusulas limitativas de alterações fundamentais no desenho estatutário e funcional da sociedade comercial; e vi) cláusulas que limitam drasticamente a distribuição de dividendos. Ver: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., p. 172; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, in: Direito das Sociedades em Revista, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 231-283 (pp. 239 e ss), que seguimos de muito perto.

65 Lapidamente: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., p. 172; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, cit., pp. 231-283 (pp. 239 e ss.); WOLFGANG SERVATIUS, Gläubigereinfluss durch covenants, Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 1-657 (passim).

66 INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista”, cit., pp. 172 e ss.

67 Sobre a personalidade jurídica da pessoa colectiva: JORGE DE COUTINHO DE ABREU, “Personalité morale, subjectivité juridique et entreprises”, in: Revue Internationale de Droit Économique, 1996, pp. 178 e ss e passim.

68 A disgorgement tem tradição jurídica no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau e de Portugal. O art.º 11.º da Lei n.º 10/2012 contém um afloramento da categoria doutrinal norte-americana da disgorgement. Previsto igualmente, com as devidas adaptações, no art.º 180.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal. O art.º 11.º da Lei n.º 10/2012 e o art.º 200.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau acabam por ser, igualmente, um afloramento da categoria doutrinal francesa da faute lucrative. À luz do art.º 180.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, a sociedade em nome colectivo pode pedir que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos financeiros. No direito gaulês, o art.º 54.º do (antigo) Projecto Terré (sobre a reforma da responsabilidade civil) previa expressamente a restituição do montante ilicitamente obtido através da faute lucrative cometida intencionalmente pelo prevaricador. A doutrina francesa, em comentário a essa norma, aludia expressamente à necessidade de restituição integral dos lucros ilícitos. Que deveria ser feita no desenho funcional da responsabilidade civil. Completamente separada dos danos punitivos e das penas civis. Ver: RODOLPHE MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son regime”, in: La Semaine Juridique, 2012, pp. 1017 e ss e passim; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, in: Cadernos de Direito Privado (CDP, N.º 50, Abril/Junho 2015, Braga, Cejur, 2015, pp. 322, que seguimos de muito perto.

No ordenamento jurídico de Sua Majestade, sempre que haja uma violação grosseira do obligation of loyalty emerge uma obrigação legal de restituição dos lucros (o account of profits) ou o disgorgement. Tal como foi expressamente aduzido, no longínquo ano de 2000, no caso Attorney General v. Blake, Jonathan Cape Ltd o disgorgement avoca tem uma natureza muito próxima da punição. Pelo contrário, nos denominados proprietary torts, os tribunais de Sua Majestade atribuem ao lesado os chamados restitutionary

faute lucrative⁶⁹. Entende-se que assim seja: a empresa está, hoje, agrilhoadada a uma estrita (e estreita) responsabilidade social⁷⁰ (corporate social responsibility⁷¹) para com a comunidade sócio-cultural em que está inserida. A responsabilidade jurídico-penal da pessoa colectiva (mesmo a que emerge da administração de facto indirecta) fere de morte essa sought-after credibilidade social, sem a qual nenhuma empresa (pelo menos as que aspirem a uma vida longa no giro comercial) pode sobreviver.

1.2.3. OS CREDORES CONTROLADORES COMO ADMINISTRADORES DE FACTO E VEROS INSIDERS NA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA: ANTECÂMARA PARA OS TIPOS DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO QUE CONFEREM O CONTROLO E INFLUÊNCIA NA TOMADA DE DECISÕES EMPRESARIAIS

damages (por exemplo: o valor patrimonial equivalente a um bem furtado à vítima ou o valor patrimonial equivalente ao uso do bem aproveitado), que, não raro, são reconduzidos ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa. De tal facto se infere que as soluções restitutivas (por oposição às soluções retentivas) devem ser subsumidas no hemisfério do enriquecimento sem causa. Ver: JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, cit., pp. 3-22. A propósito do disgorgement, cruzando-a dogmaticamente com a obrigação de restituir que impende sobre os ill-gotten funds (lucros ilícitos) que foram (ilegitimamente) apropriados pelos administradores das sociedades comerciais, ver: MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a obrigação de restituir dos administradores”, in: I Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 353 e ss; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias”, in: RCJE, n.º 20, 2011, pp. 23 e ss; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual. A sua legitimação pelo dano, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, passim, que seguimos de perto.

Um outro sector da doutrina critica desabridamente o DCFR. Nomeadamente os arts.º 6: 104 do BW (que preceitua que o dano é determinado em função do lucro obtido) e o II.3:302 (4, VI.6:101 (4) (que condensa o pedido alternativo razoável atinente à “reparation/recovery of any advantage in connection with causing the damage”) e VII.5:102, 103, e 104 do DCFR. Afirma-se, a este respeito, que as soluções restitutivas (por oposição às soluções retentivas) dos lucros obtidos ilicitamente percebidos tipificados no Livro VI do DCFR não são as mais felizes. Na medida em que se fundam numa ficção de uma perda económica equivalente. Essa é a razão pela qual deveriam figurar no Livro VII (enriquecimento sem causa). Ver: ERIK MONSEN, “DCFR and restitution for wrongs”, in: ERPL, 4, 2010, pp. 813 e ss; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, cit., pp. 322, que seguimos de muito perto.

69 Na doutrina francesa: GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN/SUZANNE CARVAL, Les effets de la responsabilité, 4ª ed., Paris, LGDJ, 2017, passim (conexa à questão da liquidação em tema de responsabilidade civil contratual surgem as funções da responsabilidade civil. Que já não se cingem somente a um qualquer mecanismo de contabilização de danos. Hodiernamente, as funções da responsabilidade civil estendem-se muito para lá da mera função reparadora. A função restitutiva dos lucros ilícitos e, em certos casos, mais contados, dos próprios danos punitivos em situações típicas em sede das quais a alta censurabilidade da conduta do agente e a lesão de bens jurídicos essenciais à convivência comunitária resultem do facto ilícito típico começam, paulatinamente, a dar sinais de si. O debate sobre as funções da responsabilidade civil já se iniciou em Portugal. Ver: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, in: AGOSTINHO CARDOSO GUEDES/NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA (Coord.), Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 489-504 (defendendo abertamente o resgate do lucro ilícito dadas as manifestas insuficiências do enriquecimento sem causa e da própria artificialidade do instituto jurídico da gestão de negócios imprópria); Na doutrina francesa, NICOLAS RIAS, “Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard français)”, in: MALLET-BRICOUT (Coord.), sob a égide da Association HENRI CAPITANT, Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois, Paris, Dalloz, 2018, pp. 63-77 (em sentido conexo à nota de rodapé anterior, recorrendo sobre o sentido geral da reforma da responsabilidade civil extracontratual francesa e do Quebec, conferindo relevo às funções da responsabilidade civil. Principalmente, no que toca à restituição do lucro ilícito. Problemática sobre a qual que o legislador português do futuro deveria reflectir seriamente). Tal debate, como se disse, já se iniciou em Portugal. Por todos: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil Português”, in: Revista de Direito Civil (RDC), Ano IV (2019), Número 2, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 249 e ss.

70 CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas — Sinais de um instituto jurídico iminente?”, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ad Honorem — 4, Studia Iuridica 96, Organizador: Diogo Leite de Campos, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 856 e ss e passim.

71 M. NOGUEIRA SERENS, “Corporate Social Responsibility:” Vinho velho em odres novos”, in: Direito das Sociedades em Revista, outubro de 2013, Ano 5, Volume 10, Coimbra, Almedina, 2013.

Os contratos de financiamento bancário conferem aos credores controladores, como vimos, um poder de influência especialmente intenso. Este tema tem instado a doutrina⁷² a ponderar a configuração dogmático-legal dos credores controladores como verdadeiros administradores de facto⁷³ da sociedade comercial financiada⁷⁴.

Partilhamos do núcleo das preocupações verbalizadas pela doutrina. Adiante lançaremos as bases da construção doutrinal que atribui aos credores controladores a taxionomia dogmático-legal de administradores de facto indirectos para efeitos jurídico-penais. Para lá se remete o leitor interessado.

Acentua-se, mais uma vez, a relevância prática deste tema, que é clara: o controlo excessivo e desmesurado do credor controlador sobre a sociedade comercial financiada aproxima-o, significativamente, do acionista controlador (quasi-controlling shareholder)⁷⁵.

Transformando-o em um insider⁷⁶. Fazendo-o incorrer em um conjunto alargado de deveres e responsabilidades (v. g. os deveres fiduciários que vinculam os administradores das sociedades comerciais no modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas proposto para o Código Penal) equivalentes aos do verdadeiro (e próprio) credor controlador⁷⁷.

Fala-se a este respeito na existência de um perigo para a sociedade comercial financiada-devedora e os seus accionistas e demais credores” em tudo equivalente ao “perigo de grupo” (Konzerngefahr) (como, aliás, as sentenças dos tribunais norte-americanos nesta matéria comprovam largamente) com frequentes pedidos de responsabilização dos credores controladores pelas dívidas e actuações lesivas do devedor⁷⁸.

72 No modelo hodierno de financiamento externo das sociedades comerciais, os credores deixaram de ser, como vimos, meros financiadores indiferentes, non-chalant, silenciosos e (estranhamente) passivos. Pelo contrário. Passaram a ser, como vimos, credores controladores que “influenciam e condicionam activamente as opções de gestão da sociedade comercial”. Este tema tem suscitado vivo interesse da doutrina norte-americana e alemã. Não é difícil perceber a razão pela qual isso acontece. Se há área que tem merecido assinalável interesse (quicá perturbadoramente excessivo) no ordenamento jurídico estadunidense é o do controlo da sociedade comercial financiada pelos credores sociais. Em especial por instituições bancárias: a lender liability, que tem sido laboriosamente trabalhada a partir das (e com base nas) ideias seminais de controlo e de boafé, tem sido qualificada como uma das mais relevantes áreas do Direito dos Estados Unidos da América. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, in: Revista de Direito das Sociedades, Ano I, N.º 1, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 95-133, que seguimos de muito perto.

Sem surpresa, a delimitação das suas linhas programáticas reitoras (que passam pelos seminais conceitos de good faith, fraud, duress, tortious interference, breach of fiduciary duties) é um verdadeiro work in progress. Entende-se que assim seja: não existe, em rigor, um assinalável consenso no que tange ao conceito de controlo da sociedade comercial financiada pelo credor controlador. O mesmo se passa no direito alemão. Também no Direito alemão o tema não foi encerrado. Na ausência de uma agreed-upon noção de credor controlador, abrem-se à especulação doutrinal o quintessencial conceito de exercício efectivo do controlo da sociedade comercial financiada por oposição à mera susceptibilidade abstracta de influência nos destinos da sociedade comercial. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, cit., p. 96; WILLIAM LAWRENCE, “Lender control liability: an analytical model illustrated with applications to the relational theory of security financing”, in: Southern California Law Review, Vol. 62, 1989, pp. 1387-1447; MELISSA CASSEDY, “The doctrine of lender liability”, in: University of Florida Law Review, Vol. 40, 1988, pp. 206-207; BLUMBERG/STRASSER/GEORGEAKOPOULOS/GOUVIN, Blumberg on corporate groups, 2nd edition, 2005, vol. V, §§ 174 e ss e passim.

73 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 96.

74 WERNER F. EBKE/JAMES GRIFFIN, “Good faith and fair dealing in commercial lending transactions from covenant to duty and beyond”, in: Ohio State Law Journal, 1989, pp. 1237-1249.

75 Ver: JOHN HAAS, “Insights into lender liability: an argument for treating controlling shareholders”, in: University Pa. Law Review, Vol. 135, 1987, pp. 1321-1363 (1321); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 97.

76 BLUMBERG/STRASSER/GEORGEAKOPOULOS/GOUVIN, Blumberg on corporate groups, cit.

77 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 97.

78 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 97. A doutrina estadunidense tem registado uma tendência de excessiva responsabilização dos banqueiros (credores controladores, que acabam por funcionar como uma espécie de deep pocket. Ver: JAMES C. WINE, Lender liability under Iowa Law, in: Drake Law Review, 1990, pp. 645-687; J. DENNIS HYNES, “Lender liability: the dilemma of the controlling creditor”, in: Tennessee Law Review 1991, pp. 635-668 (667). A doutrina portuguesa chama à atenção para esse fenómeno; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 97.

1.2.3.1. MODALIDADES DE DOMÍNIO DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA PELOS CREDORES CONTROLADORES: LEVERAGED FINANCE, MEZZANINE FINANCE OU AQUISIÇÃO DE DÍVIDA DISTRESSED (DISTRESSED DEBT)

Para se captar o “admirável mundo novo” das modalidades de domínio da sociedade comercial financiada pelos credores controladores (a entidade bancária financiante), através da concessão de crédito bancário, que são assaz amplas, basta dar o exemplo paradigmático do leveraged finance, tal como a mezzanine finance ou aquisição de dívida distressed (distressed debt)⁷⁹.

Este tipo de financiamento bancário, particularmente quando se tenha em vista a tomada de controlo de uma sociedade comercial financiada, cria verdadeiramente uma ligação entre o “dador” de capital alheio e a pessoa colectiva, bem superior à que normalmente se verifica nas hipóteses de financiamento bancário tradicional⁸⁰.

Trata-se — nunca é demais vincá-lo — de financiamento bancário com montantes muito superiores aos que seriam apodados de normais para a sociedade comercial financiada, gerando, por acinte, uma dívida muito superior à habitual. Implica, desse modo, um risco financeiro também ele assaz elevado, com custos de financiamento bancário muito elevados⁸¹.

Por isso, esta tipologia de financiamento bancário tem em vista, normalmente, a obtenção de objectivos marcadamente temporários (v. g., aquisições financeiras, leveraged buy-outs, reaquisições de participações sociais⁸² e atribuição de lucros distribuíveis).

Envolvendo, tipicamente, dois tipos de produtos financeiros revestidos de alguma complexidade: i) os leveraged finance — especialmente os leveraged loans, com recurso a taxas de juro assaz elevadas, que reflectem o risco financeiro assumido pelo credor controlador, ii) high-yield/junk bonds, obrigações financeiras de elevado risco financeiro (e de elevado rendimento financeiro, usualmente qualificadas como muito especulativas), cujo rating é, normalmente, inferior ao grau de investimento (investment grade)⁸³.

Denota-se, por outro lado, a existência de um instrumento financeiro denominado de leveraged finance — particularmente os leveraged buy-outs — que é frequentemente representado pela dívida bancária mezzanine ou dívida in between⁸⁴. O endividamento bancário de cariz intermédio (mezzanine debt capital) aparece, assim, como financiamento bancário subordinado (second lien) — apenas havendo lugar a restituição após o reembolso integral de todas as tranches da dívida senior (correspondente ao mútuo bancário clássico) —, com um prazo, em geral, muito alargado (por regra, 5 a 10 anos), de tal maneira que se aduz, a este propósito, a um conjunto de “quase capitais próprios”. Aceita-se que assim seja: este tipo de financiamento bancário encontra-se, se bem vemos, a meio caminho entre o financiamento por capitais próprios e o financiamento por capitais alheios⁸⁵.

Existe ainda outro importante mecanismo de controlo dos credores controladores sobre a sociedade comercial, que

79 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 9799 e passim, que seguimos de muito perto.

80 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 97-99.

81 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 97.

82 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 97-99.

83 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 97; ELÍS FERRAN, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 519.

84 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 97-99.

85 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 97-99, que seguimos textualmente.

se reveste de particular importância no contexto do modelo da hétéro-responsabilidade penal das pessoas colectivas que propomos para a parte geral do Código Penal: o mecanismo da aquisição de dívida distressed (distressed debt).

Em termos genéricos, a dívida distressed (distressed debt) trata-se de dívida de sociedade comercial em situação financeira particularmente difícil, que apresenta, portanto, acentuado risco de incumprimento contratual. Por isso, o credor controlador (entidade bancária) exige, não raro, uma elevada taxa de juro⁸⁶ como contrapartida pela concessão de financiamento bancário.

As conhecidas junk bonds constituem um exemplo paradigmático da dívida distressed (distressed debt)⁸⁷. Trata-se de um exemplo paradigmático da dívida distressed (distressed debt), que resulta claramente de um conjunto alargado de hipóteses de financiamento bancário realizado directamente à sociedade comercial financiada, subordinado ao pagamento de uma elevada taxa de juro. Financiamento bancário subordinado, igualmente, a covenants financeiros, que atribuem o controlo da sociedade comercial financiada ao credor controlador, em caso de incumprimento contratual⁸⁸.

Por isso, devido ao risco elevado de incumprimento, os investidores institucionais (a entidade bancária ou credor controlador) compram a dívida da sociedade comercial financiada a um valor muito inferior ao valor nominal (com um desconto que, normalmente, ronda os 20%, 60% ou até 80%) e procuram, de imediato, rentabilizar o investimento através de estratégias comerciais e financeiras da mais diversa natureza⁸⁹.

De entre essas estratégias comerciais e financeiras avultam claramente as estratégias de curto prazo (que se caracterizam por ter horizontes de investimento normalmente inferiores a um ano, que implicam, em princípio, a revenda da dívida financeira)⁹⁰.

A estratégia de longo prazo passa por duas vias: a primeira, implica que a entidade bancária (credor controlador) espere pacientemente pelo vencimento da dívida. A segunda, e a que mais nos interessa no caso concreto, implica o exercício do poder de influência do credor controlador com o objectivo primordial de garantir a aquisição de capital em troca de dívida financeira (debt-for-equity exchange)⁹¹. Propiciando, assim, o debt-equity swap no quadro funcional de um processo de reestruturação da sociedade comercial financiada ou intervencionada⁹². Considerações adicionais sobre este temário escapam à economia e escopo deste artigo doutrinal.

1.2.3.2. A DEBT-HOLDER CONTROL COMO FORMA DE SHAREHOLDER CONTROL (CREDOR CONTROLADOR) SOBRE AS DECISÕES EMPRESARIAIS DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA: O CASO ALLIED HOLDINGS, INC

Com base nos exemplos práticos acima mencionados, podemos facilmente concluir que a actuação dos investidores institucionais (os credores controladores) com o objectivo principal de aquisição e exercício de influência sobre a sociedade

86 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores", cit., p. 100.

87 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores", cit., pp. 97-99.

88 Sobre estas hipóteses: MICHELLE M. HARNER, "The corporate governance and public implications of activist distressed debt investing", in: Fordham Law Review, Vol. 77, 2008, pp. 108 e ss.

89 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores", cit., p. 100.

90 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores", cit., p. 100.

91 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores", cit., p. 100.

92 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores", cit., p. 100.

comercial não tem apenas lugar através do investimento directo no capital. Ocorre, antes, no momento da aquisição da respectiva dívida: do lado do controlo acionista (shareholder control) importa, pois, ponderar o controlo pelo credor ou titular da dívida (debt-holder control)⁹³. O caso Allied Holdings, Inc. constitui um bom exemplo disso.

Nos Estados Unidos da América, onde o fenómeno se encontra mais estudado e disseminado, costumam ser apontados como exemplos frisantes os casos de insolvência do capítulo 11 do Bankruptcy Code. É paradigmático o caso Allied Holdings, Inc., no qual o investidor institucional Yucaipa Companies adquiriu cerca de 66% da dívida não garantida do universo de empresas Allied⁹⁴. E é aqui que os problemas começam.

A Yucaipa Companies fez uso da posição adquirida para influenciar o processo de reestruturação da sociedade comercial financiada, de tal maneira que, no plano de reestruturação financeira aprovado, o credor controlador apareceu na veste de accionista maioritário da Allied Holdings, Inc.⁹⁵

Perante situações típicas desta natureza, a doutrina dos Estados Unidos da América tem feito alusão ao impacto desta nova forma de exercício de influência sobre as reestruturações empresariais das sociedades comerciais financiadas. Os grandes credores controladores (mais do que os administradores de direito da sociedade comercial financiada) tendem a tomar as decisões estrategicamente mais importantes nos destinos empresariais da sociedade comercial devedora⁹⁶.

Não é caso isolado: “trata-se de uma tendência particularmente clara nos Estados Unidos da América”⁹⁷, mas inteiramente aplicável no espaço lusófono, especialmente a Macau, onde as leis da insolvência são geralmente vistas como leis favoráveis ao devedor-insolvente. Permitindo-lhes permanecer no controlo da sociedade comercial insolvente. Em oposição frontal ao sistema de insolvência de Portugal e do Reino Unido, sobejamente conhecidos pelo seu processo de insolvência creditor-friendly⁹⁸.

93 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 101.

94 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit.

95 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit.

96 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 101, que seguimos textualmente.

97 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 101.

98 ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., p. 101, que seguimos de muito perto. Relevante é, igualmente, o papel da aquisição da dívida distressed (distress debt) por banda dos hedge funds. O que tem impacto no desenho funcional da corporate governance.

Os hedge funds são os investidores institucionais mais activos em dívida distressed (distress debt). Tem-se referido que o activismo dos hedge funds difere do activismo dos investidores financeiros tradicionais.

O activismo dos hedge funds dirige-se à realização de modificações significativas nas sociedades comerciais financiadas e, em regra, envolve custos financeiros muito mais elevados. O activismo dos hedge funds é, do prisma estratégico, mais ex ante (e não intermitente, espaçado, eventual, at large, e, por isso, ex post).

A actividade funcional dos hedge funds é radicalmente diferente dos investidores tradicionais devido à estrutura de incentivo dos administradores dos hedge funds e as (sensivelmente) menores barreiras regulatórias. Isso coloca outro problema: ninguém sabe exactamente o que esperar da actuação funcional dos hedge funds no seio das sociedades comerciais financiadas. Estarão mais empenhados na prossecução dos seus próprios interesses financeiros? Estarão, pelo contrário, mais focados nos interesses de longo prazo da sociedade comercial? É aqui que se geram vários conflitos de interesse relacionados com a actuação funcional dos hedge funds. Especialmente quando os hedge funds adoptam uma estratégia financeira que os beneficia exponencialmente em detrimento dos demais accionistas investidores e stakeholders (hedging related conflicts).

O activismo dos hedge funds ao nível do controlo societário é muito claro. Principalmente quando o hedge fund é accionista do adquirente, caso em que actua frequentemente para evitar a consumação material de um conjunto de transacções financeiras (v.g., as blocking acquires, quer quando é accionista da sociedade comercial-alvo, conseguindo melhores condições financeiras de transacção financeira (blocking targets, quer ainda quando procura activamente – o hedge fund – a aquisição da sociedade comercial, lançando, para o efeito, um ror de ofertas de aquisição pública). O que, por si só, é suficiente para espelhar o papel disruptivo deste tipo de investidor institucional no mercado financeiro do controlo das sociedades comerciais. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 101-102, que seguimos de muito perto.

Em poucas palavras: a intensidade do controlo e da influência dos credores controladores na tomada de decisões empresariais que originariamente cabiam à sociedade comercial financiada depende, essencialmente, do tipo de cláusulas de garantia e de segurança (os covenants) que estão associados ao contrato de financiamento bancário: ela será tanto maior, quanto maior for o grau de limitação da liberdade de iniciativa económica e da livre tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada.

Trata-se de uma realidade social que o direito penal não pode deixar de regular. Dada a crescente influência dos credores controladores - que, como veremos adiante, deverão, mediante determinados requisitos objectivos, ser qualificados como administradores de facto indirectos - na tomada de decisões empresariais que estão na base do cometimento de um crime pela sociedade comercial financiada, defendo que deve ser estendida àqueles (credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos) a responsabilidade penal pela prática dos crimes imputados objectivamente, numa primeira fase, à sociedade comercial financiada.

Essa extensão da responsabilidade penal aos administradores de facto indirectos justifica-se pelo facto de estes tomarem, frequentemente, decisões empresariais que fundamentam a responsabilidade penal da sociedade comercial financiada através da celebração de covenants. Em poucas palavras: seria injusto eximir os credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos da responsabilidade penal pela tomada de decisões empresariais que resultaram na prática de crimes no contexto empresarial da sociedade comercial financiada. Seria, por isso, injusto imputar a responsabilidade penal à pessoa colectiva financiada, que é gerida, de facto, pelos credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos.

Impõe-se, por isso, a extensão da responsabilidade penal àqueles (credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos). Porquê? Na ausência da extensão da responsabilidade penal aos credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos, só a pessoa colectiva financiada - que não tomou, sequer, as decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do crime no seu contexto empresarial - é que seria jurídico-penalmente responsabilizada. Não pode ser. Os administradores de facto indirectos é que devem ser jurídico-penalmente responsabilizados pelas decisões empresariais das quais resultou a prática de crimes no contexto empresarial da sociedade comercial financiada. Esta última (a sociedade comercial financiada) deverá ser ilibada de qualquer responsabilidade jurídico-penal.

Para melhor compreensão deste segmento, adiante veremos qual é o critério de imputação objectiva das decisões empresariais tomadas pelos credores controladores à sociedade comercial financiada. Adiantamo-lo: trata-se do critério da evitabilidade das decisões empresariais, que será exposto adiante.

Para evitar a ocorrência deste fenómeno (a influência desmesurada dos credores controladores - convertidos em administradores de facto indirectos - na gestão da pessoa colectiva financiada), defendo a criação de uma pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança (covenants), como forma de reforço da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento comercial, que está umbilicalmente ligada com a questão da (má e danosa) administração da pessoa colectiva financiada através de credores controladores convertidos

em administradores de facto indirectos. Vejamos sumariamente esta questão⁹⁹.

A criação da pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança (covenants) como forma de reforço da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento comercial destina-se a impedir, igualmente, a violação do princípio da pessoalidade das penas (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição

99 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

da República Portuguesa). O que será concretizado de seguida.

1.3. A RATIO LEGIS QUE SUBJAZ À CRIAÇÃO DA PENA ACESSÓRIA DE PROIBIÇÃO DE CONTRACÇÃO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO COM RECURSO A CLÁUSULAS DE GARANTIA E DE SEGURANÇA (COVENANTS) E A SUA LIGAÇÃO COM A PENA ACESSÓRIA DE ENCERRAMENTO DEFINITIVO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E COM O PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DAS PENAS (ART.º 30.º, N.º 3, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA)

Com particular influência no desenho normativo de uma (futura) alteração ao Código Penal¹⁰⁰ (principalmente, ao nível da criação de uma inovadora pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança), mostra-se a noção dogmática das cláusulas de garantia ou de segurança (covenants).

Que se destina, no essencial, a evitar que a pessoa colectiva arguida recorra ao financiamento bancário de longa duração para contornar a aplicação prática da pena acessória de encerramento definitivo de estabelecimento comercial. E, sobretudo, para evitar a violação do princípio da pessoalidade das penas (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa). Nos termos que melhor se verá adiante. Para lá se remete o leitor interessado.

As cláusulas de garantia ou de segurança (covenants) impõem, como vimos, um conjunto alargado de restrições ao investimento “e visam limitar as tendências de sobreinvestimento dos gestores e em particular os investimentos arriscados, preservando a capacidade da sociedade comercial para restituir o capital mutuado”¹⁰¹. Vale a pena aditar mais umas notas tópicas sobre este tema, a benefício da clareza expositiva.

As cláusulas de garantia ou de segurança (covenants) podem revestir diversas formas. No cômputo geral, consistem na imposição de limites em valores absolutos — por exemplo, ao investimento financeiro em bens de capital (capital expenditures) — ou na sujeição de todo e qualquer decisão financeira sobre o investimento financeiro ou aquisição de activos financeiros, fora do desenho funcional da actividade normal da sociedade comercial financiada, à prévia autorização do credor controlador¹⁰².

De entre as quais se enumeram as cláusulas que impõem várias restrições ao financiamento bancário. Trata-se de uma forma usada pelos credores controladores para evitar (a todo o custo) a diminuição da garantia patrimonial (o património social da sociedade comercial financiada que responderá pela integridade) do seu crédito. Mormente num cenário de insolvência¹⁰³.

Estas restrições (funcionais, gestionárias e patrimoniais, impostas à sociedade comercial financiada) podem assumir, como vimos, a forma de covenants financeiros. No âmbito dos quais se impõem (estritos e estreitos) ratios de nível de endividamento bancário a (forçosamente) respeitar. Mas não só. Essas restrições assumem frequentemente a veste de uma proibição expressa de contrair qualquer financiamento bancário ou a sujeição de toda e qualquer decisão de financiamento bancário ao crivo funcional dos credores controladores. Atribuindo-lhes, assim, um controlo funcionalmente alargado sobre

100 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

101 FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, cit., pp. 231-283 (p. 240).

102 FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, cit., pp. 231-283 (p. 240).

103 FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, cit., pp. 231-283 (p. 240).

as decisões empresariais da sociedade comercial financiada¹⁰⁴.

Tal é de capital importância no âmbito do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. Principalmente quando (se e sempre) os credores controladores tomam decisões empresariais que estejam na base da prática do crime no contexto empresarial da sociedade comercial financiada. Aqui avulta a questão da administração de facto indirecta por parte dos credores controladores. O que, como vimos, tem especial relevância (como factos de conexão) no desenho funcional da 1ª velocidade: o modelo de hétero-responsabilidade penal da pessoa colectiva¹⁰⁵.

1.4. AS CLÁUSULAS DE GARANTIA E DE SEGURANÇA (OS SWEEP COVENANTS) E A SUA LIGAÇÃO COM O GOVERNO CORPORATIVO (CORPORATE GOVERNANCE): SETTING THE STAGE PARA A QUESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE FACTO INDIRECTA DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA POR PARTE DOS CREDITORES CONTROLADORES E PARA A SUA RESPONSABILIDADE PENAL

De entre as muitas cláusulas de garantia e de segurança (covenants), enumeram-se as cláusulas com restrições à disposição de activos que pretendem essencialmente: i) evitar a todo o custo a alienação de activos financeiros concretamente determinados (incluem-se nesse lote a venda de uma unidade de produção da sociedade comercial financiada, cujo valor de base serviu de suporte à decisão de financiamento bancário por parte dos credores controladores); ii) evitar a venda de activos por preço que não corresponda ao seu justo valor de mercado; iii) evitar a troca de um activo por um crédito de solvabilidade duvidosa e cuja probabilidade de cobrança se mostra altamente incerta¹⁰⁶; iv) limitar, de forma indirecta, os investimentos financeiros, com substituição de activos financeiros, impedindo, assim, entradas substanciais de cash-flow¹⁰⁷ que pudessem ser posteriormente aplicadas em investimentos financeiros de alto risco; e v) evitar, de forma indirecta e ulterior, a alteração do objecto social da sociedade comercial financiada; a alteração do seu ramo de actividade comercial¹⁰⁸.

104 FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit., p. 240.

105 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

106 FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit., p. 240.

107 Tem-se entendido que os índices financeiros têm como objectivo principal limitar o endividamento da sociedade comercial financiada. Entende-se que assim seja: o endividamento adicional da sociedade comercial aumenta, de forma exponencial, o risco de incumprimento do crédito da entidade bancária. Costuma dar-se, a este respeito, o exemplo da debt-equity ratio (que consiste numa relação de valor entre a dívida e o património líquido) ou da leverage ratio (que consiste numa relação entre o valor dívida total e o EBITDA, que impede que determinados valores sejam excedidos). Mas há outros índices financeiros de relevo. De entre os quais se enumera o cash flow da sociedade comercial financeira. Como o coverage ratio. Que se destina primordialmente a salvaguardar a solvabilidade financeira e a cobertura do serviço da dívida, impondo-se, normalmente, que o cash flow gerado pela sociedade comercial financiada se situe num limite (threshold) acima de um concreto e determinado múltiplo financeiro da despesa total com juros (moratórios ou remuneratórios), relativamente a certo lapso temporal. O que significa que, de forma implícita, se limita, igualmente, a capacidade de endividamento da sociedade comercial financiada. Para esse efeito, existem formas indirectas (mas muito eficazes) de limitar, os investimentos da sociedade comercial financiada. Ver: FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit., p. 240; DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT RASMUSSEN, "Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance", in: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 154, 2006, pp. 1228-1232; KLAUS M. SCHMIDT, "The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection", in: Law and Economics of Creditor Protection — A Transatlantic Perspective, Haia, 2008, pp. 879-92; SUDHEER CHAVA/MICHAEL R. ROBERTS, "How does financing impact investment? The role of debt covenants", in: Journal of Finance, vol. LXIII, N.º 5, 2008, pp. 2086 e ss; PHILIP R. WOOD, "Law and Practice of International Finance", in: International Business & Law Series, Nova Iorque, Clark Boardman, 1984, pp. 630; EDUARDO SÁRAGGA LEAL, "O poder de gestão dos accionistas nas sociedades anónimas", in: Direito das Sociedades em Revista, Ano 5, Volume 9, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 260-287.

108 FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit., p. 240. PHILIP R. WOOD, "Law and Practice of International Finance", in: International Business & Law Series, Nova Iorque, Clark Boardman, 1984, pp. 18-20.

Um dos perigos inerentes às cláusulas de garantia e de segurança (covenants) reside no corte da liberdade de iniciativa económica e da liberdade de tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada. Na medida em que implicam, na prática, que todas as decisões empresariais em matéria de investimento, financiamento e alienação de património social (que estão, em regra, exclusivamente reservadas ao conselho de administração da sociedade comercial financiada) sejam tomadas pelos credores controladores (entidade bancária)¹⁰⁹ convertidos em administradores de facto indirectos.

Quando seja celebrado um sweep covenant¹¹⁰, o credor controlador poderá, inclusive, restringir substancialmente a capacidade de investimento da sociedade comercial financiada. O que poderá estar, muitas vezes, na origem da prática de crimes no seio da pessoa colectiva arguida. Entende-se porquê: menos investimento equivalerá a uma empresa menos eficiente. Sobretudo, equivalerá a uma empresa menos capaz de prevenir a prática de crimes no seu seio. Alguém terá de pagar a conta que o Direito Penal apresentará mais cedo ou mais tarde.

Normalmente, a conta será paga através da responsabilidade penal da sociedade comercial financiada. O Direito Penal tem de intervir, porém, no sentido de transferir essa responsabilidade para os credores controladores, quando (e se) possam ser qualificados como administradores de facto indirectos da sociedade comercial financiada. Nos termos que se verá adiante. Para lá se remete o leitor interessado.

A somar a estas limitações da liberdade de iniciativa económica e da liberdade de tomada de decisões empresariais da sociedade financiada existe, ainda, um outro conjunto de alterações fundamentais na tessitura da sociedade devedora a que os credores controladores frequentemente recorrem para limitar o financiamento da sociedade comercial financiada, sujeitando-as à sua aprovação. Trata-se de alterações de condições delimitadoras da identidade funcional da sociedade comercial que as entidades bancárias (credores controladores) consideram fundamentais no momento de conceder o crédito à sociedade comercial financiada¹¹¹.

Sendo essa a razão pela qual se discute se os credores controladores devem, afinal, estar sujeitos a deveres de lealdade¹¹². Da mesma forma a que os administradores de Direito estão.

109 FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit., pp. 240-241.

110 O sweep covenant trata-se um mecanismo financeiro que obriga a amortizações da dívida bancária sempre que a sociedade comercial financeira financiada receba, num dado momento temporal, uma receita extraordinária. O mesmo se aplica quando o dinheiro depositado na tesouraria (portanto, a liquidez financeira da empresa) exceda uma determinada cifra financeira ou determinado valor contabilístico. De tal facto se infere que a sociedade comercial financiada, através de um sweep covenant, nunca terá liquidez suficiente para fazer investimentos na sua estrutura funcional. O que é particularmente relevante, acrescento eu, quando dessa omissão de investimento resulte a ineficiência global da sociedade comercial financiada para prevenir a ocorrência de crimes no seu seio. Veremos esta questão mais à frente. Ver: FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit., p. 240; DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT RASMUSSEN, "Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance", in: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 154, 2006, passim.

111 FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", cit.

112 PUM sector da doutrina considera que o tipo de sociedade comercial tem pouca relevância no que tange à determinação (e extensão) do dever de lealdade. Deve, pelo contrário, aferir-se que tipo de sócio é que controla os destinos da sociedade comercial (controlador, desinteressado, eventual, intermitente ou maioritário). Ver: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, A participação social nas Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 313 e ss e passim. Concretamente em relação à questão da aplicação dos deveres fiduciários (dever de cuidado e, principalmente, o dever de lealdade) aos credores controladores, existe um sector importante da doutrina que nega essa possibilidade. Argumentando, no essencial, que o dever de lealdade decorre da participação social. Por conseguinte, o credor controlador, na medida em que não é detentor de uma participação social, não está agarrado (menos ainda obrigado) aos rigores do dever de lealdade. Pelas razões expostas noutro texto, discordo frontalmente desta posição doutrinal. Que, também pelas razões expostas nesse texto, traz no bojo zonas de impunidade selectiva com as quais o Direito Penal não pode pactuar. Ver: JOSÉ GOMES FERREIRA, "Conflitos de Interesses entre Accionistas nos negócios celebrados entre a Sociedade Anónima e o seu Accionista Controlador", cit., p. 129. Convergente: DIOGO COELHO, "Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores — Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores", in: Revista de Direito das Sociedades, Ano VII (2015) — Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 805.

1.4.1. “FECHANDO A PORTA À IMPUNIDADE SELECTIVA” OU A RAZÃO PELA QUAL OS CREDORES CONTROLADORES DEVEM SER QUALIFICADOS COMO ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS (SHADOW DIRECTORS) PARA FINS JURÍDICO-PENAI

Aos credores controladores deve não só ser estendido o dever de lealdade, como, e sobretudo, devem aqueles ser responsabilizados jurídico-penalmente sempre que sejam qualificados como administradores de facto indirectos. Como vimos no ponto 1.2. a ponto 1.3. deste texto.

Porquanto, é pressuposto fundamental do esquema de organização interna das sociedades comerciais, tal como legalmente estabelecido no Código das Sociedades Comerciais, que a repartição de poderes seja realizada (somente) pelos respectivos órgãos sociais da sociedade¹¹³. Sem excepções. Por essa razão, devem ser observadas todas as formalidades legais tipificadas para a multitude de tipos societários¹¹⁴ que constituem o Direito das Sociedades Comerciais.

A não ser assim, esse “exercício de facto” de funções de gestão por sujeitos (os credores controladores) que não se encontram regularmente investidos no cargo de administrador de direito, quando não seja devidamente acompanhado da extensão dos mecanismos jurídicos que responsabilizam os administradores de direito formalmente designados¹¹⁵, origina bolsas de impunidade selectiva que é preciso combater no Direito Penal das Sociedades Comerciais.

Principalmente no âmbito da 1ª velocidade (a do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas que propomos para a parte geral do Código Penal); âmbito normativo em relação ao qual se criariam um conjunto de lacunas de punibilidade, que afectariam a coerência (e a consistência) do ordenamento jurídico nacional.

A esta luz, seria incompreensível que, com base em meras formalidades, a to-be-overhauled responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal¹¹⁶ não incluísse os credores controladores no âmbito dos administradores de facto indirectos para efeitos de responsabilização jurídico-penal. E mesmo para efeitos de responsabilidade civil, por facto próprio, a título de responsabilidade subsidiária passiva e de responsabilidade solidária

Há ainda um sector da doutrina que afirma que “não faz sentido fundamentar algum dever de boafé do sócio na sua posição na estrutura da sociedade comercial, dado que a relação entre os sócios não é directa, mas é, em menor ou maior medida, mediada pela estrutura societária”. Ver: FILIPE CASSIANO SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalista — Contrato de Sociedade, Estrutura Societária e Participação do Sócio nas Sociedades Capitalistas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 529. Por essa razão, defende um outro sector da doutrina, a lealdade “tem menos potencialidades de aplicação nas sociedades anónimas, em especial, porque elas surgiram num ambiente pouco propício à confiança inter-individual, sendo que a própria designação destas sociedades vai, também, nesse sentido”. Ver: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I — Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 454-455.

113 A questão dos administradores de facto foi investigada, de forma aprofundada, pela doutrina. Foi dito a esse respeito que “o ordenamento pressupõe que as decisões relativas à condução da sociedade comercial encontrem um referencial formal nos órgãos que resultam do estatuto organizativo de cada um dos tipos de sociedade comercial. Tanto mais que, sendo a sociedade comercial um ente criado pelo ordenamento jurídico, i.e., sem existência física, afigura-se natural que a sua estrutura, a sua organização e as suas formas de declaração e de expressão (sejam) necessariamente o resultado de mecanismos formais predispostos pela lei, enquanto criadora que esta é da pessoa colectiva com personalidade jurídica. De tal modo que a lei, criando a estrutura organizada, não pode satisfazer a exigência fundamental de assegurar as condições e os instrumentos indispensáveis para o funcionamento da pessoa jurídica societária. Para esse funcionamento, é absolutamente imprescindível o órgão que gere e faz actuar a sociedade e, com referência ao seu complexo de funções e poderes, as pessoas singulares (titulares) que dão corpo à actividade jurídica adequada à prossecução dos seus fins”. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 45-46 e passim.

114 Esta ideia é particularmente importante à luz do conhecido princípio da taxatividade dos tipos societários. Ver: JOSÉ DIAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, Aranzadi Editorial, 2002, p. 23; MANUEL SÁNCHEZ ALVAREZ, “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, in: *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 227, pp. 117154, pp. 133 e ss e passim.

115 Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 9831015; Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, passim.

116 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

passiva. Conforme o caso.

Destarte, entendo que o (futuro¹¹⁷) Código Penal deverá, em oportuna alteração legislativa, sancionar a conduta dos credores controladores, qualificados como administradores de facto indirectos, quando (e se) das decisões empresariais que estes (credores controladores) tomaram no âmbito da gestão societária da pessoa colectiva financiada resulte a prática de crimes no contexto empresarial daquela.

De contrário, se o Código Penal não sancionar a actuação funcional dos credores controladores que “exercem de facto” poderes de gestão da sociedade comercial financiada¹¹⁸, abre-se, como se disse, a porta da impunidade selectiva¹¹⁹.

2. OS CREDITORES CONTROLADORES COMO ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS (SHADOW DIRECTORS) E A SUA RELEVÂNCIA NO DESENHO FUNCIONAL DA 1ª VELOCIDADE DO MODELO MISTO DE HÉTERO-RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA COLECTIVA: INTRODUÇÃO

Encetando uma aproximação ao núcleo temático dos administradores de facto indirectos, cuja noção dogmático-legal se propõe para todo o espaço lusófono, é comum fazer-se a distinção entre administradores de facto directos e administradores de facto indirectos.

Assumindo esta última (administradores de facto indirectos) particular interesse para a temática dos credores controladores. Principalmente em vista da 1ª velocidade do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal¹²⁰.

Os administradores de facto directos correspondem àquelas pessoas singulares que, não estando regularmente investidas no cargo de administrador, exercem corporalmente — por si próprias — as funções inerentes a esse cargo¹²¹.

Os administradores de facto indirectos são aqueles (credores controladores) que não praticam, de forma directa, actos próprios inerentes à função de administrador de direito, mas acabam por condicionar (e de forma determinante) a

117 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

118 Esta é, no fundo, a razão de ser que subjaz à criação da figura do administrador de facto. A extensão do conceito de administrador de molde a englobar aqueles que, não obstante, exerceram, de facto, funções de gestão da sociedade comercial, não se encontram revestidos de uma investidura juridicamente relevante, é essencial para assegurar a efectividade do regime jurídico de responsabilidade (acrescentamos, penal) dos administradores, gerentes e dirigentes das sociedades comerciais. O que se aplica às sociedades unipessoais por quotas de constituição superveniente. Na medida em que “o sujeito que gere, de facto, não pode alegar uma inadmissível situação formal de acefalia do órgão de administração, provocada por ele próprio, para excluir a sua responsabilidade pela gestão”. Compreende-se que assim seja: o objectivo primacial da extensão do regime de responsabilidade (civil e penal aos administradores de facto) é restabelecer a desarmonia sistémico-funcional provocada na dicotomia “poder funcional e responsabilidade funcional”. Aduz-se, a este propósito, ao facto de que a figura do administrador de facto tem como escopo primacial a realização de um reequilíbrio funcional do exercício do poder de gestão e do regime jurídico de responsabilidade a ele típica e legalmente associado. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (pp. 991-992); ANTONIO PERDICES HUETOS, “Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (R) 2001, 7489”, in: *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 18, 2002, 277-287, pp. 277 e ss e passim; MONICA FUENTES NAHARRO, “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, in: *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 289-310; RITA FIALHO D’ALMEIDA, “A responsabilidade civil dos administradores de facto”, in: *Jurismat*, n.º 6, 2015, pp. 247-282.

119 JORGE DOS REIS BRAVO, “Punibilidade vs. Impunidade de “pessoas colectivas públicas”: a regra, a excepção e os equívocos — um episódio da tensão entre o “Público” e o “Privado”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um Diálogo entre a Doutrina e Praxis*, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Económico e Europeu, Ano 22, N.º 3, julho-setembro 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

120 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

121 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

administração (ordinária e extraordinária) da sociedade comercial financiada através de covenants. Fazem-no de tal modo que se poderá dizer que intervêm, mediata, mas decisivamente, na gestão ordinária e extraordinária da sociedade comercial financiada¹²². Tomando aqueles (credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos) decisões empresariais que, não raro, estão na base do cometimento do crime – imputado à pessoa colectiva financiada – no contexto empresarial desta última.

No desenho funcional destas modalidades típicas, é ainda usualmente realizada uma divisão adicional consoante os administradores de facto directos ou indirectos exerçam funções próprias de um órgão de administração de direito de forma pública e transparente. Da seguinte forma: i) apresentando-se perante terceiros como administradores das sociedades comerciais; ou ii) os administradores directos ou indirectos exerçam essas funções de forma essencialmente oculta/dissimulada, nas situações em que permanecem na sombra ou surgem perante o exterior sob outras vestes funcionais.¹²³

O administrador de facto indirecto (shadow director) é, em suma, aquele que, através da influência directa e decisiva que exerce, quer sobre o conselho de administração legalmente constituído, quer sobre os administradores de direito que o compõem, acaba por ser, de facto, o administrador da sociedade comercial financiada¹²⁴. O Direito Penal não pode deixar de

122 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015. Convém recordar o seguinte: às modalidades tradicionais de administradores de facto directo (ou na primeira pessoa) e indirecto (ou por interposta pessoa), a dogmática acrescenta uma terceira modalidade correspondente aos administradores de facto com pleno reconhecimento legal. Destinando-se esta a abranger todas aquelas situações em que a administração de facto é, ainda, o resultado ou o espelho reflector, de uma “credencial normativa”. Que emerge no mundo do Direito através de uma interpretação objectivoactualista das normas jurídicas societárias. Parte-se, para esse efeito, do exemplo dos administradores das sociedades directoras e dominantes em relação de grupo (art.º 504.º/1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais ou dos ex-administradores de direito das sociedades dissolvidas e em liquidação, ao abrigo dos artigos 145.º/2 e art.º 149.º/2 do CSC). A doutrina espanhola faz referência a quatro categorias de administradores de facto. A saber: i) os administradores cujo cargo tenha sido extinto; ii) os administradores que ocupam formalmente o cargo de administração da sociedade comercial, mas cujo acto de investidura formal padeça de algum vício formal ou substancial; iii) os administradores que controlam, de facto, a administração da sociedade comercial, sem que para tal tenham sido formalmente investidos, e que se apresentam exteriormente (perante terceiros e outros stakeholders) como verdadeiros administradores da sociedade comercial; iv) os administradores que, sem se apresentarem perante terceiros e outros stakeholders como administradores da sociedade comercial, controlam, de facto, a gestão desta, exercendo, de facto, uma influência decisiva sobre as decisões empresariais tomadas pelos administradores de direito. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 643 e ss; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 994); JOSÉ DIAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, Aranzadi Editorial, 2002, pp. 33-34.

123 Por essa razão é comum entender-se que é possível que os administradores de facto indirectos possam actuar de forma ostensiva (“aos olhos de toda a gente”), reservando-lhes o papel de “administradores da sociedade comercial na sombra” (shadow directors, que actuam através dos seus “homens de palha”. O que é relevante é o exercício efectivo, e real, de influência sobre a gestão da sociedade comercial. Podendo tal actuação funcional configurar, ou não, uma actuação própria (caso em que estamos perante administradores de facto directo) ou por interposta pessoa (um administrador de facto indirecto, no caso dos credores controladores). Por conseguinte, está em causa, na modalidade de administradores de facto directo, e uma actuação/gestão da sociedade comercial directa. Na modalidade administradores de facto indirectos, parte-se, por definição, do exercício de influência indirecta, por interposta pessoa, sobre aqueles que estão incumbidos legalmente da tarefa de agir em nome, por conta e no interesse colectivo da sociedade comercial financiada (os administradores de direito). Por essa razão, tem-se entendido que os administradores de facto directos nunca estão dispostos numa situação de pura (e isométrica) igualdade com os administradores de facto indirectos. Na verdade, os administradores de facto indirectos (shadow director) agem como se fossem verdadeiros superiores hierárquicos dos administradores de direito das sociedades comerciais (concretamente, os credores controladores no âmbito de um contrato de financiamento bancário) dando-lhes instruções directas que influenciam (directa, irreversível e) decisivamente não só o modo de gestão da sociedade comercial financiada como, e sobretudo, as concretas decisões empresariais das quais podem resultar a prática de crimes que são imputados à sociedade comercial financiada. De outra banda, também é comum afirmar-se que uma pessoa singular pode ser administradora de facto directo quando, por exemplo, desempenha actos de gestão relacionados com o marketing da sociedade comercial, e ser administrador de facto indirecto quanto aos actos de gestão respeitantes à parte financeira. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 994); MARK STAMP, *Practical Company Law and Corporate Transactions*, 3.ª edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 398-408; BRENDA HANNIGAN, *Company Law*, 4.ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 158-172. Na jurisprudência inglesa: UK Supreme Court, *Re Holland v The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs et alii* 2010; UK Supreme Court *Re Secretary of State for Business, Innovation and Skills v Chohan* 2013, disponível em www.supremecourt.uk (acesso em 2 de Junho de 2017).

124 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”,

conferir relevância a este fenómeno, sob pena de criação de (insuportáveis) lacunas de punibilidade.

2.1. OS ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A QUALIFICAÇÃO DOS CREDORES CONTROLADORES COMO ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS (SHADOW DIRECTORS) PARA EFEITOS JURÍDICO-PENAI, LANÇADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO UK SUPREME COURT (RE HYDRODAN (CORBY) LTD)

A doutrina tem feito referência a dois elementos mínimos para a caracterização de um credor controlador como um administrador de facto indirecto ou shadow director¹²⁵.

Por um lado, e com particular interesse na 1ª velocidade do modelo misto de auto-responsabilidade penal das pessoas colectivas (o modelo de hetero-responsabilidade penal das pessoas colectivas) que proponho para a parte geral do Código Penal¹²⁶, é necessário que a referida influência dos credores controladores, a qualificar como administradores de facto indirectos, seja exercida com vista à tomada de decisões empresariais relevantes pelos administradores de direito da sociedade comercial. Donde a designação cunhada ao administrador de facto indirecto, como aquele que governa e gere a sociedade comercial por interposta pessoa.

Por outro lado, e em ligação íntima com o primeiro requisito, é fundamental, como vimos dizendo, que a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de gestão da sociedade comercial dos administradores de direito da sociedade comercial financiada esteja, em virtude da acção adstringente dos credores controladores — administradores de facto indirectos ou shadow directors — muito reduzida ou severamente condicionada¹²⁷.

Numa palavra: o que releva para a caracterização da figura do administrador de facto indirecto ou shadow director é, essencialmente, a amplitude do exercício do poder de influência sobre a administração de direito da sociedade comercial¹²⁸.

Compreende-se porquê: é a amplitude (pouca ou muita) do exercício dessa influência que caracteriza, e distingue, a espécie administrador de facto indirecto.

Sendo que essa influência dos credores controladores, verdadeiros administradores de facto indirecto — shadow directors, na definição que defendemos para o Código Penal -, só será verdadeiramente relevante do ponto de vista da responsabilidade penal das pessoas colectivas, quando (e se) limitar, de facto, a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de gestão da sociedade comercial financiada a cargo dos seus administradores de direito. Ao ponto de influenciar decisivamente a tomada das decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do tipo legal de crime no contexto

cit., pp. 983-1015.

125 RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 643 e ss e passim, que seguimos de muito perto; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015, que seguimos de muito perto.

126 Para mais desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036.

127 A jurisprudência do UK Supreme Court lançou verdadeiramente as bases para a definição dos elementos mínimos necessários para a caracterização da figura do administrador de facto indirecto (shadow director), a saber: para se avaliar se o réu é administrador de facto indirecto da sociedade comercial é preciso alegar e provar: a) quem são os administradores de direito e de facto directos da sociedade comercial financiada; b) que o réu influenciou, por si só, a forma de actuar desses administradores de direito e de facto em relação à sociedade comercial financiada, ou foi um dos que a influenciou directa e decisivamente; c) que os administradores de direito ou de facto actuaram de acordo com essa influência/essas indicações transmitidas pelo administrador de facto indirecto; d) e que estivessem habituados a agir dessa forma por um lapso temporal relativamente alargado. Ver: caso *Re Hydrodan (Corby) Ltd* 1993), disponível em www.swarb.co.uk (acesso em 2 de junho de 2021). Esta caracterização da figura do administrador de facto indirecto merece a expressa concordância da doutrina portuguesa. A saber: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 996), que se seguiu de muito perto.

128 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (passim), que se seguiu de muito perto.

empresarial da sociedade comercial financiada.

Resulta, pois, do que acima foi dito que, para efeitos de caracterização ou qualificação de um determinado sujeito (o credor controlador) como administrador de facto indirecto, não poderá releva toda e qualquer influência¹²⁹.

É necessário que a influência do credor controlador na gestão da sociedade comercial financiada atinja um determinado grau — mínimo que seja — que permita ao juiz ponderar essa subsunção jurídica e ulterior qualificação jurídica do credor controlador como administrador de facto indirecto.

Também aqui se compreende porquê: os administradores de facto, ao contrário do que acontece com os administradores de direito — que actuam sob a capa legal e funcional do poder de investidura formal que lhes é conferido pelo cargo que desempenham no horizonte funcional da sociedade comercial — caracterizam-se, como se disse, pelo exercício de facto de funções de gestão da sociedade comercial financiada, na ausência do qual (o exercício de facto) não poderiam ser funcionalmente equiparados aos administradores de direito¹³⁰.

Esta configuração é, como se disse, directamente aplicável aos casos em que da administração de facto indirecta pelas instituições bancárias (credores controladores) resulta um poder de influência excessivo em relação à gestão da sociedade comercial financiada.

Essa situação é, como se viu, muito frequente nas sociedades comerciais que se encontram em má situação económica. Sociedades comerciais que, para fazer face a essas dificuldades económicas, recorrem ao financiamento bancário externo concedido pelas instituições financeiras ou entidades bancárias.

De tal facto se infere que, num contexto de situação económica difícil, a sociedade comercial tende a, no âmbito dos contratos de financiamento externo, oferecer o controlo dos destinos da sociedade comercial à instituição financeira de crédito (credor controlador). Credor controlador que acaba por se envolver demasiado na gestão da sociedade comercial

129 GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 983-1015 (p. 997), que vimos seguindo de muito perto.

130 GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 983-1015 (p. 997). A doutrina portuguesa acentua esta tendencial equiparação entre o administrador de facto e o administrador de direito. Afirmando, para o efeito, que a vertente funcional do sujeito (administrador de facto) — ou seja, a sua conduta funcional efectiva como administrador da sociedade comercial financiada — aproxima-o funcional (e decisivamente) do administrador de direito. Esta tendencial equiparação entre o administrador de facto e o administrador de direito encontra a sua justificação material na ideia de que o administrador de facto (directo ou indirecto) gere, de facto, a sociedade comercial financiada como se fosse, ou continuasse a ser, administrador de direito. Sendo a realização dessa actividade funcional o parâmetro referencial para considerar que a situação de facto apresenta várias semelhanças factuais com a situação de direito desempenhada formal e funcional pelo administrador de direito. A doutrina faz, contudo, uma advertência que me parece muito avisada e muito pertinente: o juiz deve ceder à tentação (fácil e perigosa) de considerar juridicamente relevante toda e qualquer actuação funcional na esfera da gestão da sociedade comercial financiada como apta a fundamentar, automática e maquinalmente, a qualificação da pessoa singular — que nessa veste funcional haja agido — como administrador de facto (directo ou indirecto) da sociedade comercial financiada. De contrário, abre-se a porta ao arbítrio e à banalização da figura dogmático-legal do administrador de facto (directo ou indirecto), que não é acolher no Direito Penal. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 658-662; GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 983-1015 (p. 997); JOSÉ GARCÍA-CRUCES, *Administradores sociales y administradores de hecho*, in: *Estudios de derecho mercantil* — Em memoria del Professor Aníbal Sánchez, Pamplona, Cizur Menor, 2010, pp. 538-548.

financiada.^{131/132}

Por conseguinte, no que respeita à qualificação dos credores controladores como administradores de facto indirectos, não será a simples previsão de covenants nos contratos de financiamento bancário - ou cláusulas de garantia ou de segurança - que transforma ou qualifica os credores controladores (instituições financeiras) como administradores de facto indirectos.

Tudo dependerá do caso concreto e, sobretudo, da interpretação jurídica das cláusulas de garantia ou de segurança (covenants). Mormente do ponto de vista das modalidades que as mesmas revestem¹³³.

De tal facto se infere que tais comportamentos funcionais (a fixação de covenants, com obrigações acessórias que impendem sobre a sociedade comercial financiada) não asseguram, por si só, a gestão da sociedade comercial financiada por parte do credor controlador. Pelo que não é possível qualificar um qualquer covenant como o único elemento indiciário de uma administração de facto indirecta¹³⁴ jurídico-penalmente relevante.

Compreende-se porquê. Na verdade, a simples circunstância de o credor controlador dispor um conjunto de prerrogativas contratuais destinadas a garantir o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela sociedade comercial financiada — tais como o acesso a informação societária privilegiada, o poder de veto sobre determinados assuntos da agenda social da empresa intervencionada (v. g. decisões de investimento, financiamento, amortização de dívidas e distribuição de dividendos) - , não o transforma (o credor controlador) em verdadeiro e próprio administrador de facto indirecto (shadow

131 Por essa razão, a doutrina portuguesa tem equacionado a hipótese de configurar, igualmente, os credores controladores como administradores de facto indirectos da sociedade financiada. Argumentando, para o efeito, que os contratos de financiamento bancário conferem, muito frequentemente, um poder de influência especialmente intenso aos credores controladores tem levado a que doutrina levado configure os credores controladores como administradores de facto da sociedade comercial financiada. Esta hipótese — que nada tem de académica — tem sido levantada a propósito dos grupos de sociedades. Em sede dos quais a sociedade-mãe exerce um conjunto de funções na gestão da sociedade-filha que, em princípio, caberiam, em exclusivo, aos administradores de direito da sociedade comercial financiada. A doutrina tem defendido a equiparação do controlo exercido pelo credor controlador ao controlo exercido pelos accionistas. Assumindo a sociedade-mãe o papel de insider na sociedade comercial-filha, faz sentido estender à sociedade-mãe o conjunto de deveres e responsabilidades (v. g. deveres fiduciários de cuidado e de lealdade). Esta autora exclui, contudo, a qualificação jurídica dos credores controladores como administradores de facto. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Administração de facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial*, Governance Lab, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 228-238. Esta equiparação entre o credor controlador ao e o sócio controlador tem sido contestada por um sector da doutrina portuguesa. Com o argumento de que a mera extensão dos deveres de lealdade ao credor controlador (por força do controlo económico exercido pela sociedade comercial-mãe sobre a sociedade comercial-filha) não impede (antes pelo contrário) a caracterização dos credores controladores como administradores de facto indirectos da sociedade comercial financiada. Mais. Tal equiparação jurídico-funcional entre o credor controlador ao accionista controlador pode configurar uma hipótese anómala de cumulação de deveres de lealdade. Que é comumente admitida em relação aos sócios/accionistas que são, ao mesmo tempo, gerentes/administradores da sociedade comercial. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 1004).

132 O que não significa que todos os tipos de covenants (que são, como vimos, verdadeiras cláusulas de garantia e de segurança) tenham a virtualidade de conceder aos credores controladores um poder de influência excessivo na gestão da sociedade comercial financiada. O juiz terá de fazer uma análise casuística ao tipo de covenants utilizado pelo credor controlador para gerir a sociedade comercial financiada. A boa regra é que nem todos os covenants conferem a gestão total da sociedade comercial financiada ao credor controlador. Pelo que, nesses casos, é de afastar, por regra, a possibilidade de esse mesmo credor controlador ser considerado como “administrador de facto indirecto (shadow director)”. Ver: DIOGO COELHO, “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores — Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), Coimbra, Almedina, 2016, p. 810; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 1004) (focando a sua análise na sujeição do credor controlador aos deveres fiduciários — principalmente o dever de lealdade — aos quais os administradores de direito das sociedades comerciais estão, natural e necessariamente, adstritos); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, cit., pp. 95 e ss; INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance — o papel do “credor activista””, cit., p. 196; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, cit., pp. 258-264.

133 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036.

134 RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., p.315.

director)¹³⁵.

O que significa que nem sempre a inclusão dos covenants nos contratos de financiamento externo – subscritos pela sociedade comercial financiada – é sinónimo de responsabilização do credor controlador. E, muito menos, da sua configuração como administrador de facto indirecto (shadow director)¹³⁶ para efeitos jurídico-penais.

2.2. O CRITÉRIO DA HÉTERO-GESTÃO DE FACTO COMO PEDRA DE TOQUE PARA A QUALIFICAÇÃO DOS CREDITORES CONTROLADORES COMO ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS (SHADOW DIRECTORS) NO ÂMBITO DA 1ª VELOCIDADE (MODELO DE HÉTERO-RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS)

O que é relevante para a qualificação jurídica da conduta dos credores controladores como administradores de facto indirectos ou shadow directors é, por um lado, a pulverização dos limites contratualmente estabelecidos nos contratos de financiamento bancário (através da inclusão dos covenants)¹³⁷.

Por outro lado, é também relevante que a pulverização dos limites contratualmente estabelecidos nos contratos de financiamento bancário (através da inclusão dos covenants), consubstancie e traduza, na prática, uma transferência funcional duradoura, de facto, dos poderes de gestão dos administradores de direito (de iure) da sociedade comercial financiada para os credores controladores. Em termos tais que materialize uma hétéro-gestão¹³⁸ da sociedade comercial financiada por estes

135 GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 9831015 (pp. 997998). Tem-se entendido que a presença dos covenants nos contratos de financiamento bancário não significa, por si só, a alteração da estrutura de gestão da sociedade comercial financiada. Porquanto, as decisões empresariais sobre os destinos da sociedade comercial financiada continuam — na esmagadora maioria dos casos — a estar alojadas na esfera de disponibilidade fáctica do órgão de administração, ainda que sujeitas a um universo de restrições funcionais inerentes à celebração de covenants. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 9831015 (pp. 997998). Na doutrina espanhola, FRANCISCO MERCADAL, “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, in: Anuario de Derecho Concursal, n.º 36, 2015, pp. 118 e ss.

136 A inclusão dos covenants, ou cláusulas de garantia ou de segurança, nos contratos de financiamento bancário implica — em maior ou menor extensão e amplitude — uma restrição à liberdade de iniciativa económica e liberdade de gestão da sociedade comercial dos administradores de direito da sociedade comercial financiada. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (pp. 997-1000); FREDERICK TUNG, “The new death of contract: creeping corporate fiduciary duties for creditors”, in: Emory Law Journal, Vol. 28, 2010, pp. 858-862. Tem sido, contudo, argumentado que o princípio da liberdade contratual (art.º 405.º, n.º 1, do Código Civil) não pode ir ponto de facultar aos credores controladores (as entidades bancárias) um poder de intervenção fáctica nos negócios da sociedade comercial financiada que se estenda para além do poder-dever de monitorização funcional destinada a aquilatar (e a acompanhar) solvabilidade da empresa. Principalmente do ponto de vista da satisfação do seu crédito bancário e da existência de património social para responder pelo pagamento desse crédito bancário. Sob pena de se enfraquecer irremediavelmente o universo de competências funcionais que pertence, em exclusivo, ao órgão social (o órgão de administração) e um dos esteios essenciais do direito das sociedades comerciais: a correlação (legal, estatutária, patrimonial e, principalmente, funcional) entre poder de gestão da sociedade comercial (que cabe aos administradores de direito e, por isso, ao órgão de administração) e a responsabilidade (civil, societária e, principalmente, penal) que dela deriva. Ver: RICARDO COSTA, Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais, cit., pp. 310-318, que seguimos de muito perto.

137 Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

138 Na doutrina italiana: MICHELE MOZZARELLI, I covenants e il governo della società finanziata, Milão, Editora Educat, 2012, pp. 128-136. Este critério de hétéro-gestão assenta numa distinção que se funda no grau de ingerência dos credores controladores na tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada. Com efeito, tem-se distinguido as situações típicas (e tipológicas) em que o grau de ingerência será suficiente (ou não) para que se possa afirmar convictamente que a sociedade comercial financiada está a ser hétéro-gerida e, por conseguinte, que aqueles (os credores controladores) são administradores de facto indirectos. Por um lado, as situações típicas (e tipológicas) em que — com base em um conjunto de covenants, ou somente atendendo à importância factual, de facto, do credor controlador na condução dos destinos gestionários da sociedade comercial financiada (consequência directa e necessária da essencialidade do seu crédito o desenho funcional da sociedade comercial financiada) — todas as decisões da sociedade comercial financiada estão directa, automática e necessariamente dependentes da autorização do credor controlador ou em que este determina a imposição de alterações decisivas no funcionamento (ordinário e extraordinário) da sociedade comercial financiada. Por outro lado, as hipóteses típicas em que se procede a uma substituição

últimos (os credores controladores)¹³⁹, que serão, assim, convertidos em administradores de facto indirectos.

Podemos denominar este passo de critério da hétéro-gestão de facto que diz respeito, de pleno, ao direito comercial (em Macau) e ao direito das sociedades comerciais (no espaço lusófono).

Em resumo: em primeiro lugar, para preencher o critério de hétéro-gestão de facto, é necessário verificar se é possível converter, no plano jurídico-comercial, os credores controladores em administradores de facto indirectos. E isso só será possível mediante a verificação dos seguintes requisitos cumulativos: i) a análise do conteúdo dos covenants (cláusulas de segurança ou de garantia) por intermédio dos quais a sociedade comercial financiada atribuiu (ou não) amplos poderes de gestão dos seus destinos aos credores controladores; e ii) se os credores controladores tomaram, a coberto dos covenants ou cláusulas de garantia ou de segurança, decisões empresariais – em substituição dos administradores de direito da sociedade comercial financiada legalmente legitimados – das quais resultou a prática de crimes no contexto empresarial. Este é o primeiro passo (o da qualificação jurídica da conduta dos credores controladores e o tipo de ingerência que é conferida aos mesmos nos contratos de financiamento bancário, os covenants, o que tem de ser analisado caso a caso).

O segundo passo, já no plano jurídico-penal, consiste na imputação objectiva do facto colectivo (as decisões empresariais tomadas pelos credores controladores, qualificados, através do critério de hétéro-gestão de facto, como administradores de facto indirectos ou shadow directors da sociedade comercial financiada) aos administradores de facto

dos administradores da sociedade comercial financiada, sendo que uma parte deles (ou, muito frequentemente, a totalidade) dos administradores substitutos foram cuidadosamente seleccionados pelo credor controlador que, assim, controla (a seu bel-prazer e com total discricionariedade funcional e operacional) o órgão de administração da sociedade comercial financiada por interpostos administradores que estão a soldo do credor controlador. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015; RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 312-318.

Um sector da doutrina insurgiu-se contra o (desmesurado e, por isso, excessivo) grau de ingerência dos credores controladores na sociedade financiada. E, consequentemente, contra a própria extensão dos poderes de administração dos credores controladores nos destinos da sociedade comercial financiada afirmando. Argumenta-se, a esse propósito, que uma tal (desmesurada e excessiva) ingerência na condução dos destinos empresariais da sociedade comercial financiada fere (em medida inadmissível) os princípios da independência externa da pessoa colectiva no giro comercial e da indelegabilidade externa de funções de administração. Reduzindo, por acinte, os administradores da sociedade comercial financiada a uma (atípica espécie de) longa manus do credor controlador, que se limita a seguir e executar, automática, acrítica e maquinalmente, as suas imposições superior e unilateralmente determinadas. Ver: MAFALDA DE SÁ, “Cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento: ingerência irrestrita do banco-credor na gestão da sociedade devedora”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, março 2017, Ano 9, Vol. 17, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 177-204 (p. 191).

139 O critério da heterogestão teve acolhimento expresso na jurisprudência espanhola do acórdão Ibercaja, que se debruçou especificamente sobre a possibilidade de o credor controlador Ibercaja ser considerado como administrador de facto indirecto da sociedade comercial financiada. Na circunstância, a AIFOS, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias, S.A., sua devedora. O Tribunal de Málaga entendeu que se verificavam integralmente os pressupostos da administração de facto indirecta por parte da Ibercaja e preceituou expressamente os seguintes requisitos objectivos para a qualificação jurídica do credor controlador como administrador de facto indirecto: i) A ausência de uma deliberação social legal que sirva de suporte à nomeação do credor controlador como administrador da sociedade comercial financiada; ii) O carácter continuado, e não meramente ocasional e eventual, do exercício de funções de administração por parte do credor controlador (que, no caso concreto, se iniciou em 2006/2007 e se manteve até ao momento processual da declaração de insolvência); iii) O desempenho de funções, por parte dos credores controladores, na veste funcional de verdadeiros dos administradores de direito (de iure) (que tomam decisões que se prendam com os destinos da empresa, como a realização de pagamentos, o financiamento tendente à expansão da empresa e endividamento, entre outras); iv) O exercício independente e efectivo, que verse sobre a adopção de decisões estratégicas, como a determinação da moldura gestonária da sociedade comercial financiada (decisões estratégicas como a realização das obras que se devem concluir num determinado prazo, ou que fornecedores da sociedade comercial financiada devem ser pagos, que créditos da sociedade comercial financiada se extinguem, que garantias (pessoais e reais) aumentam); v) Em suma, aduz a decisão do tribunal judicial de Málaga, pode qualificar-se como administrador de facto indirecto aquele que está em posição favorável (e preferencial) de impor a sua vontade a quem ocupa o cargo de administrador e se apresenta, como tal, perante terceiros. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 1010). Ver: Sentencia 160/2011, do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, disponível em www.jurisprudencia.vlex.es (acesso em 23 de Junho de 2021); um breve comentário a esta decisão pode ser encontrado em GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015 (p. 1010), que seguimos de muito perto.

indirectos (credores controladores) em substituição da sociedade comercial financiada, que deverá ser ilibada de qualquer responsabilidade jurídico-penal.

Para alcançar tal objectivo (o da imputação objectiva à sociedade comercial financiada das decisões empresariais dos credores controladores qualificados como administradores de facto indirectos, que servem como factos de conexão) é necessário procurar uma base dogmática que o alicerce, com segurança jurídica. Vejamos em que termos.

2.2.1. A IMPUTAÇÃO OBJECTIVA DO FACTO AO RESULTADO TÍPICO: O CRITÉRIO DA EVITABILIDADE (KAUFMANN) DAS DECISÕES EMPRESARIAIS TOMADAS PELOS ADMINISTRADORES DE FACTO INDIRECTOS NO ÂMBITO DA 1ª VELOCIDADE (MODELO MISTO DE HÉTERO-RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS)

2.2.1.1. A VERTENTE SUBJECTIVA E A VERTENTE OBJECTIVA DO PODER-DEVER DE IMPLEMENTAR MECANISMOS DE COMPLIANCE EFICAZES DESTINADOS A EVITAR A PRÁTICA DE CRIMES NO SEIO DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA

Este segundo passo significa que, no âmbito funcional do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal¹⁴⁰, a conduta dos credores controladores, já qualificados de administradores de facto indirectos (shadow directors), deve ainda passar pelo critério da evitabilidade.

O critério da evitabilidade consiste nas decisões empresariais que poderiam (e deveriam) ter sido tomadas (e que foram, por isso, evitadas) pelos administradores de facto indirectos em ordem a prevenir/impedir o cometimento do crime no contexto empresarial da pessoa colectiva arguida (sociedade comercial financiada).

Este critério de evitabilidade é a vertente subjectiva (porque dirigida aos administradores de facto indirectos) do dever de adopção de mecanismos de Compliance eficazes¹⁴¹ destinados a prevenir o cometimento de crimes¹⁴² no seio da

140 Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo.

141 PAULO DE SOUSA MENDES, "Law Enforcement & Compliance", in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª edição, MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (Coordenação Científica), Coimbra, Almedina, 2018, p. 13 (aduz que "a adopção de boas práticas e sistemas efetivos de controlo interno é indispensável para as empresas não sucumbirem às próprias falhas e perderem afinal a batalha da competitividade"). RAMON RAGUÉS I VALLÉS, "El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno v. whistleblowing externo", *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial de B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 457 e ss e passim (sobre a necessidade de fomentar as denúncias internas no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas). A questão das denúncias internas foi tratada pela doutrina nacional: MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 72.

142 CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Autorregulación y responsabilidad de las personas jurídicas*, Peru, ARA Editores, 2015, pp. 75 e ss (aduz à importância da auto-regulação das empresas como forma de proteger a sociedade comercial e os seus administradores do labéu da responsabilidade penal, civil ou contra-ordenacional). Ver: IVÓ COCA VILA, "Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", in: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, pp. 54 e ss e passim (aduz que o compliance destina-se ao cumprimento do Direito. Mas não só. Destina-se, igualmente, a assegurar que uma tal atitude de fidelidade normativa não é fruto do bambúrrio ou do informe acaso); TERESA QUINTELA DE BRITO, "Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica", in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª edição, MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (Coordenação Científica), Coimbra, Almedina, 2018, p. 63 (sublinha que a adopção dos programas de cumprimento normativo são uma mera incumbência (funcional? Normativa? Soft law?) que impende sobre a pessoa colectiva por oposição a um imperativo categórico).

sociedade comercial financiada.

Ambas visam a dotar a sociedade comercial financiada de medidas preventivas tendentes ao impedimento da prática de crimes¹⁴³ no seu domínio funcional¹⁴⁴.

A vertente subjectiva do critério de evitabilidade dirige-se aos administradores de facto indirectos. A vertente objectiva do critério de evitabilidade dirige-se ao dever de adopção de mecanismos de Compliance eficazes¹⁴⁵ da sociedade comercial financiada.

Vertente objectiva que impende, objectivamente, sobre a pessoa colectiva arguida. Ou seja: sobre a sociedade comercial financiada que, apesar de ser dirigida, de facto, pelos credores controladores, ainda mantém alguma liberdade de conformação vertida no poder-dever de adopção de mecanismos de Compliance eficazes¹⁴⁶. Importa, agora, tecer breves

143 THOMAS ROTSCHE, "Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. "Criminal Compliance", in: ZStW, 3, 2013, pp. 483-484. Ver: KLINDT/PELZ/THEUSINGER, „Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, in: NJW (33), 2010, pp. 2384-2385 (sublinha que a auto-regulação regulada se destina a disciplinar todas as actividades funcionais da pessoa colectiva). Ver ainda: MARC ENGELHART, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance – Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, 2. Auflage, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Reihe S: Strafrechtliche Forschungsberichte (MPIS), vol. 121, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 284-290.

144 MARIA JOÃO ANTUNES, "A privatização das investigações e compliance criminal", in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 28, N.º 1, janeiro-abril de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, p. 123 (aduz que "corre-se mesmo o risco de poder afirmar que um dos objectivos principais da responsabilidade penal das pessoas colectivas é fomentar a cooperação entre a empresa e o processo penal", com o fito de evitar a prática de crimes no contexto empresarial).

145 A doutrina espanhola tem-se ocupado do estudo dos efeitos materiais e adjectivos dos programas de compliance dos Estados Unidos da América. Veja-se: ÁDAN NIETO MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", in: Compliance y Teoría del Derecho Penal, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 46 e ss e passim. SERGIO SEMINARA, "Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana", in: Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, Editorial de B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 138 e ss.

146 Programas de Compliance que não se desligam da necessidade de criação de um processo penal da pessoa colectiva. Vincam a necessidade de criação de normas de natureza específica no âmbito do processo penal da pessoa colectiva: HUGO LUZ DOS SANTOS, Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, pp. 1-168; GERMANO MARQUES DA SILVA, "Processo contra pessoas colectivas", in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021; TERESA QUINTELA DE BRITO, "Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português", in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021; JORGE DOS REIS BRAVO, "Processo penal de entes coletivos: «direito constitucional aplicado» ou inconstitucionalidade por omissão?", in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021 (aduz que a falta de uma disciplina processual no âmbito da responsabilidade penal da pessoa colectiva consubstancia uma inconstitucionalidade por omissão); CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, "A pessoa colectiva como sujeito processual ou a "descontinuidade" processual da responsabilidade penal", in: Revista do CEJ, Coimbra, Almedina, 2008, p. 99 (afiança que "a reflexão sobre a problemática da responsabilidade da pessoa colectiva, contrariamente a um recente incremento de elaboração dogmática no plano penal substantivo, não tem conhecido muitas manifestações em matéria processual. A questão reside na necessidade de aplicação de princípios, categorias, institutos e mecanismos processuais do modelo vigente – gizado para o sujeito processual singular (pessoa física) – aos entes colectivos, a fim de se poder apurar e efectivar a responsabilidade penal destes, acabada de consagrar no âmbito do Código Penal"); MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Bruscamente no Verão passado", a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 97 e ss e passim; GERMANO MARQUES DA SILVA, "Questões Processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores", in: Que Futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 789-790; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português", in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 28.º, N.º 1, janeiro-abril de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, pp. 144-145 e ss; MARIA JOÃO ANTUNES, "A posição processual da pessoa colectiva constituída arguida", in: Julgar, Ano 38.º, Maio-Agosto de 2019, Coimbra, 2019, p. 19 (frisa que "a ausência de normas de natureza processual específicas no ordenamento jurídico português contrasta com o que sucede naqueles em que foi introduzida a responsabilidade penal das pessoas colectivas"). Ao contrário do ordenamento jurídico português, o ordenamento jurídico francês, chileno e espanhol avançaram decisivamente no sentido da criação de normas processuais específicas para a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Ver, respectivamente: YVAINÉ BUFFELAN-LANORE, "La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales", Revue des Sociétés, 111 anné, n.º 2, 1993, pp. 313-317; DAVID SOTO DÍAZ, "La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile", in: Processo penal de personas jurídicas, Pamplona/Navarra, Aranzadi Editorial, 2017, pp. 408 e ss; BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de Responsabilidad Penal de las

considerações sobre o critério da evitabilidade de inspiração alemã.

O critério da evitabilidade foi inicialmente criado pelo insigne autor alemão KAUFMANN no âmbito do problema da relevância negativa da causalidade virtual, mas que pode ser facilmente transposto para o âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Principalmente como critério concretizador das decisões empresariais tomadas (e que não foram, por isso, evitadas) pelo administrador de facto indirecto que estiveram na base da produção do evento lesivo no seio da sociedade comercial financiada.

O critério da evitabilidade serve, pois, como critério concretizador das decisões empresariais poderiam ter sido evitadas pelo administrador de facto indirecto (credor controlador) em ordem a prevenir o cometimento do crime no contexto empresarial da sociedade comercial financiada¹⁴⁷. E que, não tendo sido tomadas, estiveram na base do cometimento desse crime no contexto empresarial da pessoa colectiva arguida/sociedade comercial financiada. Aqui reside a razão de ser da extensão da responsabilidade penal aos administradores de facto indirectos, em substituição da pessoa colectiva arguida/sociedade comercial financiada. Revertendo à construção doutrinal de ARTHUR KAUFMANN.

A construção doutrinal de ARTHUR KAUFMANN assenta no seguinte axioma: se a conduta delituosa do autor que foi causa objectiva do resultado típico tivesse sido evitada, seria de esperar (ou não) que, de acordo com as máximas da experiência comum¹⁴⁸ (*id quod plerumque accidit*)¹⁴⁹, o resultado típico se produzisse independentemente da conduta ilícita do administrador de facto indirecto¹⁵⁰.

Simplificando: só a inevitabilidade do evento lesivo (que seria, assim, inteiramente independente do concurso causal das decisões empresariais tomadas pelo administrador de facto indirecto, pelas quais o mesmo deverá ser jurídico-penalmente responsável em substituição da sociedade comercial financiada) anula o desvalor de resultado que é imputado objectivamente¹⁵¹ ao administrador de facto indirecto.

Personas, Madrid, Civitas, 2016, pp. 318 e ss.

147 Este critério de evitabilidade parte sempre do plano do direito penal do facto. E tem como base não uma atitude interior, mas uma vontade exteriormente relevante dos administradores de facto indirectos através da tomada de decisões empresariais (que, não tendo sido evitadas) estiveram na base da prática do crime objectivamente imputado, no âmbito do modelo de hétéro-responsabilidade da pessoa colectiva, à sociedade comercial financiada. Ver: GÜNTHER STRATENWERTH, "Handlungsund Erfolgsunwert im Strafrecht", in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 79, 1963, passim, que seguimos de muito perto. No que toca à vontade exterior havida no âmbito do direito penal do facto.

148 Sobre isto: HUGO LUZ DOS SANTOS, Código de Processo Penal – Anotado e Comentado, Volume III, Anotação ao Art.º 127.º, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-672.

149 Ver sobre a importância das regras da experiência comum no processo penal: SUSANA AIRES DE SOUSA, "Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal", in: Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva, J. LOBO MOUTINHO ET AL. (Coordenação), Volume IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2752 e ss e passim; PAULO DE SOUSA MENDES, "A prova penal e as regras da experiência", in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1011; PATRÍCIA SILVA PEREIRA, Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valorização, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 122 e ss e passim (alude à importância das regras da experiência em interligação com as regras de concatenação de indícios); G. UBERTIS, Argomenti di procedura penale, Milano, Giuffrè, 1979, passim.

150 A. KAUFMANN, "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht", in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, pp. 198 e ss e passim, que seguimos de muito perto. Sem qualquer menção, porém, à administração de facto indirecta.

151 PAULO DE SOUSA MENDES, "O problema da relevância negativa da causa virtual", in: Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 1407 e ss e passim, que seguimos de muito perto. Sem se referir, contudo, à temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

2.2.1.2. EXEMPLOS PRÁTICOS DA DENSIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DA EVITABILIDADE: AS DECISÕES EMPRESARIAIS TOMADAS (MAS QUE PODERIAM TER SIDO EVITADAS) PELO ADMINISTRADOR DE FACTO INDIRECTO, QUE ESTIVERAM NA ORIGEM DA PRÁTICA DO CRIME NO CONTEXTO EMPRESARIAL DA SOCIEDADE COMERCIAL FINANCIADA

O critério da evitabilidade tem plena aplicabilidade no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas e implicará a isenção da responsabilidade criminal do administrador de facto indirecto, sempre que se demonstre que, apesar daquelas decisões empresariais que poderiam ter sido evitadas e que eram potencialmente lesivas para a sociedade comercial financiada, o resultado lesivo (o crime) sempre ocorreria nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Designadamente, em vista de outras condutas funcionalmente relevantes da própria sociedade comercial financiada, que nada tenham tido a ver com qualquer concurso causal do administrador de facto indirecto.

Como exemplos práticos da densificação do critério da evitabilidade oferecem-se as seguintes decisões empresariais tomadas (e que poderiam ser evitadas) pelo credor controlador (qualificado como administrador de facto indirecto através do critério de hétéro-gestão de facto), que estiveram na origem da prática do crime no contexto empresarial da sociedade comercial financiada: i) a redução drástica no investimento em programas preventivos de higiene e segurança no trabalho; ii) a decisão de não actualizar os equipamentos electrónicos e maquinaria que se destinem a prevenir a ocorrência de crimes no contexto empresarial; iii) a não contratação de pessoal qualificado para operar a maquinaria que se destina a prevenir danos pessoais e patrimoniais a terceiros; iv) a redução drástica de pessoal nas principais linhas de produção; v) o desinvestimento drástico nas chamadas “simulações de acidente”, que atrasou decisivamente a “resposta em tempo real” e produziu o dano ambiental; vi) o desinvestimento drástico em toda a linha de produção da sociedade comercial financiada; vii) a falta de implementação de programas de cumprimento normativo (compliance) destinados (idóneos, adequados e eficazes) a evitar a prática de crimes no contexto empresarial da sociedade comercial financiada.

Trata-se de decisões empresariais potencialmente lesivas para a sociedade comercial financiada que, portanto, não foram evitadas (e deveriam) pelos credores controladores, já qualificados como administradores de facto indirectos.

Administradores de facto indirectos que deverão ser, no desenho funcional da 1ª velocidade¹⁵² (o modelo de misto de auto-responsabilidade penal da pessoa colectiva), exclusivamente responsabilizados do ponto de vista jurídico-penal pela prática do crime no contexto empresarial sociedade comercial financiada.

SOBRE O AUTOR

Hugo Luz dos Santos

Doutor em Direito (2019-2021)/Professor Universitário na City University of Macau/F. Assistente (em tempo parcial) na Universidade de Macau/Perito (Research Fellow) do Forum for International Arbitration and Conciliation (Oxford, United Kingdom - Membro permanente dos Working Groups da UNCITRAL).

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

¹⁵² Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). No prelo. As várias velocidades do Direito Penal foram gizadas, como se consabe, por SILVA SÁNCHEZ, que não faz, contudo, qualquer menção às duas velocidades para a responsabilidade penal das pessoas colectivas, que constitui, pelas razões apontadas na monografia que fazemos referência nesta nota de rodapé, uma inovação creditável ao autor daquela monografia e deste texto doutrinal, que se inspira naquela.

SOME REFLECTIONS ON THE FOURTH CHILEAN-GERMAN-TANZANIAN LEGAL TALK

REFLEXÕES SOBRE O QUARTO ENCONTRO CHILE-ALEMANHA-
TANZÂNIA EM DIREITO

SOME REFLECTIONS ON THE FOURTH CHILEAN-GERMAN-TANZANIAN LEGAL TALK

REFLEXÕES SOBRE O QUARTO ENCONTRO CHILE-ALEMANHA-TANZÂNIA EM DIREITO

JAMES M. COOPER*

California Western School of Law
jcooper@cwsu.edu

On December 3, 2021, the Heidelberg Center for Latin America convened a group of academicians from around the world to explore the way legal pluralism contests values (including the protection of universal human rights), disrupts our national legal systems, and provides for self-determination. The transnational webinar was co-sponsored by the University of Heidelberg and University of Bayreuth of Germany, Universidad de Chile, University of Dar Es Salaam in Tanzania, Faculdades de Campinas in Brasil, as well as California Western School of Law/Proyecto ACCESO in the United States, and the German Academic Exchange Service (DAAD). The webinar featured Chris Maina Peter, Professor Emeritus at the University of Dar Es Salaam, Tanzania, Professor Dr. Nancy Yañez of the University of Chile and Director of its Center for Human Rights, and Dr. Susanne Epple of the Frobenius Institute in Frankfurt, Germany. Dr. Sven Korzilius of the Heidelberg Center for Latin America and Jebby Gonza from Tanzanian-German Centre for Eastern African Legal Studies at the University of Dar es Salaam coordinated the webinar. Dr. Inés Recio provided welcoming remarks. The webinar brought together participants with an interest in Comparative Law, Indigenous Studies, Legal Anthropology, and Sociology of Law - over some two and a half hours! I served as moderator for this prestigious panel due to my work on legal pluralistic initiatives and legal reform in South America¹ and as a Member of the Academic Staff at the Heidelberg Center for Latin America.²

This Essay seeks to provide some notes to accompany the video proceedings of the webinar that is embedded in this volume of the Revista DESC at the Faculdades de Campinas of Brazil.³ Starting with a definition of legal pluralism, this Essay explores the manner in which elements of legal cultures were transplanted during the Colonial Periods of different countries.⁴ The Essay examines exercises of judicial imperialism which involved the wholesale importation of other countries' norms, rules and institutions and the calls, in the post-Independence era, for more locally sourced legal cultural practices. Such calls have grown louder over the last several decades due to globalization. There have been corresponding attempts to introduce

1 See James M. Cooper, *Legal Pluralism and the Challenge to Human Rights in the New Plurinational State Bolivia* 17 WASH. U. GLOBAL ST. L. REV. 1 (2018), https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1635&context=law_globalstudies.

2 Press: Three Countries Launch Comparative Post-Graduate Diploma, HEIDELBERG CENTER FOR LATIN AMERICA, http://www.heidelberg-center.uni-hd.de/english/presse_condor210504.html (last visited on Dec. 14, 2021).

3 See DESC, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito FACAMP, <https://desc.facamp.com.br/seer/index.php/FACAMP> (last visited on Jan. 28, 2022).

4 See James M. Cooper, *Competing Legal Culture and Legal Reform: The Battle of Chile*, 29 MICH. J. INT'L L. 501 (2008), <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=mjil>.

*The author thanks Dr. Sven Korzilius and Dr. Inés Recio of the Heidelberg Center for Latin America and Dr. Thoko Kaime of the University of Bayreuth, Germany for their invitation to participate in the Fourth Legal Talk as moderator. The author is Professor of Law and Director of International Legal Studies at California Western School of Law in San Diego, a Research Fellow at Singapore University of Social Studies, and a Member of Advisory Board for Direito, Economia e Sociedade Contemporânea (DESC) at Faculdades de Campinas (FACAMP) in Brazil. He thanks Professors William J. Aceves and Floralynn Einesman for their thoughtful reviews of earlier versions of this Essay.

elements of traditional, Indigenous justice systems to run parallel with the Western-sanctioned ones that remained when the Colonial Periods formally ended. Following growing support for Indigenous rights and the rising desire to compensate for past injustices, recently newly independent governments, attempted to implement Indigenous customary laws.⁵ This Essay explores the challenges that such exercises of legal pluralism pose to the state-imposed legal system inherited from the Colonial experience. This Essay concludes with a call for more comparative work to advance the study, teaching, and application of legal pluralism in our legal systems today and provides an appreciation of the contributions of the webinar's panelists.

I. LEGAL PLURALISM DEFINED

Legal pluralism has been broadly defined as a set of independent and coexisting institutionalized legal systems that are followed within a single "social arena."⁶ Legal pluralism has signified the existence of multiple legal systems - an official legal system largely influenced by former colonizing powers, running parallel with the more traditional or customary laws of Indigenous Peoples.⁷

Legal pluralism recognizes the importance of custom, the ways and means of solving problems in traditional communities, not just the western-styled laws imported from Europe or elsewhere in the so-called developed world. For Nafay Choudhury

Legal pluralism generally describes a situation where two or more legal systems or legal orders coexist in the same social setting. Legal systems include those beyond the state system, such as religious or customary legal systems. Legal pluralism also recognizes that legal mechanisms can also be found in other social settings, such as villages, families, or churches, where rules and conventions exist, inducing compliance.⁸

Often in these underserved regions which are rural and poor areas to which the modern state has little reach and even less impact, state authorities provide little access to justice in addition to poor healthcare, roads, and the basket of other public goods.

An equitable and efficient system of justice is important, but state authorities do not know the citizens in these areas and the citizens have no confidence in these state authorities. Communities address their challenges through local means and traditions.⁹ Often these problem-solving ways work in parallel with the imported (or imposed) laws and this balancing act became legal pluralism.¹⁰ Legal monism, on the other hand, is "the idea that there must be one and only one centralized

5 See Debra L. Donahue, *Education and Cooperative Management of Tribal Resources*, 42 TULSA L. REV. 5 (2006) (exploring the struggles for self-governance, self-determination and their ties to resource management).

6 Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, 30 SYDNEY L. REV. 375, 375 (2008).

7 Raquel Yrigoyen Fajardo, *Legal Pluralism, Indigenous Law, and the Special Jurisdiction in the Andean Countries*, 10 BEYOND LAW 32, 33 (2004).

Classical legal pluralism was confined in two ways: Geographically, it concerned only the interplay of Western and non-Western laws in colonial and postcolonial settings; conceptually, it treated the indigenous nonstate law as subordinate to the official law of the state as introduced by the colonizing power. The new legal pluralism extended the concept to Western societies and the interplay between official and unofficial law more generally.

Ralf Michaels, *Global Legal Pluralism*, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 243, 245 (2009).

8 Nafay Choudhury, *Reconceptualising Legal Pluralism in Afghanistan*, WINDSOR REV. LEGAL & SOC. ISSUES 21, 22 (2010).

9 James Michael Cooper, *Se abre una nueva oportunidad: Importando sistemas horizontales de justicia durante una época de reforma judicial*, 2 REVISTA CREA 96 (2001), http://repositoriodigital.uct.cl/bitstream/handle/10925/881/CREA_03_2001_2_art6.pdf?sequence=1.

10 James M. Cooper, *Naciones y Nociones Indígenas: Soberanía Cultural y Justicia Horizontal en Tiempos de Reforma Judicial*, in RESOLUCION DE CONFLICTOS EN EL DERECHO MAPUCHE: UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO 15 (2003).

hierarchical legal system in each state. This idea has dominated the political and legal imagination of the West.”¹¹

Human rights literature has long documented both forms of pluralism. These help us understand alternative forms of justice and the various ways that agents creatively invoke human rights norms with the goal of adapting them strategically.¹²

The one centralized legal monistic regime was imposed by Colonial authorities forcing adoption. The Colonies, in contrast, are the receivers and recipients of this top-down process. There is no give and take. The colonial masters give the law and the Colonies receive it. It is a model of Positivism – the ultimate authority being the colonial master, ideally a Royal such as Queen Isabela or King Leopold (Belgium), a sovereign from the House of Braganza, or a Kaiser Wilhelm II. It was not a mix-n-match game, for not all colonial experiences are equal. The French in West Africa, the Maghreb, and in Indochina brought Enlightenment in its mix of *liberté, égalité, and fraternité*. But ultimately, it was more like the administrative state sucking out every last resource – a downstream imposition of the Napoleonic Codes of the French Republic to its foreign possessions. And when Guinea decided, post-Independence, to reject a constitution that made it a junior partner in a new French Community, the French made an example of the disloyal upstarts by pulling out every last telephone wire from the nascent country¹³ – the height of the extractive state.¹⁴ This self-interest was not unique among the French. The British were also profit-minded, bent on ensuring their geopolitical relevance as long as they had their Empire on which the sun never set.¹⁵ The Belgians ruled with brutality in the Great Lakes area and ended up creating new states composed of ancient tribes such as Hutus and Tutsis who hated each other, The Portuguese were the first in and last out of their possessions – they liked a long Colonial party. Ultimately, extraction becomes addictive.

We learned about that African experience from Chris Maina Peter, who pointed us to Chinua Achebe’s classic novel *THINGS FALL APART*. The Colonial experience for Britain’s Nigeria was emblematic of the mix of village life with the Imperial rule of law. As for Tanzania, the British administration differed from than the German administration pre-World War One in Southwest Africa (Namibia) and Tanganyika. Post-World War One, this was not simply be a pure even swap exercise as Berlin and London fomented different imperialist projects, not just different legal cultural fragments. Those newly independent countries became cauldrons for reform and laboratories for legal pluralism that we study today. Legal pluralism is a reaction to all this Imperialism be it through formal Colonialism, post-Independence or post-pandemic.

II. JUDICIAL IMPERIALISM: LEGAL TRANSPLANTS

Legal transplantation was a large part of the colonial experience. Throughout the world, European colonial administrations imported the laws and regulations of the motherland/metropolis. Spanish laws were brought over to the Americas with the *conquistadores* and imposed on the Indigenous Peoples whom they ruled. Portuguese laws were sent to Angola, Brazil, Cape Verde, and Mozambique. Dutch laws went to Indonesia and Surinam. French laws were imposed on Mali, Louisiana, Mauritius, Quebec, and Upper Volta. Independence did not change that, but the monopoly that the former European

11 Daniel Bonilla Malonado, *Extralegal Property, Legal Monism, and Pluralism*, 40 U. MIAMI INTER-AM. LAW R. 213, 213 (2009).

12 KAMARI MAXINE CLARKE, *FICTIONS OF JUSTICE: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE CHALLENGE OF LEGAL PLURALISM IN SUB-SAHARAN AFRICA* 232 (2000).

13 Elizabeth Schmidt, *Made by History - Perspective: The historical roots of Guinea's latest coup*, WASH. POST (Sept. 21, 2021), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2021/09/21/historical-roots-guineas-latest-coup/>. See generally ELIZABETH SCHMIDT, *COLD WAR AND DECOLONIZATION, 1946-1958* (2007).

14 See ALEXANDER DUNLOP & JOSTEIN JAKOBSEN, *THE VIOLENT TECHNOLOGIES OF EXTRACTION: POLITICAL ECOLOGY, CRITICAL AGRARIAN STUDIES AND THE CAPITALIST WORLDEATER* (2020): (“Total extractivism denotes how the techno-capitalist world system harbors a rapacious appetite of all life – total consumption of human and non-human resources – that destructively reconfigures the earth.”). *Id.* at 1.

15 *What Does The Sun Never Sets On The British Empire Mean?*, WORLD ATLAS, <https://www.worldatlas.com/articles/what-does-the-sun-never-sets-on-the-british-empire-mean.html> (last visited on Dec. 14, 2021).

master had was over. It was no longer a closed shop for laws to be imported — a more open marketplace could result.¹⁶ In the Independence movement that swept Latin America in the early nineteenth century, one set of laws was often replaced with another — often without much success. As Brian Loveman stated: “When the independence movements of the early nineteenth century overturned the divinely inspired law of the Spanish kings, the liberal principles of France, Britain, and the United States usually failed as replacements.”¹⁷

A successful legal transplant — like that of a human organ — will grow in its new body and become part of that body just as the rule or institution would have continued to develop in its parent system. Subsequent development in the host system should not be confused with rejection.¹⁸

There was no opportunity for rejection if the developing country not initially colonized in the first place. Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, Jean-Francois Richard propose that countries which have their formal legal order internally have a comparative advantage in building effective legal institutions over those countries which had its foreign formal legal order imposed externally.¹⁹ Ethiopia is one such place. Yet that country cannot escape the vagaries of legal pluralism: In our webinar, Dr. Susanne Eppe helped us focus on the pitfalls of legal pluralism and the current challenges to the rule of law period in that East African state.

It is important to distinguish transplants that are voluntarily imported into a country by the local population and the transplants that were forcibly integrated by outsiders, like colonial powers.²⁰ For example, the governments of Latin America that transitioned their respective criminal procedures from the inquisitorial to the adversarial systems looked to Germany and the United States for models. These countries responded with the full blessing of the local governments and their operators as they modernize their legal systems.

These attempts can be criticized as window dressing, mere show-pieces of legal pluralism for the media, to placate civil society groups, international funders and academia. Professor Nancy Yañez reminded us that there are power structures in everything, and that mere tokenism will not save the day. In other words, just because the President of the Constituent Assembly in Chile is a Mapuche woman²¹ does not mean that a century and a half of the “Pacification of Araucania” — Mapuche territory in the south of Chile — can be forgotten²² It still “constituted a genocide of the indigenous population.”²³

Numbers should not scare us. None of this is a cookie-cutter process as no two states are entirely the same, even if they both share the same colonial master. And differences are oftentimes frowned upon in the halls of power. In 2006, while working in Bolivia, I informed the President’s Representative to the Constituent Assembly negotiations that I was from

16 YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, *THE INTERNATIONALIZATION OF THE PALACE WARS: LAWYERS, ECONOMISTS AND THE CONTEST TO TRANSFORM LATIN AMERICAN STATES* 6 (2002).

17 BRIAN LOVEMAN, *THE CONSTITUTION OF TYRANNY: REGIMES OF EXCEPTION IN SPANISH AMERICA* 4 (1993).

18 ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 27 (2nd ed., 1993).

19 Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, & Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 AM. J. COMP. L. 163 (2003). According to the authors, the manner in which a country received its formal law is a much more important determinant of the current effectiveness of its legal institutions than the particular legal family that it adopted.

20 JAMES A. GARDNER, *LEGAL IMPERIALISM: AMERICAN LAWYERS AND FOREIGN AID IN LATIN AMERICA* 30 (1980) (finding that the “legal export experience of the European colonialists is particularly relevant and instructive”).

21 Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, *Election of Indigenous woman Elisa Loncón as President of the Constituent Assembly rewards Chile’s social struggles* (July 5, 2021), <https://www.gi-escr.org/latest-news/election-of-indigenous-woman-elisa-loncon-as-president-of-the-constituent-assembly-rewards-chiles-social-struggles>. See also *Elisa Loncon, Mapuche native at the head of the Constituent Assembly, promises “a new Chile”*, <https://bbc-edition.com/international/elisa-loncon-mapuche-native-at-the-head-of-the-constituent-assembly-promises-a-new-chile/>.

22 Rodolfo Stavenhagen, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People: Mission to Chile*, 6 U.N. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3 (2003). See Larry Rohter, *Mapuche Indians in Chile Struggle to Take Back Forests*, N.Y. TIMES (Aug. 11, 2004), <http://www.mapuche-nation.org/english/html/articles/art-15.htm..>

23 Ramona Wadi, *In Chile, Dismissing Mapuche Resistance As Terrorism*, MPN NEWS (Aug. 12, 2014), <https://www.mintpressnews.com/in-chile-dismissing-mapuche-resistance-as-terrorism/195192/>.

Canada. I was then asked by someone in Vice-President Alvaro Garcia Linera's office, "How many constitutions has your country had?" I responded proudly: "One and we got it from Great Britain in 1982, amended from its 1867 original version." The staffer asked the group incredulously: "Why is this guy here? We have written lots of constitutions here, so how exactly can this possibly guy help us?"

Peruvian sociologist Hernando de Soto concurs to some degree: "[C]reating an integrated system is not about drafting laws and regulations that look good on paper but rather about designing norms that are rooted in people's beliefs and are thus more likely to be obeyed and enforced."²⁴ I learned that the hard way - I very well may have been engaging in some judicial imperialism myself with my advisory/consulting work for the Latin American government and Indigenous Peoples by applying my personal perspective and facilitating my inherent biases. While consulting with the Bolivian Vice-Ministry of Decentralization and the President's Office for the Constituent Assembly Negotiations I laid bare my cultural presupposition that all things written were good and that custom had to be reduced to writing so that all citizens had notice about the rules that were to be enforced.²⁵ Western notions about separation of powers, the social contract, and checks and balances may not have a rightful place in the Andes, or anywhere at all, once everything is up for grabs in a post-Colonial world.

III. THE DANGERS TO HUMAN RIGHTS AND THE CHALLENGES OF MEASUREMENT

This may create a parallel reality [of sorts] — one legal systemic stuck in a modern age, based on fundamental human rights as prescribed by the myriad international treaties signed, ratified, and deposited by Bolivia and the other based on an ephemeral, yet traditionally and wholly subscribed to, set of principles. Moreover, when it comes to Aymara, Quechua or Guaraní *justicia comunitaria*, these communities of Indigenous Peoples exist in more than one nation-state.²⁶

In our webinar of December 3, 2021, we reflected on the challenges that comes with pluralistic legal systems, some of them on steroids. Dr. Susanne Epple spoke of Southern Ethiopia, the focus of her fieldwork. She reflected on the scores of ethnic groups and sub-groups within such a small geographic area. We were reminded of the nightmare of cultural relativism, the dangers of translation, and the vagaries of harmonization. That much of this now exists in a brewing civil war makes the work on facilitating cultural differences in customary law by localities, both a simultaneous post-modern exercise and pre-modern exercise. Indeed, formalization of Indigenous justice can clash with some of the core principles of human rights law. The very foundations that countries have laid to fulfill their commitments to various international and regional treaty regimes are shaken. If the exercise of Indigenous self-determination may violate other human rights, how shall we move forward balancing and sequences these different rights?

IV. A CALL TO ACTION

There is no doubt that our webinar made clear that we must think outside the box and the box, in this case, is the state.

[W]e need to think more precisely about the meaning and enactment of justice and politics in local contexts — how

24 HERNANDO DE SOTO, *THE MYSTERY OF CAPITAL: WHY CAPITALISM TRIUMPHS IN THE WEST AND FAILS EVERYWHERE ELSE* 159 (2000).

25 JAMES M. COOPER, *EL DESAFÍO BOLIVARIANO HACIA LA MODERNIDAD: DERECHOS HUMANOS Y PLURALISMO JURIDICO EN EL NUEVO ESTADO DE BOLIVIA* (2016).

26 "[T]here are norms and practices that apply or have force in more than one jurisdiction, but without any transcendent authority. We might call *parallel* norms. They apply to more than one country or jurisdiction, but on a voluntary basis, so to speak." Lawrence M. Friedman, *Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law*, 32 *STANFORD J. INT'L L.* 65, 69 (1996).

it should work, whom it should include, and whom it excludes. We must rethink the conditions within which we envisage justice in the first place and expand the basis on which we locate political beings. For it is limiting to assume that “the law” — rule of law, criminal law, national law — is the only way that justice can be achieved, especially because justice itself is not a thing but a set of relations through which people establish norms of acceptability.²⁷

Law and Development lawyers, for-profit legal reform merchants, diplomatic corps, public sector leaders, and international aid agencies should take these words to heart. And in establishing norms of acceptability, we can try to make our justice systems more equitable, accessible, and reflective of each country’s culture.

Legal pluralism in and of itself is not an end. Our webinar panelists from around the world informed us it is not a destination. Rather, it is a journey, a process of weighing differing norms, balancing the rules that emerge from those rules and building the institutions that enforce those rules. In the traditional state structure that the European Colonial masters left behind — the vestiges of legal culture competed with that which existed prior to European “discovery”. Legal pluralism is a structural way to allow for these competing, if not complementary, legal systems to best serve the interests of each state’s citizenry and to provide an opportunity for local self-determined problem-solving.

27 KAMARI MAXINE CLARKE, FICTIONS OF JUSTICE: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE CHALLENGE OF LEGAL PLURALISM IN SUB-SAHARAN AFRICA 147 (2000).

ABOUT THE AUTHOR

James M. Cooper is Professor of Law and Director of International Legal Studies at California Western School of Law; Director of Proyecto ACCESO; Consultant to the U.S. Department of State, the Organization of American States, the Inter-American Development Bank, U.S. Agency for International Development, U.S. Patent and Trademark Office, the Bolivian President's Office for the Constituent Assembly negotiations, Mexico's Executive Branch (Los Pinos), Paraguay's Senate, other governments, international agencies, regional aid organizations and technical cooperation agencies; member of the U.S. government's delegation in the World Intellectual Property Organization.

Writer in leading journals in North America, South America, and Europe, newspapers, television, and radio news programs around the world, he is also director and producer of documentary films.

Professor Cooper's work has recently focused on the legal regulation of emerging technologies. He is a member of Protocol's Braintrust, an advisor to blockchain companies in Asia, and a writer on FINTECH, with publications in The Taipei Times, The International Business Times, The Business Times of Singapore, The Hill, Yahoo! Finance, and Coindesk and Cointelegraph. Professor Cooper serves as Research Fellow at Singapore University of Social Sciences.

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O PRINCÍPIO DA PAR CONDITIO CREDITORUM E A (IM)POSSIBILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE CREDORES DE MESMA ESPÉCIE

THE PAR CONDITIO CREDITORUM PRINCIPLE AND THE (IM)
POSSIBILITY OF THE DIFFERENTIAL TREATMENT BETWEEN
CREDITORS OF THE SAME ORDINATION

O PRINCÍPIO DA PAR CONDITIO CREDITORUM E A (IM) POSSIBILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE CREDORES DE MESMA ESPÉCIE

THE PAR CONDITIO CREDITORUM PRINCIPLE AND THE (IM)POSSIBILITY OF THE DIFFERENTIAL TREATMENT BETWEEN CREDITORS OF THE SAME ORDINATION

JÉSSICA PEREIRA ARANTES KONNO CARROZZA

Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

<https://orcid.org/0000-0002-7697-5619>

<http://lattes.cnpq.br/1669260681549791>

E-mail: jessicarozza@gmail.com

ELIAS KALLÁS FILHO

Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

<https://orcid.org/0000-0003-3774-6132>

<http://lattes.cnpq.br/3048219968972262>

E-mail: ekf@fdsm.edu.br

RESUMO

Esta pesquisa objetiva verificar a possibilidade jurídica de inovações no tratamento de credores de mesma espécie, dentro do processo de recuperação judicial, sem que isso represente ofensa ao princípio do tratamento paritário entre eles. Pretende-se analisar a possibilidade de conferir tratamento diferenciado entre os credores pertencentes à mesma classe, pelo oferecimento de diferentes formas de pagamento do crédito, através da análise do princípio *da par conditio creditorum* no Brasil, bem como dos princípios que norteiam o Direito Recuperacional. Por meio de pesquisa bibliográfica, e fazendo uso de técnicas de revisão literária, é possível concluir que é possível tratar tais credores de forma diferente, sem que isso represente ofensa ao princípio da paridade.

Palavras-chave: Credores; *par conditio creditorum*; Paridade; Recuperação e Falência.

ABSTRACT

This research aims to verify the legal possibility of innovations in the treatment of creditors of the same type, within the judicial reorganization process, without this representing an offense to the principle of equal treatment between them. It is intended to analyze the possibility of granting differentiated treatment between creditors belonging to the same class, by offering different forms of credit payment, through the analysis of the principle of *par conditio creditorum* in Brazil, as well as the principles that guide Reorganization Law. Through bibliographic research and using literature review techniques, it is possible to conclude that's possible to treat such creditors differently, without this representing an offense to the principle of parity.

Keywords: Creditors; *par conditio creditorum*; Parity; Recovery and Bankruptcy.

INTRODUÇÃO

Quando voltamos o olhar para a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, especificamente para a classificação dos credores, resultado da conjugação de normas de origem e finalidades variadas, e da evolução jurisprudencial nem sempre harmônica dentro do processo falimentar, o intérprete da lei defronta-se com um quadro altamente complexo de hierarquias e preferências.

Contudo, a lei é silente quando se trata da aplicação do princípio da *par conditio creditorum* no plano de recuperação, e a justificativa que se obtém é a valorização do caráter negocial do instituto, o qual tem por objetivo viabilizar a atividade empresarial num momento de crise financeira. Nesse sentido, o objetivo da presente pesquisa é discutir novas possibilidades de interpretação da lei falimentar ao viabilizar a utilização de um tratamento diferenciado entre os credores pertencentes à classe quirografária no curso da recuperação judicial.

No presente artigo, a partir de uma revisão bibliográfica, pretende-se estabelecer as bases teóricas para o entendimento dos pontos da Lei nº 11.101/2005 e da Lei nº 14.112/2020, especialmente sobre a aplicação da *par conditio creditorum* na recuperação judicial. Questiona-se, assim, sobre a (im)possibilidade de tratamento diferenciado entre os credores quirografários¹ no plano apresentado pelo devedor. E, ao final, pretende-se demonstrar que é possível tratar os credores de forma diferente, sem que isso represente ofensa ao princípio da *par conditio creditorum*, desde que respeitados os critérios objetivos propostos pelos autores.

BREVE RETROSPECTO DA LEI DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E FALÊNCIA NO BRASIL

A falência é um instituto intimamente ligado à evolução do próprio conceito de obrigações. Conforme Almeida, nos primórdios, o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e, até mesmo, com a própria vida. No direito quirítário², por exemplo, o *nexum* (relação entre devedor e credor) admitia a servidão do devedor, pelo prazo de 60 dias, para com o credor. E, se nesse prazo a dívida não fosse solvida, o credor poderia vender o devedor como escravo no estrangeiro, ou até mesmo matá-lo, em uma execução coletiva.

Com a promulgação da Lex Poetelia Papira, em 428, a.C., que introduziu no direito romano a execução patrimonial, foi abolida a responsabilidade social, e instituído o desapossamento dos bens do devedor. Conforme observa Waldemar Ferreira, este seria o embrião da falência por editar os dois princípios fundamentais do instituto: “o direito dos credores disporem dos bens do devedor e da *par conditio creditorum*” (FERREIRA apud ALMEIDA, 2012, p. 42).

Na idade média, a tutela estatal assumiu um especial papel, visto que a atuação dos credores passou a ser condicionada à disciplina judiciária. Hoje, o concurso creditório é rigidamente disciplinado pela obrigatoriedade dos credores se habilitarem em juízo, atribuindo ao juiz a função de zelar (ALMEIDA, 2012) pelo patrimônio do insolvente.

É importante destacar também, antes de adentrar na especificidade brasileira, que os estatutos italianos foram difundidos por outros países, encontrando ampla ressonância nas Ordenações de 1673 na França (ALMEIDA, 2012). E o Código

1 De acordo com Coelho (2006) os créditos quirografários são aqueles que correspondem à grande massa das obrigações do falido. Pertencem a essa categoria os créditos oriundos de títulos de crédito, indenização provenientes de ato ilícito (exceto acidente de trabalho), negócios jurídico mercantis em geral, entre outros.

2 Também chamado de *ius quirítium* ou *ius civile*, trata da fase mais primitiva do direito romano, que antecede a codificação da Lei das XII Tábuas.

Napoleônico impôs severas restrições ao falido, constituindo uma inegável evolução do instituto (ALMEIDA, 2012). Nesse momento, é possível identificar o embrião do que viria a ser o *pactum ut minus solvatur*, ou, como denominado por Pontes de Miranda, o pacto de solver com menos (PONTES DE MIRANDA apud MARCHI, 1999).

O Brasil, como colônia, sujeitava-se às regras jurídicas de Portugal, onde vigoravam as Ordenações Afonsinas, sem grandes repercussões, quando ainda era inexpressiva a atividade econômica no Brasil, e, posteriormente, através da revisão de Dom Manuel, no ano de 1514, foram publicadas as Ordenações Manuelinas, no ano de 1521. Influenciada pelo código civil italiano, a grande inovação desta ordenação foi a previsão de que o devedor deveria fazer a cessão de seus bens e, caso não o fizesse, ou se fossem insuficientes para saldar a dívida, o devedor poderia ser levado à prisão.

Por fim, com as Ordenações Filipinas, em 1603, em razão da Lei de 8 de março de 1595, promulgada por Filipe II, que inspirou o Título LXVI do V Livro das Ordenações Filipinas, acrescentou ao instituto brasileiro a penhora e a execução automática, a isenção de crime aos devedores que, sem culpa³, caíssem em pobreza, a criação da figura do “ladrão público” inabilitado para o comércio, e a pena de morte.

Passado pouco mais de um século da libertação portuguesa do domínio espanhol, o Marquês de Pombal, em 1756, promulgou o alvará que dispunha sobre as diretrizes do processo falimentar. Nele estabeleceram-se diversas obrigações para o falido, como o juramento da causa da falência, a declaração dos bens na entrega das chaves do comércio e a entrega do livro diário com lançamento do ativo e do passivo.

O falido era obrigado a apresentar-se à Junta do Comércio, perante a qual jurava verdadeira causa da falência (ALMEIDA, 2012). Se a causa fosse justa, 10% do valor do produto da arrecadação dos bens era destinado ao próprio falido para o sustento seu e de sua família, repartindo o restante entre os credores. Contudo, caso fosse fraudulenta a falência, os autores eram remetidos ao Juiz Conservador do comércio, que os pronunciava e mandava prender os culpados (REQUIÃO, 2000).

Mesmo após a Proclamação da Independência do Brasil, por longos anos vigoraram as leis portuguesas. No ano de 1823, ainda sob o domínio português, o Brasil adotou a Lei da Boa Razão, aplicando subsidiariamente a Lei das Nações Civilizadas da Europa aos negócios marítimos e mercantis, o que afastou a aplicação do direito italiano.

A aproximação com a legislação francesa, representada pelo Código Napoleônico, resultou no primeiro código comercial brasileiro que, na sua Parte Terceira cuidava “Das quebras”, cuja parte processual foi regulamentada pelo Decreto nº 738 de 25 de novembro de 1850. Contudo, a legislação era tão inadequada às condições do comércio brasileiro que foi inteiramente derogada em 1890, pelo Decreto nº 917⁴.

Na busca de impedir conluíus entre devedor e credor, fraudes e procrastinações processuais, o governo promulgou a Lei nº 2.024 de 1908, cujo projeto foi elaborado pelo comercialista J. X. Carvalho de Mendonça, que vigeu por 21 anos, “marcando época na legislação mercantil brasileira”, conforme afirmou Waldemar Ferreira (2012). Contudo, não atingiu seu objetivo devido ao despreparo e pouco empenho do poder judiciário.

Em decorrência a depressão causada pela Grande Guerra de 1914 a 1918 e das crises que a sucederam, e em face do advento do Estado Novo e da preocupação de ajustar a legislação nacional à filosofia política de fortalecimento dos

3 “E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento” (ALMEIDA, 2012, p. 63).

4 Essa reforma foi preparada pelo jurista Carlos de Carvalho, que elaborou o projeto em apenas 14 dias. Sobre a Lei Falimentar, J. X. Carvalho de Mendonça, citado por Rubens Requião (2000), teceu judiciosa apreciação, dizendo que o Decreto nº 917 continha muitos defeitos, mas também continha o mérito de haver aberto novos horizontes ao direito brasileiro, que reconheceu diversos institutos. Nas palavras de Requião, o Decreto foi um passo à frente na modernização do instituto falimentar da época.

poderes do Estado (REQUIÃO, 2000), houve reformas que culminaram no Decreto-Lei nº 7.661 que, com inúmeras alterações, permaneceu em vigor até quando foi promulgada a Lei nº 11.101 de 2005.

As novas alterações na lei falimentar vão além ao vislumbrar o princípio da conservação da empresa, fruto de um período pós-guerra e do princípio da recuperação econômica da empresa, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a sua função social e o estímulo à atividade econômica”, conforme enfatiza o artigo 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF, nº 14.112,24 de dezembro de 2020).

O TRATAMENTO PARITÁRIO NA FALÊNCIA

A falência é um instituto intimamente ligado à evolução do próprio conceito de obrigações (FERREIRA, 2012). Conforme Almeida (2012), nos primórdios, o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e, até mesmo, com a própria vida. No direito quiritário, por exemplo, o *nexum* (relação entre devedor e credor) admitia a servidão do devedor para com o credor pelo prazo de 60 dias. Mas, ao longo da história, percebeu-se que a insolvência criava um duplo desafio jurídico e econômico, uma vez que concorrem diversos credores sobre o patrimônio de um mesmo devedor, de modo que possa se tornar impossível a satisfação global dos credores (MAMEDE, 2012). Nesse caso, observa-se que o modelo de execução individual se torna insuficiente, tendo em vista que, enquanto ocorreria a plena satisfação de alguns credores, outros credores não teriam a chance de ter seu crédito obtido.

Dessa forma, era preciso submeter o patrimônio do insolvente à uma execução coletiva, ou seja, a um procedimento no qual concorressem todos os credores, a fim de solucionar o conflito resultante da insolvência. Para tanto, é necessário ordenar o quantum dos bens do devedor, ou seja, o valor efetivo de suas dívidas e, então, distribuir o montante com base em de dois critérios: a natureza do crédito; e garantia de que todos os credores, titulares de créditos de mesma natureza, sejam tratados em igualdade de condições.

A legislação falimentar trouxe sensíveis inovações, como a utilização do vocábulo “falência”. Também vislumbrou o princípio da conservação da empresa, fruto de um período pós-guerra, e o princípio da recuperação econômica da empresa (REQUIÃO, 2000, p. 48), “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a sua função social e o estímulo à atividade econômica”, conforme enfatiza o artigo 47 da LREF. Para Lacerda (2012), a falência é, de fato, um processo igualitário, que visa colocar todos os credores na mesma igualdade (*pars conditio creditorum*).

Se na falência os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, então o produto da venda de tais bens deve ser dividido proporcionalmente ao valor dos créditos dos credores dentro de cada classe. De fato, “para que esses direitos sejam respeitados na execução coletiva, impõe-se a sua classificação, a fim de que cada credor receba o que legitimamente lhe é devido” (LACERDA, 2012, p. 56).

Por se tratar de uma situação de perda generalizada, o processo falimentar é, normalmente, envolvido num clima de desconforto para todas as partes. Tendo isso por base, o processo deve ser conduzido a partir de uma “distribuição social dos gravames da quebra que deve ser apreciada a questão do tratamento dos credores no foro concursal” (FÈRES, 2006, p. 344-45). Ou seja, a distribuição dos créditos deve se fundar numa matriz consubstanciada no tratamento harmonioso entre os credores.

A necessidade dessa postura, segundo Coelho, tem como fundamento a própria noção de justiça que, por sua vez, será materializada e aplicada pelo princípio do tratamento paritário dos credores, ou *par conditio creditorum* (FÈRES, 2006).

Sendo um dos principais objetivos do processo falimentar, a “profissionalização da administração da falência” se torna “mera condição para melhor atender aos direitos dos credores” (FÈRES, 2006, p. 344-45).

Para Miranda (2012, p. 201-02), “torna-se recorrente nas sociedades pluralistas contemporâneas a procura de um equilíbrio tanto entre igualdade e aquilo a que se vem chamando direito à diferença como entre bens e interesses de grupo”. O caput do artigo 5º da Constituição Federal assegura mais do que uma igualdade formal perante a lei. É necessário assegurar uma igualdade material que se baseia em determinados fatores. O que se busca dentro do processo falimentar é uma igualdade proporcional, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais.

Determinadas classes⁵ de credores, em especial a classe de credores quirografários, por vezes reúnem uma série de credores que possuem interesses, características e créditos de natureza completamente heterogêneas que traz ineficiência, no trato da pluralidade de credores envolvidos, para o processo de recuperação judicial. A classe dos credores quirografários é a mais extensa de todas as classificações de beneficiários de pagamento (MIRANDA, 2012).

A título de exemplo, nessa classe estão os credores a título negocial cujo direito é documentado num título de crédito (como ocorre nos casos de portador de nota promissória ou cheque), numa debênture sem garantia, ou ainda em um contrato desprovido de garantia real. Esta classe também abrange os credores por obrigação extracontratual (titulares de indenização por ato ilícito). Igualmente, entre os quirografários, estão os créditos reclassificados (credores com saldo não satisfeito advindo de outra classe), créditos públicos não inscritos na dívida ativa, e todos os demais credores não classificáveis em qualquer outra categoria da ordem de pagamento. De modo geral, a classe dos credores quirografários é uma instância residual. Se o credor não se enquadra, por expressa disposição da lei, em nenhuma das outras classes, ele é quirografário (FÈRES, 2006).

O princípio do tratamento paritário, ao mesmo tempo em que assegura a igualdade entre credores de mesma natureza, também estabelece hierarquias entre eles. A *par conditio creditorum* é, portanto, uma manifestação específica do princípio constitucional da isonomia, que visa equacionar os interesses postos em conflito no concurso de credores. Assim, deve-se satisfazer os credores concursais na mesma medida. Por esta razão, em cada classe, cada credor deve receber uma soma que constitua o mesmo percentual que todos os outros credores receberão.

Ocorre que, diferente do processo falimentar que se exige a aplicação das mesmas condições de pagamento aos credores de mesma classe, a LREF não trata expressamente da aplicação do princípio da isonomia aos processos de recuperação. Por se tratar de um princípio geral que gere o processo de falência (COELHO, 2006, p. 107-08)⁶, indaga-se sobre a possibilidade de aplicação do tratamento paritário no processo de recuperação judicial.

EXISTE TRATAMENTO PARITÁRIO NA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL?

O art. 56, §3º, da LREF afirma que o plano recuperacional que tenha sofrido alterações na assembleia geral, além de precisar concordância expressa do devedor, não pode haver termos que impliquem na diminuição dos direitos dos credores ausentes. O art. 58, §2º, da LREF, ao tratar do instituto do *cram down*⁷ (art. 58, §1º), veda o tratamento diferenciado entre

5 A LREF subdivide essas classes em 2 grandes grupos: créditos básicos (artigo 83) com 8 classes, e créditos extra concursais (artigo 84) com 5 classes.

6 “O tratamento paritário dos credores é princípio geral que informa o processo de falência. Em que medida, porém, este princípio também pode ser aplicado ao processo de recuperação judicial?”

7 O Instituto do Cram Down é um termo utilizado na doutrina Americana, sem possibilidade de tradução fiel, e que possibilita ao juiz impor aos credores discordantes a aprovação do plano apresentado pelo devedor e já aceito pela maioria. No Brasil tornou-se hábito chamar o art. 58, §1º da LREF dessa forma porque o juiz irá analisar se foram cumpridos os requisitos dos incisos I, II e III do referido artigo.

os credores da classe que houver rejeitado o plano de recuperação judicial aprovado pelos devedores e concedido pelo juiz.

Como é possível perceber, o capítulo referente à recuperação judicial não deixa de forma evidente a aplicação de tratamento paritário. A LREF estabelece algumas garantias específicas como a impossibilidade de tratamento diferente entre credores presentes e não presentes na assembleia, bem como entre aqueles que aprovaram e não aprovaram o plano de recuperação. Por outro lado, o texto legal não apresenta nenhuma disposição semelhante ao que ocorre no capítulo referente à falência, que prevê expressamente a aplicação do princípio da *par condition creditorum*⁸. Desse modo, é possível a aplicação do tratamento paritário no processo recuperacional, quando o Juízo entender pertinente, a partir desse dispositivo?

Conforme Kallás Filho e Massa (2019), para evitar a atuação criativa de juízes e tribunais, o Código de Processo Civil traz, nos artigos 371 e 926, elementos de coerência e integridade ao processo, em que se exige a uniformização da jurisprudência para minorar o uso irrestrito do livre convencimento, o que parece atender aos anseios de uma sociedade que visa ter seus direitos fundamentais garantidos, mas que também busca por segurança e estabilidade jurídica.

Nesse sentido, conforme consta no Informativo de Jurisprudência nº 549 do Superior Tribunal de Justiça, “tem ele [juiz] o dever de velar pela legalidade do plano de recuperação judicial, de modo a evitar que os credores aprovelem pontos que estejam em desacordo com as normas legais”. Trata-se de entendimento consolidado, decorrente do Enunciado nº 44 da 1ª Jornada de Direito Comercial do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal⁹.

Embora a Lei nº 11.101/2005, assim como a sua atualização (Lei nº 14.112), reconheça que a recuperação judicial tenha um caráter negocial, não é possível que sua atuação seja pautada numa autonomia privada de forma absoluta. Isto porque o exercício da autonomia privada encontra limites nas regras positivadas, assim como nos princípios gerais. Além disso, a concepção da atividade empresarial não pode ser dissociada do comprometimento com todos os segmentos que a circundam e com quem mantém relações. O objetivo social revela que há um interesse coletivo ao invés de meramente privado, e que deve estar atrelado a um fim maior (NORONHA, 2018).

O art. 47 da LREF declara que a recuperação judicial tem por função viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira da devedora, e que a recuperação judicial, por si só, não torna uma empresa inviável em viável do ponto de vista econômico-financeiro. A recuperação judicial somente se justificará caso seja possível demonstrar que a devedora é economicamente viável, e isso se concretiza pela liberdade do empresário em elaborar o plano de recuperação.

Nessa seara, o art. 53 da LREF afirma que é o empresário devedor quem deve apresentar o plano. Desta maneira, verifica-se que é a administração devedora que tem o poder de propor um plano de recuperação. E faz sentido que assim seja, afinal, é a administração quem melhor conhece o negócio da devedora, e que tem acesso às informações relevantes e interesse na aprovação do plano pelo Quadro Geral de Credores para afastar a convolação em falência.

A recuperação judicial é como um contrato, formado a partir de uma negociação estruturada pela LREF, com a intenção de novar as obrigações a ela sujeitas. O plano de recuperação é o produto dessa negociação, que deverá ser regido pelo princípio da boa-fé para garantir sua legitimidade, visto que, no caso da empresa em recuperação judicial, sua insolvência implica que nem todas as obrigações poderão ser integralmente satisfeitas ou, ao menos, não o serão no prazo ou nas condições originalmente acordadas.

Segundo Kirschbaum (2009, p. 167), “a questão-chave aqui é a lógica que deve ser empregada pelo credor ao considerar a proposta de novação de seu crédito”. Ao avaliar se faz ou não sentido aceitar a proposta contida no plano apresentado pela devedora, o credor deve ponderar o que o montante representa do que lhe seria pago caso a empresa fosse

8 Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores (...).

9 Enunciado nº 44 – A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/69>.

liquidada por convolação em falência. “Dentro dessa lógica, os credores tenderão a cooperar apenas se, ao ‘alargarem o bolo’, não tiverem que abrir mão do valor a que acreditam fazer jus” (KIRSCHBAUM, 2009, p. 168).

Isso significa que o plano de recuperação judicial, não obstante construído no âmbito de um processo judicial, tem natureza de negócio jurídico celebrado entre devedor e seus credores. Em razão da natureza negocial, portanto, o plano demanda que haja manifestação válida de vontade dos contratantes para a sua formação, sendo que esta deriva da própria liberdade contratual.

É possível verificar que o processo falimentar, em razão de ser uma execução concursal, possui regras claras sobre a satisfação do passivo. Já o instituto da recuperação judicial objetiva criar condições para ampla negociação entre devedor e seus credores, em que a classificação dos credores serve apenas como critério de reunião de interesses para deliberação em assembleia. A lei veda o tratamento diferente entre credores, mas esse princípio assume um caráter negocial, em razão da natureza do instituto da recuperação empresarial.

Ou seja, embora exista a aplicabilidade do princípio da paridade entre credores de mesma classe dentro do processo de recuperação, ele não possui o mesmo sentido de quando aplicado à falência. Entendido enquanto materialização do dever constitucional de se tratar todos os destinatários de uma norma jurídica de forma isonômica, o princípio da *par conditio creditorum* nada tem de original, e não poderia ser considerado um princípio autônomo da LREF (CALÇAS, 2018). Deve o julgador, portanto, considerar os demais princípios próprios da recuperação.

O Senador Ramez Tebet (BRASIL, 2003)¹⁰ os organizou e, nesta pesquisa, destaca-se aqueles relevantes à temática proposta: (i) preservação da empresa; (ii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (iii) proteção aos trabalhadores; (iv) segurança jurídica; e a (x) maximização do valor dos ativos do falido.

A ideia de que a atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência seja regida por certos princípios que devem servir de guia ao intérprete para a compreensão e aplicação adequada das normas contidas em tal diploma legal é algo frequentemente sustentado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. Isso porque a LREF brasileira, tal como ocorre com as leis de insolvência ao redor do mundo, deve atender às necessidades de desenvolvimento do país ao longo do tempo. Por isso, os avanços são sempre necessários e constantes. “Em matéria de legislação concursal, quanto mais se desenvolve o comércio de um país, mais repetidas são as reformas dessa parte da legislação” (CALÇAS, 2018, p. 30).

Mas, no Brasil, o intérprete da lei se depara com um quadro altamente complexo de hierarquias e preferências dentro da classificação dos credores, resultante da conjugação de normas de origem e finalidades variadas, e da evolução jurisprudencial nem sempre harmônica. Estudá-las e sistematizá-las não é simples, e sempre acaba restando dúvida e controvérsia no enfrentamento do assunto: quais os fundamentos e critérios utilizados para o tratamento diferenciado entre os credores sujeitos à recuperação judicial? Existe a possibilidade de oferecer diferentes formas de pagamentos dos créditos dos credores de mesma classe, sem que esse tratamento diferenciado represente ofensa ao tratamento igualitário entre tais atores?

É (IM)POSSÍVEL O TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE CREDITORES?

A questão da recuperação de empresas em situações de crise tem recebido respostas diferentes dos direitos que dela se ocupam. Cada país procura dar ao problema uma solução própria, e que atenda aos interesses dos particulares e às peculiaridades culturais e econômicas como, por exemplo, na Itália, onde a gestão e reorganização da atividade econômica

¹⁰ Conforme consta nos pareceres nº 534 de 2004, 559 de 2004 e 560 de 2004, do Senador Ramez Tebet, relator do Projeto de Lei da Câmara nº 71 de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63304>.

da empresa recuperanda está ligada ao instituto da administração extraordinária, em que a fiscalização é realizada por um comissário nomeado pelo juiz (COELHO, 2006).

Na França, desde os anos de 1980 procura-se criar mecanismos que previnam a crise. Quanto à Alemanha, a lei admite que o insolvente ou o administrador judicial, apresente um plano para solução das obrigações no processo instaurado de insolvência. A lei também traz a hipótese de continuação do negócio do insolvente enquanto tramita o processo e os credores analisam o plano (COELHO, 2006).

Os Estados Unidos se preocupam com a criação de um cenário propício às negociações entre os interessados como a conversão total ou parcial do crédito em capital da devedora, transformando os credores em sócios. O Poder Judiciário costuma intervir apenas para garantir o tratamento justo e equitativo entre as classes de credores (COELHO, 2006).

No Brasil, a lei contempla duas medidas, com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência do empresário. De um lado, a recuperação judicial; e de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial (COELHO, 2006). Ambos os objetivos têm a mesma finalidade: sanear a crise econômico-financeira, preservar a atividade empresarial e dos postos de trabalho, atender ao interesse dos credores e cumprir sua função social.

São vários os interesses que orbitam ao redor da recuperação judicial (incluindo os dos investidores, fornecedores, trabalhadores, consumidores, entre outros), e a efetividade do instituto dependerá do equilíbrio entre a manutenção da atividade produtiva e um grau mínimo de segurança de retorno dos créditos concedidos. Do contrário, poderá trazer um desestímulo para outras recuperações.

Uma eventual aprovação de planos de recuperação que se afastem flagrantemente do princípio da razoabilidade, revelando que a recuperação resultará não de um esforço da própria empresa, mas de um sacrifício excessivo imposto aos seus credores, pode enfraquecer o instituto. De acordo com Noronha (2018, p. 21), “o ônus a ser suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só encontrará justificativa se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade”.

Em que pese a *par conditio creditorum* tenha resistido ao longo do tempo e se perpetuado na doutrina e jurisprudência como justificação e o propósito do direito concursal, é igualmente evidente a importância do estudo dos princípios do direito recuperacional para que sejam interpretados com certa flexibilidade à rigidez pensada pelos legisladores, a fim de que sejam utilizados para solucionar as lacunas, e não inviabilizar o instituto da recuperação judicial.

Diferente do processo falimentar em que se exige a aplicação das mesmas condições de pagamento aos credores cujos créditos pertençam às mesmas classes, a LREF não traz tal obrigatoriedade para o processo recuperacional. Nesse sentido, Coelho (2006) sustenta que tal processo deve considerar as peculiaridades de cada credor, de modo a promover as medidas necessárias ao soerguimento do devedor em recuperação, em especial quando se trata da classe de credores quirografários.

De acordo com Corbo *et al* (2017), seria ineficiente a todos os envolvidos no processo de recuperação judicial que a lei impusesse rigidez taxativa no tratamento dessa pluralidade de credores e créditos. Sob essa perspectiva, os autores propõem a criação de subclasses como um verdadeiro dever de conferir tratamento isonômico e, também servir, ainda, como importante instrumento de incentivo à colaboração dos credores no curso do processo de recuperação.

E, nesse sentido, já existem decisões como a da Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no Agravo de Instrumento 0372448-49.2010.8.26.000, que entendeu que o tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, dentro do processo de recuperação, não representa ilegalidade, desde que esteja pautado em critérios objetivos. O Desembargador Pereira Calças afirmou em seu voto que “não há ilegalidade ou inconstitucionalidade, em princípio”.

Também, no julgamento do REsp 1.634.844/SP, o STJ entendeu cabível a criação de subclasses de credores pelo Plano de Recuperação Judicial desde que mediante critério objetivo e alinhado aos fins do procedimento recuperacional, e respeitados os direitos de eventuais credores isolados. O julgado fez destaque à ressalva quanto à concessão da recuperação judicial pelo juiz via *cram down*, que prevê requisitos diferenciados para tal hipótese de aprovação, entre eles, a exigência de que o plano não implique tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado (quando apurado pela forma do art. 45).

Contudo, tem-se como objetivo apresentar uma resposta diferente ao problema proposto. Nesse sentido, o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, tão pouco restringir as possibilidades de respostas, mas identificar a melhor solução que melhor atenda essa complexa trama de interesses (COELHO, 2006). Portanto, o objetivo deste artigo é demonstrar uma outra possibilidade de ofertar diferentes opções de pagamento para credores de mesma classe, a quirografária, sem que isso represente ofensa ao princípio da paridade, ou, ainda, mais subdivisões trabalhosas e complexas já aplicadas nos tribunais, como demonstrado.

Dessa forma, a solução proposta pelos autores da presente pesquisa é a possibilidade de oferecer opções diferenciadas de pagamento aos credores quirografários, em razão de ser uma classe com interesses bastante diversos entre si, por ocasião da assembleia geral de credores e com manifestação expressa da vontade. Esse tipo de conduta permitirá aos mesmos optarem pela condição mais favorável para o recebimento dos seus créditos, e não ferirá o princípio da *par conditio creditorum*.

Para facilitar a compreensão, tem-se como exemplo a oferta de pagamento à vista dos créditos quirografários de credores que votarem por um deságio de 50% do valor original da dívida. A outra opção de pagamento, para aqueles que não concordarem com o deságio, é um prazo mais longo para o pagamento de 80% do valor original ou, ainda, o pagamento integral da dívida, mas realizado em um número maior de parcelas.

Mas, para que esse procedimento seja válido, é preciso estabelecer parâmetros ou critérios objetivos para que o tratamento diferenciado não gere uma ilegalidade. Todas as opções de pagamento precisam ser apresentadas a todos os credores da classe, e que deverão aprovar de maneira expressa a sua inclusão em assembleia. Deve-se, também, intimá-los a respeito de todos os termos e em tempo hábil para que possam analisar qual a melhor alternativa.

Assim, desde que tal opção tenha sido oportunizada a todos, sem exceção, e que tenha sido aprovada pela assembleia geral de credores, torna-se possível ofertar diferentes formas de pagamento para credores de mesma classe, sem ferir o princípio da *par conditio creditorum*. Tal procedimento não viola nenhum preceito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, visto que não existe imposição aos credores, mas sim, o oferecimento das mesmas possibilidades a todos, o que não configura risco ou ofensa à paridade entre eles.

A assembleia de credores possui soberania tanto no processo de recuperação quanto na falência, destacando-se a “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor”, redação do art. 35, alínea I. A Lei 11.101/05 estabeleceu um modelo coletivista para a presença e atuação dos credores, o que veda a manipulação do plano apresentado pelo empresário (MAMEDE, 2012, p. 86), servindo como uma forma de controle à atuação empresarial.

É importante ressaltar que essa não é a única possibilidade de tratamento diferenciado autorizada pela LREF. É possível citar o art. 151, que trata dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salariais e vencidos à época da decretação da falência (MAMEDE, 2012). O art. 86 prevê, ainda, as restituições em dinheiro e que deverão ser feitas em momento que antecede o pagamento dos credores da massa falida (MAMEDE, 2012).

O art. 84 da Lei demonstra os créditos que o administrador precisa atentar antes do pagamento do quadro geral de credores, como aqueles derivados da legislação trabalhista. E tem-se, ainda, como mais um exemplo, os credores que

fornece matéria-prima à massa falida e que exercem importante papel na alavancagem mercadológica da empresa em crise financeira, podendo, assim, receber tratamento diferenciado.

Portanto, embora ainda não existam decisões nesse sentido aqui no Brasil, pretende-se iniciar um debate acadêmico e jurisprudencial sobre tal possibilidade, desde que consideradas as peculiaridades de cada credor da classe de credores quirografários de modo a garantir o tratamento isonômico, e respeitados critérios objetivos para que o tratamento diferenciado não gere uma ilegalidade ou permita o uso irrestrito do livre convencimento, é possível existir o tratamento diferenciado entre os credores do processo recuperacional, sem que isso represente ofensa ao princípio da paridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência foi promulgada no ano de 2005 e, embora a Lei tenha sido atualizada em dezembro de 2020, ainda existem diversas questões de extrema relevância e de debate na jurisprudência e literatura jurídicas. Aperfeiçoar a aplicação da lei desenvolvendo interpretações que vão além da literalidade do texto legal, aliada à complexidade dos fatos que diariamente ocorre, é essencial para dar eficácia aos princípios elencados no art. 47.

O objetivo do processo de recuperação da empresa deve cumprir a finalidade, segundo o artigo destacado, “(...) de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Para tanto, é preciso restabelecer o equilíbrio entre os credores e o empresário, gerado pela crise financeira.

Pela natureza dos créditos quirografários, há diferenças na liquidação do patrimônio do devedor, como por exemplo, quando se fala nos credores com créditos privilegiados, que terão tratamento diferenciado, devendo ser pagos antes do quadro geral de credores, e isso não quer dizer que o tratamento ofende ao princípio da paridade entre eles.

Na verdade, a possibilidade de ofertar diferentes formas de pagamento aos credores, desde que cumpridos os requisitos objetivos, mostra-se uma forma viável de alcançar o equilíbrio entre as partes envolvidas, sem oferecer risco de manipulação do plano por parte do empresário, ou de onerosidade em excesso por parte dos credores ou, ainda, do aumento da complexidade no processo recuperacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 26. ed. 2ª reimpressão, São Paulo: Saraiva, 2012.

Brasil. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. São Paulo: Saraiva, 2016.

Brasil. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63304>. Acesso em 04 nov. 2022.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no tocante à Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Cadernos FGV Projetos, São Paulo, n. 33, p. 28-30, set. 2018. Disponível em https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/cadernos_recuperacaojudicial-final-site.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.

CARVALHO, Jorge Morais. Os limites à liberdade contratual. Coimbra: Edições Almedina. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. 6. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Fábio Ulhôa. O credor colaborativo na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coords.). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CORBO, Wallace; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto; SILVA, Jorge Luis da Costa. A criação de subclasses e a possibilidade de tratamento diferenciado entre credores na recuperação judicial. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 980, ano 106, p. 279-294, jun. 2017.

FÉRES, Marcelo Andrade. Da Constitucionalidade dos Condicionamentos Impostos pela Nova Lei de Falências ao Privilégio dos Créditos Trabalhistas. Revista da AGU. [S.l.], v. 5, n. 9, p. 111-119, abr. 2006.

KALLÁS FILHO, Elias; MASSA, Laila Nader Mendes Massa. Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin. Direito, Economia e Sociedade Contemporânea. Campinas, v. 2, n. 1, p. 245-257, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://desc.facamp.com.br/seer/index.php/FACAMP/article/view/25>. Acesso em 04 nov. 2020.

KIRSCHBAUM, Debora. A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento e votação do plano. 2009. 213f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo Faculdade de Direito, São Paulo. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Tese_doutorado_Deborah_Kirschbaum.pdf. Acesso em 31 mai. 2019.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. Concurso de Credores e pactum ut minus solvatur. 2. ed. Lecce: Tiemme Manduria per conto dele Edizioni del Grifo via Giambattista del Tufo, 1999.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/31196120/manual-de-direito-constitucional-jorge-miranda-4-ed-tomo-iv>. Acesso em 11 out. 2020.

NORONHA, João Otávio. Lei nº 11.101/2005: Segurança jurídica e inovações. Cadernos FGV Projetos. São Paulo, n. 33, p. 20-24, set. 2018. Disponível em: https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/cadernos_recuperacaojudicial-final-site.pdf. Acesso em 17 out. 2020.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coords.). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. 3. ed. São Paulo: Forense, 1962.

SOBRE OS AUTORES:

Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza

Bolsista CAPES com dedicação exclusiva no Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Editora Associada da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas - Qualis Capes B1 (Versão impressa ISSN: 1516-4551 / Versão eletrônica ISSN: 2447-8709). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM (2020), e em Administração de Empresas pelo Centro de Ensino Superior em Gestão, Tecnologia e Educação - FAI (2012).

Elias Kallás Filho

Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2008). Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2002). Pós-Doutor pela Fundação Cardiovascular São Francisco de Assis (Belo Horizonte, MG - 2011). Atualmente, é Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, bem como professor dos cursos de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição (PPGD-FDSM). Desenvolve pesquisas sobre os seguintes temas: Constituição e Relações Econômicas; Estado, Empresa e Tributação; Direito e Saúde. Advogado.

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS: REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO FRENTE À NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

GENERAL THEORY OF LEGAL BUSINESSES AND CONTRACTS:
REFLECTIONS ON INTERPRETATION FACING THE NEW
ECONOMIC FREEDOM LAW

TEORIA GERAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS: REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO FRENTE À NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

GENERAL THEORY OF LEGAL BUSINESSES AND CONTRACTS: REFLECTIONS
ON INTERPRETATION FACING THE NEW ECONOMIC FREEDOM LAW

LUCAS NAIF CALURI

Universidade Mackenzie de São Paulo

lucasnaifcaluri@gmail.com

Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/2486817448342414>

Orcid iD <https://orcid.org/0000-0001-8374-9735>

DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES

Universidade Mackenzie de São Paulo

nagao.menezes@gmail.com

Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/4101655062938301>

Orcid iD <https://orcid.org/0000-0001-9151-5699>

RESUMO

A Lei da Liberdade Econômica trouxe significativas mudanças na teoria geral dos negócios jurídicos e teoria geral dos contratos do Código Civil brasileiro. O artigo foi realizado com supedâneo na revisão bibliográfica da doutrina e enfrentará as novidades legislativas trazidas nos negócios jurídicos e na teoria geral dos contratos. O estudo traçará as linhas oferecidas pelo legislador, analisando o alcance do princípio da autonomia da vontade com toda a evolução social dos contratos, especialmente confrontando com o movimento de constitucionalização do Direito Civil ocorrido nos últimos 30 anos.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos; Contratos; Lei da Liberdade Econômica.

ABSTRACT

The Economic Freedom Law brought significant changes to the general theory of legal business and the general theory of contracts in the Brazilian Civil Code. The article was produced as a substitute in the bibliographical review of the doctrine, it will face the legislative novelties brought about in the legal business and in the general theory of contracts. The study will trace the lines offered by the legislator, analyzing the scope of the principle of autonomy of will with the entire social evolution of contracts, especially when confronted with the movement of constitutionalization of Civil Law that took place in the last 30 years.

Keywords: Creditors; Legal Business; Contracts; Economic freedom.

INTRODUÇÃO

A Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019) trouxe algumas novidades no que toca aos negócios jurídicos e na teoria geral dos contratos, em especial em artigos de conceitos abertos tão consagrados pela doutrina e jurisprudência, tentando transmitir uma imagem para a sociedade e que o governo do Presidente Jair Bolsonaro atuaria na diminuição da burocracia legal, tão reclamada pelos empresários nacionais.

Mudanças no que tange a vontade das partes na realização de negócios jurídicos e consequentemente na confecção de contratos em geral, tais como: alteração do art. 113 do Código Civil; alteração do art. 421 e inclusão do novo art. 421-A, todos do Código Civil; aplicação irrestrita da Lei de Liberdade Econômica nos contratos e em especial nos contratos paritários.

O legislador ordinário buscou criar um novo conceito de pensamento com aplicação direta nas relações privadas, como a prevalência do princípio da autonomia privada em face da supremacia da ordem pública, buscando recuperar o viés liberal em detrimento do social, restaurando as concepções políticas jurídicas da Primeira República. O presente artigo, com fulcro na revisão bibliográfica, em especial na Lei de Liberdade Econômica, no Código Civil Brasileiro e na doutrina, apontará sobre os princípios norteadores do direito privado e suas consequências.

O questionamento que se faz é: o princípio da autonomia privada pode se sobrepor, ao princípio da supremacia da ordem pública retornando ao antigo modo de contratar, com a prevalência suprema do *pacta sunt servanda*?

1 DA EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS

A Teoria Geral dos Contratos foi adaptada aos ditames Constitucionais, especialmente após a Constituição Federal de 1988, adotando princípios de ordem social e econômica, centrada na pessoa humana. O viés patrimonialista da codificação civil passada (Código Civil de 1916) foi aprimorado com o Código Civil de 2002, com as adaptações da Constituição Federal de 1988. Deixou-se de lado o indivíduo para se pensar no coletivo (princípio da sociabilidade). Houve toda uma evolução social nos contratos.

Acerca da Constitucionalização do Direito Privado, e tecendo as comparações entre o Código de 1916, que era patriarcal e centralizado no indivíduo, conforme já adiantado, ensinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 91):

O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX. Preocupa-se com o “ter”, e não com o “ser”. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras, e, **o que é pior, imagina que as partes de um contrato são iguais**. Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade, e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.

Na mesma linha evolutiva do direito civil, leciona Paulo Lobo (2012, p. 56):

A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado Social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende que pretenda afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas. A CF consagra o Estado social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3º) “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados ao modelo liberal do século XIX.

Porém, com a entrada em vigor da Lei 13.874, de 2019, denominada Lei da Liberdade Econômica¹, que foi oriunda da

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 11 set. 2020.

MP 881, tentou-se uma mudança de paradigma no que tange a Teoria Geral dos Contratos, na Constitucionalização do Direito Privado, em especial nas mudanças dos art. 113, 421 e 421-A do Código Civil².

É sabido que os citados artigos 113 e 421 eram artigos de conceituação aberta, com boa margem de subjetivismo, dando conjuntura ao julgador, quando analisava um caso concreto, de averiguar o intento das partes, artigos que sempre foram muito bem aceitos pelos doutrinadores por conta do viés mais social e constitucional do direito civil.

Quanto a natureza aberta das normas e dos princípios, aponta Cristiano Chaves de Farias; Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2019, p. 506):

O sistema jurídico cada vez mais é enxergado, no século XXI, como um sistema aberto de princípios normativos. Os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros. Não existe mais uma rígida tipologia de condutas possíveis e condutas vedadas. Não, pelo menos, na órbita civil. As ações permitidas e as ações repudiadas são definidas em razão dos condicionamentos históricos, recebendo substancial influência de outros setores sociais, que penetram no sistema jurídico através dos princípios, que por sua vez carecem de concretização mediadora.

Essa abertura conceitual, no entanto, não impede tais dispositivos de serem considerados como “artigos-chave” para interpretação dos negócios jurídicos. Miguel Reale, a propósito, observou essa singularidade assinalando que tais disposições representam normas fundantes que dão sentido às demais, afirmando, expressamente, que “*nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequências como o art. 113*” (Apud Gonçalves, 2010, p. 65).

Comentando sobre a interpretação dos negócios jurídicos, antes das mudanças da Lei de Liberdade Econômica, Arnold Wald (2009, p.244):

Os princípios gerais da interpretação da lei são aplicáveis aos negócios jurídicos, havendo, todavia, normas próprias de hermenêutica, cuja existência se aplica pelo caráter concreto e pela finalidade distinta da manifestação de vontade dos particulares, nos negócios jurídicos e de modo específico nos contratos. Os processos e as técnicas de fixação do sentido da lei, como os processos literal, histórico, sociológico, sistemático e lógico, são utilizados, além de outros, na interpretação contratual, em que também se atende à finalidade econômica da operação, à boa-fé presumida e ao comportamento passado das partes, ao conteúdo real do ato, independentemente da terminologia utilizada, às circunstâncias peculiares do caso, aos usos sociais e locais e à equidade. Os Códigos mais modernos não dedicam um grande número de artigos a essa matéria, não obstante a complexidade crescente dos contratos decorrentes do desenvolvimento da técnica moderna, preferindo deixar os juízes decidirem os conflitos que vierem a surgir em cada caso, de acordo com os princípios gerais.

A respeito de uma possível tentativa de mudança na análise da teoria geral dos contratos, em razão das mudanças trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, comenta Flavio Tartuze (2020, p.555):

Conforme será exposto, há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive para as disposições contratuais, eis que o velho modelo individualista de contrato encontra-se superado. De todo modo, não se pode negar que a recente Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), especialmente o texto original da MP 881, procurou tentar resgatar esse antigo modelo.

A fim de analisar detidamente o quanto aqui lançado, imperiosa a leitura e a análise atenta dos dispositivos ora citados.

2 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 11 set. 2020.

2 DAS TENTATIVAS DE MUDANÇA DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

O art. 113, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei de Liberdade Econômica, acrescenta dois parágrafos da sua antiga redação, como se observa pela nova redação calcada na Lei 13.874/2019³.

Assim, o caput do art. 113 prescreveu a redação antiga do Código Civil, antes da Lei de Liberdade Econômica, que incluiu os parágrafos §1º e §2º. Desse modo, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

A redação do caput do artigo entra em consonância com o Enunciado 409 da V Jornada de Direito Civil⁴ que preceitua que se devem incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

Interessante à redação do inciso IV, do §1º do art. 113 do Código Civil, que dispõe a respeito da interpretação dos negócios jurídicos, que deve ser mais benéfica a parte que não redigiu eventual avença, deixando assente uma velha máxima jurídica, qual seja, a interpretação favorável àquele que não redigiu o contrato (*interpretatio contra proferentem*), norma que sempre foi aplicada aos contratos de adesão. De acordo com mudança e a inclusão dos parágrafos e incisos do art. 113 do Código Civil, haverá a aplicação da interpretação favorável àquele que não redigiu também nos contratos paritários, isto é, a norma em comento deixa assente o seu intento nesse sentido.

Quanto ao §2º do art. 113, a intenção legislativa é latente quanto a prevalência do princípio da autonomia da vontade das partes, eis que autoriza a criação e a validade de normas realizadas pelos próprios particulares em detrimento de outras leis contrárias ao objetivo pactuado.

É preciso ter em mente que a Lei de Liberdade Econômica — como o próprio nome sugere — tem a finalidade de cancelar o pactuado em prejuízo do legislado, com a mesma diretriz imposta pela Reforma da CLT, a título de exemplo, quanto à prevalência do negociado em detrimento do legislado (art. 611-A da CLT incluído pela Reforma da CLT — Lei 13.467 de 2017).

A dúvida que fica é: qual o limite dessa liberdade? O juiz, analisando eventual litígio entre as partes, estaria impedido de analisar a pactuação nos moldes do §2º, do art. 113 do Código Civil?

Comentando sobre a inclusão do §2º do Código Civil e a inafastabilidade do Poder Judiciário quanto a análise dos contratos, elucida Flávio Tartuce (2020, p. 222):

Com o devido respeito, a norma é inócua em muitas situações, pois as partes de um negócio jurídico podem sim pactuar a respeito dessas questões, mas isso não afasta a eventual intervenção do Poder Judiciário em casos de abusos negociais ou em havendo a tão citada lesão a norma de ordem pública.

Passando-se as novas mudanças colacionadas pela Lei da Liberdade Econômica, outras novidades dignas de reflexões são as novas diretrizes e disposições elencadas nos contratos, a exemplo dos artigos 421; 421-A do Código Civil.

Dispõe o artigo 421 do Código Civil que: a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

O parágrafo único do citado artigo é enfadonho, reflete um retrocesso a ordem jurídica e social dos contratos, tanto

3 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

4 JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

quanto a evolução dos direitos e de toda a teoria contratual embasada na dignidade da pessoa humana, que foi construída durante anos no Poder Judiciário.

O princípio da autonomia da vontade das partes nunca foi um princípio absoluto no direito. O *pacta sunt servanda*, deve respeitar outros princípios do direito contratual e inclusive, respeitar os princípios Constitucionais já sedimentados pela evolução social do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato, todos prescritos na Carta de 1988. O liberalismo nunca foi absoluto no Direito Contratual, sempre esbarrou nos limites da Ordem Social do Direito.

Com efeito, observando a evolução e o enquadramento constitucional da matéria, Fiúza afirma que “a hermenêutica contratual deverá ter como base os valores consagrados na Constituição Federal, alicerce de nosso ordenamento jurídico” (2015, p. 607).

Comentando sobre o tema, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 406):

Como já diziam os antigos, em conhecido ditado: “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”, ou seja, não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratante não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

E essa socialização traduz, em nosso sentir, um importante marco na história do Direito, uma vez que, com ela, abandonaríamos de vez o modelo clássico-individualista típico do século XIX.

Quanto ao que foi aqui exposto e considerando a inovação legal prevendo o princípio da intervenção mínima, (que nunca existiu ou foi defendido entre os estudiosos), bem como a excepcionalidade da revisão contratual, vê-se muitos institutos contrários ao que determina a Carta Magna, como o artigo 5º, inciso XXXV⁵, que garante como direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição. A mudança do citado artigo, caso não seja tomada como mero vetor ao intérprete, flerta com a inconstitucionalidade de ordem material.

Isso porque a legislação infraconstitucional não poderia impor uma barreira dessa natureza a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

O máximo que se poderia dizer, no entanto, é que o legislador andou por fixar balizas hermenêuticas ao aplicador do direito tal como uma recomendação para intervir o mínimo possível nas relações contratuais e, quando necessário, promova a revisão que seja estritamente necessária para a preservação da segurança jurídica.

Igualmente, a previsão no art. 421, parágrafo único, de um princípio de intervenção mínima e de excepcionalidade de revisão contratual, vai contra a toda evolução social do Direito, deixando evidente o retrocesso social da norma criada pela Lei de Liberdade Econômica.

Ora, poderia a lei excepcionalizar a revisão contratual, mediante uma Lei Ordinária posterior (Lei 13.874 de 2019), considerando a previsão constitucional do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, da CF? Na mesma linha de raciocínio, poderia a Lei da Liberdade Econômica prever e definir que no direito contratual o Estado interferirá minimamente? O raciocínio legislativo não é contrário a toda evolução social do Direito, em especial dos direitos fundamentais e evolução contratual?

A mudança do artigo 421 do Código Civil também é contrária ao tão elogiado e aclamado Enunciado 23 CJF/STJ:

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

É clara a tentativa de mudança proposta pela Lei da Liberdade Econômica com a inclusão do parágrafo único do art. 421 do Código Civil.

A inclusão de um novo princípio de intervenção mínima, conforme já adiantado, é desconhecida por todos os civilistas. Comentando sobre o tema Anderson Schreiber (2019, p. 245-246, apud TARTUCE, 2020, p. 559):

A MP n. 881/19 também introduziu no art. 421 um parágrafo único, que estabelece a prevalência de um assim chamado 'princípio da intervenção mínima do Estado' e reserva caráter 'excepcional' à revisão contratual 'determinada de forma externa às partes'. Mais uma vez, o equívoco salta aos olhos. Não existe um 'princípio da intervenção mínima do Estado'; a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, quer para assegurar a força vinculante dos contratos, quer para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive das normas constitucionais, de hierarquia superior à referida medida provisória. A MP n. 881/19 parece ter se deixado se levar aqui por uma certa ideologia que enxerga o Estado como inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado – e, por conseguinte, o próprio Direito – afigura-se necessária para assegurar o exercício da referida liberdade. No que tange à revisão contratual, também parece ter incorrido a medida provisória nessa falsa dicotomia entre atuação do Estado-juiz e liberdade de contratar, quando, ao contrário, a revisão contratual privilegia o exercício dessa liberdade ao preservar a relação contratual estabelecida livremente entre as partes, ao contrário do que ocorre com a resolução contratual, remédio a que já tem direito todo contratante nas mesmas situações em que a revisão é cabível (v. comentários ao art. 478). Se a intenção da MP foi evitar que revisões judiciais de contratos resultem em alterações excessivas do pacto estabelecido entre as partes, empregou meio inadequado: afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica, as quais são expressamente delimitadas no próprio Código Civil. O novo parágrafo único, acrescentado pela MP, tampouco indica parâmetros, critérios ou limites à revisão contratual, o que leva a crer, mais uma vez, que a alteração não produzirá qualquer efeito relevante no modo como a revisão contratual é aplicada na prática jurisprudencial brasileira – aplicação que, de resto, já se dá com bastante cautela e parcimônia, sem interferências inusitadas no conteúdo contratual”.¹

Assim, a questão central da presente reflexão é: É válida a criação de um novo princípio, até então desconhecido por todos os estudiosos de Direito Civil, embutido na Codificação Privada, através da redação do atual artigo 421 do Código Civil?

O texto da MP estabelecia, ignorando a necessidade desses reparos, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. A redação procurava reduzir, ainda mais a abrangência da função social do contrato, limitando-a ao conteúdo do art. 3º da norma, que trata da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, o que, por bem, acabou não prosperando.⁶

Já o parágrafo único do art. 421, desde o texto original da medida provisória, definiu que a revisão contratual regida pelo Código Civil é excepcional. O novo entendimento aqui lançado vai de encontro a dois artigos de extrema funcionalidade no mundo jurídico, que são os art. 317 e 478 que prescrevem a teoria da imprevisão ou a teoria da onerosidade excessiva.⁷

Comentando sobre o tema, isto é, da possibilidade de revisão contratual, ensina Fabrício Zamprogna Matiello (2013, p. 316):

A resolução por onerosidade excessiva consiste na possibilidade de rompimento do contrato quando as circunstâncias que presidem o momento da execução são tão diferentes daquelas existentes ao tempo da celebração que provocam benefício desmedido e imotivado para uma das partes e onerosidade descabida para outra, resultado da incidência de fatores externos e objetivos que se revelam extraordinários e imprevisíveis. Funda-se a solução

6 Texto da MP 881 de 2019: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

7 A Lei 10.406, de 10.01.2002, destaca em seus artigos 317 e 478, “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

legal não apenas em elementos jurídicos propriamente ditos, mas também noutros de caráter moral e ético, pois não se afigura justo nem razoável exigir de alguém que se sacrifique muito além do que normalmente resultaria da contratação firmada, carreado à parte contrária vantagem financeira igualmente inadmissível.

O parágrafo único do art. 421, de acordo com a sua nova roupagem vai de encontro aos art. 317 e 478 do próprio Código Civil, tendo em vista a previsão legal da excepcionalidade de revisão contratual, ou seja, a nova redação do parágrafo único do art. 421 dá força ao princípio da autonomia da vontade das partes, voltando-se ao antigo modelo patrimonial do Código de 1916, abandonando-se toda a construção social dos direitos e evolução contratual da Codificação Privada.

Até a presente data desse estudo, vivenciamos uma pandemia calamitosa do Covid-19, que repercutiu no mundo jurídico, em especial nos negócios e contratos firmados antes da pandemia, com efeitos presentes e futuros, a exemplo dos contratos de trato sucessivo, como locações. Pela simples leitura do parágrafo único do art. 421, verifica-se que o princípio da excepcionalidade de revisão contratual não tem aplicabilidade prática, o que novamente coloca em dúvida o seu teor, considerando toda a reflexão aqui lançada, principalmente toda a evolução do direito contratual e outros dispositivos do próprio Código Civil.

De mais a mais, outra novidade da Lei da Liberdade Econômica que merece destaque, é o novo artigo 421-A do Código Civil, que assim dispõe: 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.

Primeiro ponto de observação é que o Código Civil de 2002 unificou o tratamento dos contratos civis e empresariais, logo, não se justifica diferenciar quanto as normas jurídicas incidentes na atual realidade jurídica, isto é, no que concerne aos contratos empresariais em que as partes figuram como empresários, aplicável a teoria geral dos contratos.

Agora temos de forma inequívoca a intenção do legislador de uma menor intervenção nos contratos paritários civis ou empresariais. Para Tartucci (2019, p. 222) "a nova *lei da liberdade econômica* não traz qualquer impacto para os contratos de consumo, sendo dirigida aos contratos civis em geral, não submetidos ao CDC".

O principal âmbito de aplicação da nova redação diz respeito *aos contratos paritários*. De acordo com a definição de contrato de adesão e tecendo alguns comentários do contrato paritário, ensina Washington de Barros Monteiro (2007, p. 34):

No tipo tradicional de contrato, as partes discutem ampla e livremente suas cláusulas, aceitando-as ou não. Existe, porém, outra categoria contratual, em que não ocorre tal liberdade, devido à preponderância de um dos contratantes, que, por assim dizer, impõe ao outro a sua vontade. Compreendem essa categoria os chamados contratos de adesão.

Pretende o legislador, com o novo art. 421-A, dar segurança jurídica ao que foi acordado entre as partes, isto é, tenta-se afastar, a todo custo, a revisão contratual ou litígios futuros, dando-se poder ao princípio da autonomia da vontade das partes.

Quanto ao inciso I do art. 421-A, é possível concluir a intenção legislativa de declinar um critério mais objetivo na apreciação dos negócios jurídicos/contratos, uma vez que a Lei de Liberdade Econômica adota claramente esse intuito objetivo de averiguação e de seus pressupostos de revisão ou de resolução.

Aliás, a norma em comento, conversa com o enunciado 23 da *I Jornada de Direito Comercial*⁸: "em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão

8 JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/> Acesso em: 11 set. 2020.

e/ou resolução do pacto contratual”.

Corroborando o quanto aqui alegado, é possível verificar esse parâmetro objetivo proposto Lei de Liberdade Econômica, com a mudança na desconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão do §2º, do art. 50 do Código Civil, que define, objetivamente, o que será considerado, no caso prático, hipóteses de confusão patrimonial.⁹

No mesmo sentido, o art. 421-A, inc. II, do CC/02, promove a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada. Já o inc. III do art. 421-A reprodução o parágrafo único do art. 421 “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Assim, a Lei de Liberdade Econômica inovou, e muito, nas relações privadas. Podemos observas as mudanças, conforme o quadro comparativo abaixo, que traz a antiga redação do Código Civil, a redação da MP 881 e a atual redação imposta pela Lei da Liberdade Econômica.

Quadro 1 - quadro comparativo da redação do artigo 421 Código Civil (Lei 10.406/2002), a MP 881, e, por último, a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19).

Art. 421 do CC. Redação original.	Art. 421 do CC. Redação com a MP 881.	Art. 421 do CC. Redação após a lei 13.874/19.
A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.	Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.	A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Fonte: Elaboração dos próprios autores, (2020).

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No âmbito da extensão que esta publicação requer, desenvolveremos este tema sempre atual. Na doutrina europeia, o que ficou conhecido como “*Direito Constitucional Privado*”(Rivera, 1994, p. 27) vem se desenvolvendo há décadas, influenciado pelos processos de reforma constitucional do pós-guerra em países como Itália, Alemanha, França e posteriormente Espanha, que desejaram ver suas constituições com uma face legal (infraconstitucional), antes omitida por ser, em maior ou menor grau, sujeitos ao mundo da política e não do direito positivo. Daí a integração em suas constituições de matérias de direito privado, como ocorre com os Direitos da Personalidade e também no Direito Contratual.

A constitucionalização do direito privado é entendida, em certo setor da doutrina estrangeira, como a elevação

9 A Lei 10.406, de 10.01.2002, aponta em seu art. 50, que “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”

à categoria constitucional dos princípios e normas básicas daquele ramo jurídico. Concebido de forma mais prática como a aplicação dos princípios constitucionais nas normas de direito privado. A constitucionalização tem características semelhantes nos diferentes países, inclusive os latino-americanos: a) é um fenômeno ao mesmo tempo jurídico e político, pois toda Constituição, por sua própria natureza, remonta essa característica e tende a transmiti-la às normas a ela relacionadas as regras básicas, particularmente no caso de constituições rígidas, uma vez que a própria natureza do fenômeno não se presta a entrar em detalhes; b) tem um pano de fundo garantidor quanto à linha de desenvolvimento da legislação ordinária; c) o fenômeno da constitucionalização, por sua própria natureza, pressupõe a formulação de uma Constituição escrita e construída como criadora de direitos.

O Direito Privado passar por mudanças que o sintonizam com o Direito Constitucional. As mudanças ocorreram em duas grandes áreas, por um lado, nos novos desenvolvimentos legislativos nas diferentes matérias, no que se pode denominar de constitucionalização legislativa de direito privado e; pela interpretação necessária para realizar os textos jurídicos contidos nos códigos vigentes, sendo o que denominamos de constitucionalização judicial do direito privado.

Esse processo de adaptação é o que se denominada, em termos gerais, como a constitucionalização do direito privado. A necessidade de renovação e atualização da legislação civil e comercial fundamenta-se na necessidade de o Direito acompanhar as transformações sociais e não apenas se sustentar nos códigos do século XIX.

Vêm ao caso duas reflexões reproduzidas pelo jurista espanhol Luís LEGAZ Y LACAMBRA (1953, p. 77):

*“Hay que reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, es preferible que imite al derecho civil a que pierda todo el carácter jurídico y caiga a nivel de literatura política de periódico”. Parecía repetir la sentencia de Cicerón pronunciada siglos atrás cuando señalaba: “Es pues, necesario que lleguéis al convencimiento profundo de que nada debe ser defendido en las Civitas con tanta atención como la estabilidad del *Ius Civile*”*

Desde o atual texto constitucional brasileiro de 1988, um novo sistema de fontes de direito se configurou. Os Tratados Internacionais de categoria constitucional (art. 5º, § 3º da Constituição Federal), são fontes que compõem, com sua entidade supranacional no ordenamento jurídico brasileiro, uma modificação da ordem jurídica em geral. Estamos presentes, desta forma, perante o fenômeno da “Constitucionalização do Direito Privado”, razão pela qual a legislação ordinária deve partir deste “sistema” de interpretação e aplicação do direito.

Este processo de constitucionalização, mais fortemente enraizado nos países latino-americanos desde o início dos anos 90 do século passado, coexiste em um cenário caracterizado pelo surgimento de um espaço econômico supranacional em um mundo de mercados integrados, bem como pela internacionalização dos direitos humanos, ocorrido com o fim da Guerra Fria, no que os países em geral concordam em modificar sua própria legislação interna, salvaguardando tais direitos e submetendo-se à jurisdição internacional.

Em consequência disso, as questões submetidas à legislação de direito privado devem ser resolvidas de acordo com as leis que regulamentam a matéria em questão e, interpretando-as de acordo com a Constituição Federal e os tratados ratificados pelo Brasil.

Um dos principais efeitos desta “Constitucionalização do direito privado” é que embora não exista dispositivo legal que regule o direito reconhecido pela Constituição, o direito é operativo, exigindo proteção judicial para que ocorra a sua aplicação, distinguindo a eficácia que as normas civis constitucionais podem produzir sobre o ordenamento jurídico civil, de forma direta, revogante, invalidante, interpretativa e informativa ou diretiva (BORETTTO, 2015).

CONCLUSÃO

Conforme analisado, a Lei de Liberdade Econômica procura valorizar a autonomia privada em detrimento de outros princípios, tais como: princípio da função social do contrato; princípio da inafastabilidade da jurisdição; obediência a normas de ordem pública, inclusive quando a Lei de Liberdade Econômica dá carta branca para a interpretação e criação de novas normas, em prejuízo das já existentes (vide art. 113, §2º do Código Civil).

Vimos que o Código de Direito Civil evoluiu, tendo um viés mais social (princípio da sociabilidade), com prevalência do bem comum, deixando de lado o viés liberal do século XIX e XX. O ramo contratual passou a prever diversos princípios coletivos, todos com amparo na Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Desse modo, torna-se delicado afirmar que a autonomia privada, isto é, a força obrigatória dos contratos e a nova intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos. Mais delicado ainda é ignorar toda a evolução do Direito Civil, com os novos parâmetros Constitucionais das relações privadas. Voltar com o modelo antigo, é retroceder com as conquistas sociais obtidas com a atual Constituição Federal.

Assim, deve o intérprete ter cautela quanto a aplicação irrestrita das novas modificações, ponderando toda a evolução do direito contratual uma vez que o princípio da autonomia da vontade das partes deve respeitar outros princípios do direito contratual e inclusive, respeitar os princípios Constitucionais já sedimentados pela evolução social do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da função social do contrato, todos prescritos na Carta de 1988. A mudança mais sensível imposta pela Lei de Liberdade Econômica diz respeito ao princípio da intervenção mínima nos contratos pelo Estado, ou seja, impõe como princípio a não intervenção Estatal nas relações privadas. A mudança é temerária, considerando todos os percalços das relações privadas. Imagine a não interferência, no contexto da pandemia de Covid-19? Prever um princípio de não intervenção é ignorar a Constituição Federal e todos os direitos fundamentais, inclusive o direito de discutir junto ao Judiciário eventuais abusos cometidos.

O viés liberal e patrimonial do Código Civil perdeu espaço com o tempo, encontrando limites na Constituição Federal, e com o advento do Código Civil de 2002.

Abusos contratuais são comuns no Brasil - sobretudo no momento de pandemia, época em que se redigiu esse estudo -, sendo imperiosa a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, a fim de averiguar eventuais abusos de direito, a assegurar a igualdade contratual.

Destarte, a previsão de excepcionalidade de revisão contratual e a previsão de intervenção estatal mínima tornam-se inoperantes, considerando toda a evolução história dos contratos, esbarrando a sua aplicação, igualmente, nos princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV e na função social do contrato, previsto no art. 5º XXIII, extensível ao direito de contratar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORETTO, Mauricio La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino. Revista Eletrônica de Direito Civil, vol. 4. n. 2, 2015. Disponível em <http://civilistica.com/?s=La+relaci%C3%B3n+entre+la+Constituci%C3%B3n+y+el+Derecho+Privado>. Acesso em 08/10/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Institui sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm Acesso em: 11 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FIUZA, César. Direito Civil. Curso Completo. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil Volume Único. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 11 set. 2020.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1953.

LOBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações 2. Parte*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIVERA, Julio César. *El Derecho Privado Constitucional*. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 4, pp. 27-52, 1994.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (Lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte> Acesso em: 11 maio 2020.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil. Introdução e Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOBRE OS AUTORES:

Lucas Naif Caluri

Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos. Professor da PUC-Campinas, Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Campinas - UNISAL. Professor da FACAMP (Faculdades de Campinas).

Daniel Francisco Nagao Menezes

Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutor em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Colaborador da Maestría em Economía Social da Universidad Autónoma de Guerrero (Acapulco, México). Membro do CIRIEC-Brasil.

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO TRABALHO: DIRETRIZES PARA A EFETIVIDADE DA LEI DE COTAS

INCLUDING DISABILITIES PERSONS AT WORK: GUIDELINES FOR
THE EFFECTIVENESS OF THE QUOTA LAW.

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO TRABALHO: DIRETRIZES PARA A EFETIVIDADE DA LEI DE COTAS

INCLUDING DISABILITIES PERSONS AT WORK: GUIDELINES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE QUOTA LAW

LUCIANA RODRIGUES DOS SANTOS

<https://orcid.org/0000-0001-7986-7579>

<https://lattes.cnpq.br/5451374302852809>

E-mail: luciana_rs22@hotmail.com

RESUMO

Considerando a problemática da sistematização do sistema de cotas de acesso ao mercado de trabalho para a pessoa com deficiência, compreendendo seus aspectos qualitativos no modo operacional no ambiente de trabalho, o artigo busca analisar as contribuições da responsabilidade social empresarial e a boa governança para a mudança no paradigma da inclusão social. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, para nortear o assunto, em especial, as diretrizes do Instituto Ethos e da Rede Empresarial de Inclusão Social, o que permite concluir que não se pode almejar a inclusão através exclusivamente da Lei de Cotas, mas sobretudo, a partir de uma mudança no aparato físico-social, que envolve todos os atores envolvidos no processo.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; cotas; responsabilidade social; governança; inclusão.

ABSTRACT

Considering the problem of systematizing the quota system for access to the labor market for people with disabilities, understanding its qualitative aspects in the operational mode in the workplace, the article seeks to analyze the contributions of corporate social responsibility and good governance to change in the social inclusion paradigm. Therefore, bibliographical research was used to guide the subject, in particular, the guidelines of the Ethos Institute and the Business Network for Social Inclusion, which allows us to conclude that inclusion cannot be pursued exclusively through the Quotas Law, but above all, from a change in the physical-social apparatus, which involves all actors involved in the process.

Keywords: disabled person; quotas; social responsibility; governance; inclusion.

1. INTRODUÇÃO

Com o intuito de possibilitar a inclusão da pessoa com deficiência (PCD) no mercado de trabalho, o Brasil instituiu as Leis nº 8.112/90 e 8.213/91, que resguardam um quantitativo mínimo em níveis percentuais de admissão de PCD's no âmbito público e privado, respectivamente. Tais legislações representaram um marco na conquista do direito ao trabalho, no entanto, o estudo demonstra que apesar da norma, ainda existe uma lacuna referente aos meios como essa inclusão acontece, ou seja, em relação ao aspecto qualitativo do sistema de cotas, muito embora, a matéria tenha sido disciplinada por meio da Lei nº 13.146/15.

Verifica-se que na realidade, ainda há muito o que fazer a fim de efetivar a inclusão social da PCD, assim, este artigo busca analisar as contribuições da responsabilidade social empresarial e a boa governança para a mudança no paradigma do instituto da inclusão no trabalho. Nesse sentido, salienta-se a analogia com o ditado popular “uma andorinha só, não faz verão”, no sentido de dever de colaboração de todos os envolvidos no processo.

No estudo aqui retratado serão empregadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com o levantamento de referências coletadas em livros, doutrinas, legislações, artigos científicos e periódicos em revistas de Direito, tendo por objetivo fundamentar as reflexões sobre o problema. Em relação ao conteúdo documental sintetizado, dentre leis norteadoras do tema, incorrerão na explicitação jurídica da concepção sobre a justificação de políticas afirmativas para pessoas com deficiência no âmbito do trabalho, tendo como ponto principal no debate, a aplicação do direito fundamental ao máximo existencial como meio de resguardar a plena capacidade do indivíduo.

2. DEFICIÊNCIA

O art. 2º da Lei nº 13.146/2015 define pessoa com deficiência, como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Tal definição representou uma evolução em relação à clareza dos seus aspectos biológicos, psicológicos e sociais pertinentes ao tema.

Quanto aos tipos, podem ser interpretados segundo o Decreto nº 3.298/1999¹, alterado pelo art. 70 do Decreto nº 5.296/2004², que subdivide os tipos de deficiência de forma clara, subdividindo-as em deficiência física, auditiva, visual, mental e deficiência múltipla. Assim como preleciona o art. 5º:

§ 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

a) **deficiência física:** alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

b) **deficiência auditiva:** perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) **deficiência visual:** cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor

1 Decreto nº 3.298/1999: Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

2 Decreto nº 5.296/2004: Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) **deficiência mental**: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

1. comunicação;
2. cuidado pessoal;
3. habilidades sociais;
4. utilização dos recursos da comunidade;
5. saúde e segurança;
6. habilidades acadêmicas;
7. lazer; e
8. trabalho;

e) **deficiência múltipla** - associação de duas ou mais deficiências; e

II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção. (grifo nosso).

Assim, no contexto trabalhista, a que se refere o presente estudo, deve ser observado o aspecto biológico, bem como analisado de que maneira ele vai interferir nas relações sociais. É o entendimento de Maranhão (2005, p. 41):

O que importa é o impacto que estas deficiências têm sobre a capacidade de trabalho do indivíduo e de que forma elas podem interferir em sua integração social; entretanto, o médico, ao emitir um atestado, deverá enquadrar a deficiência descrita no rol restritivo do art. 70, do Decreto nº 5.296 de 2.12.04, que alterou a redação do art. 4º do Decreto n. 3.298 de 20.12.99.

Assim, fica evidente a relação entre deficiência e fator social, de modo que o ambiente de trabalho nutre fundamental importância à interação da pessoa com deficiência, salientando que o tipo de deficiência não poderá implicar na não-consecução do trabalho. Em outras palavras, o trabalho deve se adequar ao tipo de deficiência da pessoa, e não esta, deverá assumir o ônus de conseguir superar suas limitações em perspectivas desumanas a ponto de conseguir desempenhar determinada tarefa sem o aparo necessário para tal, assim como corriqueiramente acontece; tendo portanto, a empresa fundamental papel nesse processo de inclusão.

3. O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA BASE LEGAL

A Constituição Federal expressou a magnitude do direito ao trabalho quando classificou o mesmo, como direito social³. O texto constitucional valorou o trabalho como direito universal, vedando a discriminação negativa, em razão de sexo, raça, religião, ou qualquer outra forma de segregação. Compreendendo o trabalho como direito social, cabe trazer à baila os ensinamentos de Dantas (2011, p. 199-200), segundo o qual:

[...] é preciso aferir a noção dos direitos sociais e identificar nela a existência de elementos que decorram ou que expressem a sobredita noção de direitos fundamentais. É preciso, então, que os direitos sociais se caracterizem como direitos que visam à satisfação de necessidades relativas bens jurídicos fundamentais pertinentes à dignidade ou à liberdade ou à igualdade, ou a todos esses princípios.

Considerando o valor social do trabalho, presente no texto constitucional, é válido salientar sua importância, haja vista que, é através dele que o ser humano poderá desenvolver sua plena capacidade e resguardar uma vida digna, sendo

3 Dispõe o Art. 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

ainda, materializado em condições reais de sobrevivência e aquisição de bens e satisfação pessoal.

O direito ao trabalho constitui-se como um direito social, devendo o Estado mobilizar-se para realizar políticas de pleno emprego. Isto, é claro, porque a partir do trabalho o ser humano conquista sua independência econômica e pessoal, reafirma sua capacidade produtiva, exercita sua autoestima e se insere na vida adulta definitivamente (FONSECA, 2006, p. 249)

Assim, é preciso delinear minuciosamente o conteúdo principiológico do sistema de cotas de acesso à pessoa com deficiência no mercado de trabalho, a fim de que a sociedade possa compreender e participar do processo de inclusão da pessoa com deficiência, conferindo a devida importância à ação afirmativa em destaque. Segundo Feres Júnior, Campos, Daflon e Venturini (2018, p. 16) define-se ação afirmativa como: “Todo programa, público ou privado, que tem por objetivo conferir recursos ou direitos especiais para membros de um grupo social desfavorecido, com vistas a um bem coletivo”.

Com o intuito de compensar e valorizar identidades coletivas vitimadas por alguma forma de estigmatização é que atuam as ações afirmativas (ARAÚJO, 2009). Ademais, importante considerar que as políticas públicas só terão efetividade se as pessoas as considerarem como de direito e não como favor (MATOS, 2017). Nesse sentido, agindo positivamente a fim de proporcionar igualdade de oportunidades, o Estado brasileiro instituiu o sistema de cotas como meio de acesso da pessoa com deficiência no trabalho, buscando a efetividade desse direito através da norma constitucional, em seu art. 37, VIII⁴, bem como por meio da Lei nº 8.112/90⁵ e da Lei nº 8.213/91⁶. No entanto, as leis de cotas, dispõem apenas de critérios quantitativos de admissão, limitando-se a penalidade da aplicação de multa em caso de descumprimento, disciplinada por meio da Portaria nº 9, de 15 de janeiro de 2020 do Ministério da Economia⁷.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei da Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), buscou efetivar os meios adequados para a consecução do trabalho da pessoa com deficiência, garantindo a igualdade de oportunidades com as demais pessoas⁸.

A construção do aparato legislativo em torno da temática fundante no trabalho como direito fundamental da pessoa com deficiência encontra suporte em princípios universais que permeiam os direitos humanos.

4. RESPONSABILIDADE SOCIAL E BOA GOVERNANÇA: ESTRATÉGIAS PARA A INCLUSÃO

Duarte, C. O. S. e Torres, J. Q. R. (2005) e Chiavenato (2010) defendem que no mundo contemporâneo a responsabilidade social da empresa vem ampliando sua abordagem, face à diversidade de aspectos socioculturais e econômicos, não bastando simplesmente o cumprimento das normas legais, mas além disso, avançar no sentido da proteção

4 Dispõe o 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: (...)VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

5 Dispõe o Art. 5º, § 2º: Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

6 Dispõe o Art. 93: A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiências habilitadas, na seguinte proporção: I- até 200 empregados.... 2%; II- de 201 a 500.... 3%; III- de 501 a 1.000.... 4%; IV- de 1.001 em diante.... 5%.

7 Dispõe o art. 9º: A partir de 1º de janeiro de 2019: [...] III - o valor da multa pela infração a qualquer dispositivo do RPS, para a qual não haja penalidade expressamente cominada no art. 283 do RPS, varia, conforme a gravidade da infração, de R\$ 2.411,28 (dois mil quatrocentos e onze reais e vinte e oito centavos) a R\$ 241.126,88 (duzentos e quarenta e um mil cento e vinte e seis reais e oitenta e oito centavos).

8 Dispõe o Art. 37: Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

ativa e promoção humana, em função de um sistema definido e explicitado de valores éticos.

Para Antunes (2016, p. 179): “Procura-se, de alguma forma, uma integração entre ética, responsabilidade empresarial, direitos dos *stakeholders* e gestão, recorrendo-se à multidisciplinaridade de matérias como o marketing, as relações humanas, a sociologia, a economia e a política”.

De acordo com os autores supramencionados, percebe-se que é impossível falar em responsabilidade social sem abordar o conteúdo ético que o permeia. Assim, a ética empresarial está diretamente ligada aos valores defendidos pela empresa, que devem vincular-se aos valores humanos, abordando desde as relações interpessoais entre seus funcionários, até as relações com os consumidores e investidores, atingindo assim, toda a comunidade que envolve o complexo empresarial.

Melo Neto e Froes (2001, p. 100) vincula o tema ao contexto do interesse público e cidadania. Ora, não se pode falar nesses aspectos, sem passar pelo denso conteúdo ético que sustentam sua base ideológica. Nas palavras abaixo subscritas os autores discorrem sobre empresa cidadã.

Uma empresa-cidadã tem no seu compromisso com a promoção da cidadania e o desenvolvimento da comunidade os seus diferenciais competitivos. Busca, desta forma, diferenciar-se dos seus concorrentes assumindo uma nova postura empresarial – uma empresa que investe recursos financeiros, tecnológicos e de mão-de-obra em projetos comunitários de interesse público.

De acordo com as novas abordagens a respeito da responsabilidade social, que ultrapassa o aspecto caritativo presente na filantropia, entende-se que as empresas socialmente responsáveis tendem a se destacar pelo seu padrão de comportamento ético-social, conforme entendimento dos autores abordados neste estudo, que pode ser demonstrado através das ações sociais direcionadas também aos funcionários da empresa. Bem verdade que, há uma prevalência das ações direcionadas à comunidade externa à empresa, do que em relação à comunidade interna, que compreende os funcionários e seus familiares.

Atualmente, com o avanço tecnológico, com a facilidade do poder de compra de forma virtual, extrapolando as barreiras nacionais, o conteúdo da responsabilidade social está muito mais evidente. Para Paoli (2002, p. 407):

[...] a empresa entra no espaço não mercantil (pela introdução da ideia de responsabilidade), indo além de seu tradicional território intermuros e também além dos novos territórios virtuais globalizados, rompendo nessa viagem, o seu histórico alheamento em relação tanto às comunidades reais onde está instalada quanto à vida de seus trabalhadores.

Deve-se, portanto, consignar, a relevância da figura empresarial como agente propulsor da inclusão da pessoa com deficiência no trabalho, tendo em vista o caráter social do tema. Partindo desse pressuposto, cabe salientar que não se trata, apenas de filantropia, no sentido de “empregar” alguém, mas acima de tudo, revela-se um conjunto de fatores que tenham como base, o respeito a todos os envolvidos no meio empresarial, significando para os funcionários e gestores, novas perspectivas de socialização, mas para a pessoa com deficiência, significa o acesso a meios dignos de viver.

De acordo com os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – Censo 2010), existem mais de 45 milhões de brasileiros que possuem algum tipo de dificuldade para ver, ouvir, se movimentar ou algum tipo de incapacidade mental. Isso representa cerca de 24% da população, número considerado expressivo. Aliado a isso, os dados mais recentes da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS 2018) divulgado pelo Ministério da Economia, demonstram que dos 46 milhões de vínculos de emprego formal, somente 486 mil estavam direcionados às pessoas com deficiência, ou seja, menos de 1%.

Assim, com base nos dados acima, percebe-se que grande parte das pessoas com deficiência no Brasil não fazem parte das estatísticas de emprego formal. Nessa senda, considerando uma defasagem de mais de 10 (dez) anos em relação ao último censo, acredita-se que as estatísticas podem ser ainda mais desfavoráveis em relação às PCD's.

Acostumar-se a essa realidade do desemprego e de formas desumanas de condições de trabalho, implica em um retrocesso, considerando o desrespeito ao multiculturalismo. Diga-se condições desumanas, posto que uma condição igual

para todos, não necessariamente, satisfaz as necessidades específicas de uma pessoa com deficiência. Ao mesmo tempo, verifica-se que a norma (Lei de Cotas), não se faz suficiente, pois muitas vezes, sequer é cumprida em termos quantitativos pela empresa. A lacuna existente quanto aos meios como esse processo de inclusão deve ser efetivada, deixa de oportunizar emprego a muitas pessoas em decorrência do preconceito e do desconhecimento, com base numa teoria retórica de incapacidade.

Com o intuito de mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerirem seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável, surgiu o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. Criado em 1998 por um grupo de empresários e executivos da iniciativa privada, o Instituto Ethos é uma organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), consiste num polo de organização de conhecimento, troca de experiências e desenvolvimento de ferramentas para auxiliar as empresas a analisar suas práticas de gestão e aprofundar seu compromisso com a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável.

Segundo o Instituto, a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) tornou-se um fator de competitividade para os negócios. As empresas devem investir no permanente aperfeiçoamento de suas relações com todos os públicos dos quais dependem e com os quais se relacionam: clientes, fornecedores, empregados, parceiros e colaboradores. Isso inclui também a comunidade na qual atuam, o governo, sem perder de vista a sociedade em geral, que construímos a cada dia. Dentre as iniciativas da empresa, a promoção da inclusão social, é um dos diferenciais cada vez mais importantes para a conquista de novos consumidores ou clientes, elevando a imagem institucional.

Nesse sentido, cumpre destacar que inclusão social implica em prática consciente das empresas, no sentido de transformar a realidade social, segundo a qual as pessoas com deficiência estão inseridas. Diz respeito à preocupação com a qualidade de vida no trabalho. A empresa deve responsabilizar-se por todo o suporte necessário para que as PCD's desenvolvam suas funções laborais de maneira satisfatória, de acordo com suas limitações e necessidades. Isso implicará, via de consequência, na satisfação pessoal do trabalhador, na sua interrelação com as demais pessoas e em melhores rendimentos na sua produtividade. Desse modo, o Instituto Ethos consignou a importância de valorização da diversidade e combate à discriminação, tendo como propósito, respeitar e valorizar as diferenças como condição fundamental para a existência de uma relação ética e de desenvolvimento da humanidade. Procura ainda estimular a promoção da diversidade como um diferencial positivo de desenvolvimento da sua missão e não tolera a discriminação sob qualquer pretexto.

Assim, inegável reconhecer que o tema merece especial atenção, visto que muito pouco tem sido feito em relação a esse grupo no âmbito de sustentar sua dignidade dentro do ambiente de trabalho. Implica dizer que ultrapassado o paradigma da constitucionalidade das cotas, resta consubstanciar sua aplicabilidade, e isso é um processo de interligação entre os diversos atores envolvidos: governo, empresas, sociedade e a pessoa com deficiência. Nesse contexto, a governança é ponto chave para a obtenção de resultados satisfatórios, uma vez que pode ser compreendida como processos decorrentes de uma relação entre governo e sociedade civil a fim de atingir êxito nos objetivos públicos.

No entanto, resta evidente, com base nos dados estatísticos supramencionados, que a política pública não vem atingindo o resultado a que se propôs, com a implementação da Lei de Cotas. Nesse sentido, Wu (2004, p. 24) define avaliação de políticas públicas, como: "uma atividade fundamental, pois envolve a avaliação do grau em que uma política pública está atingindo os seus objetivos e, se não estiver, o que pode ser feito para melhorá-la". E é exatamente nesse ambiente conturbado e sujeito aos estigmas pré-existentes em relação à pessoa com deficiência, que se deve compreender a governança como meio de ação comunitária para o efetivo processo de inclusão, resguardando o direito a uma vida digna.

Segundo Gonçalves (2005), a governança é ação conjunta de vários atores envolvidos, dentre eles, Estado e sociedade, na busca de soluções e resultados para problemas comuns; não podendo constituir em ação isolada da sociedade

civil na busca por maiores espaços de participação e influência, sendo importante considerar o surgimento dos atores não-estatais para o desenvolvimento da governança.

Ainda nesse sentido, Costa et. Al (2016, p. 37):

Existe um relativo consenso de que uma política pública (policy) para ser efetiva e eficiente deve ampliar o leque de atores consultados. Nesse sentido, atualmente, e cada vez mais de modo crescente, a formulação de políticas públicas não se reduz ao papel do Estado e dos governos. Muitas têm sido produzidas por determinadas racionalidades e leituras da realidade social de um conjunto diversificado de atores sociais que se entrecruzam: pela lógica do Estado; pelos interesses das corporações e empresas; e por cidadãos e atores em situação de “exclusão”.

Assim, a partir da compreensão da governança como atividade decorrente de vários atores envolvidos, a política pública direcionada à pessoa com deficiência no âmbito laboral merece uma participação múltipla desses mesmos atores. O Estado, no sentido de legitimar e fazer cumprir a norma; as empresas no sentido de cumprir a Lei, mas sobretudo, oferecer os meios necessários ao bom desenvolvimento das tarefas na empresa por todos os que fazem parte da organização, o governo, no sentido de investimento em educação profissional, oferecer parcerias, cursos e treinamentos; a sociedade, no sentido de integrar as pessoas com deficiência, oferecendo ajuda num dever de solidariedade e por fim, o grupo social em questão – pessoa com deficiência – no sentido de desenvolver suas capacidades plenas no meio social. Importantíssimo ressaltar que não basta a implementação da norma, o governo precisa atuar de forma a efetivar seu cumprimento pelas empresas. O Ministério do Trabalho e Emprego tem o papel de fiscalizar, aplicando as penalidades necessárias em caso de descumprimento, mas diante de um cenário tão complexo, as multas estariam sendo suficientes no sentido de responsabilização das empresas?

Dentro dessa perspectiva de responsabilidade social, inclusão e governança, o Instituto Ethos em parceria com a Rede Empresarial de Inclusão Social (REIS)⁹ desenvolveram o Guia Temático PCD com os indicadores para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Esses indicadores surgiram em decorrência do envolvimento de várias pessoas engajadas no tema num processo de multistakeholder¹⁰, como forma de desmistificar a cultura do capacitismo e apresentar às empresas uma forma de dar maior consistência às suas práticas e reconhecer publicamente que há casos muito positivos sendo construídos, com base numa boa gestão e governança.

Nesse sentido, verifica-se que, apesar do considerável número de pessoas que apresentam algum tipo de deficiência no país, a relação que essas pessoas possuem com o trabalho podem não necessariamente significar a satisfação numa perspectiva coletiva desse grupo, seja em relação aos cargos oferecidos, aos meios que a empresa oferece para que se desenvolvam as atividades, seja ainda no contexto da acessibilidade física. O trilhar dos passos desse grupo vem sendo construído lentamente, seguindo uma trajetória de preconceitos, desconhecimento e muitos desafios. Segundo Chaveiro e Vasconcellos, 2018, p. 27):

Há suficiência de mais ou de menos. Pessoas têm suficiências de mais ou de menos. Suficiências de menos, no amor, ao não viver o amor pleno em todas as horas. Suficiências de mais, ao ver o coração do outro mesmo sem ter olhos. Suficiências de menos, no ensino, ao não ver o aluno como fonte de aprendizado. Suficiências de mais ao acariciar o outro mesmo sem ter mãos. Suficiências de menos, na saúde pública, ao não ver o trabalho como categoria central. Suficiências de mais ao andar mais dos que têm pernas, mesmo sem ter pernas. Suficiências de menos ao não ouvir que a ciência deve servir à mudança. Suficiências de mais ao ouvir todas as vozes mesmo sem ter ouvidos. Suficiências de menos ao colocar a produção do conhecimento a serviço do mercado e do capital. Suficiências de mais ao colocar todos os sentidos a serviço da dignidade humana, mesmo que faltem todos os sentidos. Deficiências são subjetividades, aparentes ou não. Suficiências, quando de mais, são planos de ação,

9 Em 02 maio de 2012, no 26º FÓRUM DE EMPREGABILIDADE SERASA EXPERIAN e com a participação de mais de 60 empresas e da Organização Mundial do Trabalho (OIT), foi lançada a ideia da criação de uma rede nacional de empregadores de pessoas com deficiência. Tem como objetivo reunir e mobilizar empresas no Brasil para promover a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, através do compartilhamento de conhecimentos e identificação de boas práticas, da articulação de contatos, parcerias e projetos para o desenvolvimento de produtos e serviços conjuntos, visando a qualificação profissional e a facilitação da contratação e retenção.

10 Tradução: múltiplas partes interessadas.

e, quando de menos, são capitulação. Não existem pessoas com deficiência. Existem pessoas. As que mudam o mundo são as suficientes demais.

A inclusão no trabalho representa uma nova vertente em meio ao processo histórico-cultural de invisibilidade. Assim, a boa governança, entendida em seu sentido amplo, envolvendo todos os sujeitos, incidirá positivamente em resultados futuros para as PCD's, não deixando de delimitar neste caso, atenção especial à governança corporativa, no sentido de estruturar e gerir a empresa, e nesse aspecto, observando a equidade como um dos seus princípios basilares, de modo a garantir a todos suficiências de mais.

5. CONCLUSÃO

De acordo com o que foi estudado, verificou-se que não há como sustentar a política das cotas, muito importante para o processo de inclusão da pessoa com deficiência, baseada em aspectos meramente quantitativos. É preciso ir além, tendo as empresas um potencial de transformação, não apenas no sentido caritativo da filantropia, mas na mudança do aparato físico e social do estabelecimento que permeia as relações de trabalho.

Essa transformação pode se dar através da responsabilidade social e de práticas de boa gestão e governança, sendo estes, os verdadeiros instrumentos para a efetividade da inclusão abordada em seu aspecto humano, sensível à diferença e com base nos valores éticos da sociedade. Reconhece-se que não é tarefa simples ajustar as técnicas, atividades e locais de trabalho, à necessidade específica das pessoas com deficiência, dada aos vários tipos e graus, porém, o primeiro passo, deve ser o desapego ao preconceito e a busca do conhecimento, posto que o grupo muitas vezes é negligenciado por falta de oportunidades condizentes às suas suficiências.

Convém dizer que em relação à responsabilidade social e governança, referentes ao eixo deste estudo, já existem diretrizes para a efetividade da inclusão social das pessoas com deficiência no trabalho, estabelecidas pelo Instituto Ethos e pela Rede Empresarial de Inclusão Social. Resta no entanto, a principal transformação, aquela vinda de dentro para fora, na concepção de que todas as pessoas tem suas potencialidades, diferenças e limitações, cabendo a todos os envolvidos no processo de inclusão — Estado, governo, sociedade civil — a oportunidade de conhecer o outro. Somente assim, os dados referentes ao trabalho da pessoa com deficiência poderão assumir novos rumos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, L. Empresa e Sociedade: Responsabilidade Social, Cidadania Corporativa e Valor Partilhado. 1ª ed., Luís Antunes Editora, 2016. E-book.

ARAÚJO, J. C. E. Ações Afirmativas e Estado Democrático Social de Direito. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 18 jun de 2021.

_____, Decreto nº 3.298/1999, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 14 jul 2021.

_____, Decreto nº 5.296/2004, de 02 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em 14 jul 2021

_____, Lei nº 8.112/1990, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm Acesso em 19 jun 2021.

_____, Lei nº 8.213/1991, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em 19 jun 2021.

_____, Lei nº 13.146/2015, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm Acesso em 18 jun 2021.

_____, Ministério da Economia. Gabinete do Ministro. Portaria nº 9, de 15 de janeiro de 2009. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jan. 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwOTZC2Mb/content/id/59253484. Acesso em 21 jun 2021.

_____, Ministério do Trabalho e Emprego. Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho. Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br>. Acesso em 28 jun 2021.

CHAVEIRO, E. F.; VASCONCELLOS, L. C. F. Cartografias existenciais – Premissas de uma leitura. In: CHAVEIRO, Eguimar Felício. VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de (org.). Uma ponte ao mundo - Cartografias existenciais da pessoa com deficiência e o trabalho. Goiânia: Kelps, 2018. E-book.

CHIAVENATO, I. Comportamento organizacional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

COSTA et al. É possível uma gestão pública de governança transnacional no século 21? Revista Serviço Público. Brasília 67 (Especial) 29-58 2016.

DANTAS, M. C. Direito Fundamental ao Máximo Existencial. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia. Disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>. Acesso em 20 jun 2021.

DUARTE, C. O. S.; TORRES, J. Q. R. Responsabilidade Social Empresarial: dimensões históricas e conceituais. In: GARCIA, Bruno Gaspar (Org.) Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades. Vol. 4. São Paulo: Peirópolis, 2005.

FERES JÚNIOR, J.; CAMPOS, L. A.; DAFLON, V. T. e VENTURINI, A. C. Ação afirmativa: conceito, história e debates. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018. E-book.

FONSECA, R. T. M. O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos: O direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTtr, 2006.

GONÇALVES, A. Conceito de governança. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito_de_governanca.pdf. Acesso em 14 jul 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pessoas com Deficiência. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em 28 jun 2021.

Instituto Ethos. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/>. Acesso em 14 jul 2021.

MARANHÃO, R. O. O portador de deficiência e o direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

MATOS, N. V. R. Inclusão Perversa: uma reflexão sobre o sentido do trabalho para pessoas com deficiência. Curitiba: Apris, 2017. E-book.

MELO NETO, F. P. de; FROES, C. Gestão da responsabilidade social corporativa: o caso brasileiro. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

PAOLI, M. C. Empresas e a responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SANTOS, Boaventura S. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Rede Empresarial de Inclusão. Disponível em: <https://www.redeempresarialdeinclusao.com/>. Acesso em 14 jul 2021.

WU, X. Guia de políticas públicas: gerenciando processos. Brasília: Enap, 2014. E-book.

SOBRE A AUTORA:

Luciana Rodrigues dos Santos

Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas na UNIFACS - Ânima Educação;

Pós-Graduada em Gestão Judiciária (FEAPA);

Pós-Graduada em Atividade Física e Saúde (UEPA);

Graduada em Direito (UNAMA);

Graduada em Educação Física (UEPA);

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará - TJE/PA.

RESENHA

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

GESTÃO DE QUALIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

QUALITY MANAGEMENT IN JURISDICTIONAL PROVISION

GESTÃO DE QUALIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

QUALITY MANAGEMENT IN JURISDICTIONAL PROVISION

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO

ORCID iD <http://orcid.org/0000-0002-6658-3179>

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>

Universidade FUMEC - Belo Horizonte, Minas Gerais (MG)

Pós-Doutorando em Direito pelo PPGD/FUMEC

adrianoribeiro@yahoo.com

O livro de *Gestão Estratégica de Unidades Judiciárias: desdobramento de 4º nível, gestão judiciária aplicada*, escrito pelo juiz de direito em Minas Gerais e Mestre em Direito pelo PPGD/FUMEC, Marcus Vinícius Mendes do Valle, busca apresentar as práticas de gestão, com a finalidade de aperfeiçoar a tramitação de processo judicial, evitando-se a morosidade na prestação jurisdicional.

A proposta do magistrado Marcus Vinícius Mendes do Valle, que é Professor, Tutor e Conteudista da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, na obra em comento, é justamente apresentar sua experiência, de mais de 20 anos no Poder Judiciário de Minas Gerais, ao aplicar técnicas e ferramentas que a Ciência da Administração oferece para se garantir qualidade na prestação de serviços judiciários.

O livro se estrutura em prefácio, apresentação, introdução, nove capítulos e quatro anexos.

No primeiro capítulo, o Professor Marcus Valle tece importantes comentários a respeito de Planejamento Estratégico, seja da alta administração, seja quanto ao desdobramento no âmbito das Unidades Judiciárias de Primeiro Grau. A partir da implantação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do Planejamento Estratégico Nacional do Poder Judiciário, e também no Tribunal de Justiça mineiro, defende a possibilidade de edição de Planos Estratégicos, bem como sua adoção nas Comarcas, respeitando as dimensões e peculiaridades geográficas e culturais do Brasil, a fim de se profissionalizar a gestão da Unidade Judiciária e se atingir padrões de eficiência.

Em seguida, aborda de forma detalhada, a necessidade de aplicação do que chama “novo modelo de gestão”, mediante integração de políticas públicas já adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, para se efetivar melhorias no serviço judiciário.

No segundo capítulo, o autor apresenta os pilares fundamentais para o que considera desdobramento do planejamento estratégico de 4º nível. Por conseguinte, o autor debruça-se na avaliação das boas práticas, já existentes no âmbito do Poder Judiciário nacional, para definir quatro pilares básicos, quais sejam: Diagnose de Unidade Judiciária; Plano Estratégico de Unidade Judiciária de Primeiro Grau; Plano de Ação; e Acompanhamento Permanente. Didaticamente, e para melhor compreensão do leitor, o juiz de direito Marcus Valle detalha tanto os conceitos desses pilares, quanto sua aplicação prática, pois implementados, experimentados e testados na Unidade Judiciária em que trabalha. O que, em sua opinião, “tem apresentado significativos resultados, entre outros, de melhoria dos processos de trabalho, maior engajamento das equipes, além do aumento da satisfação profissional e da produtividade”.

Explica o autor, quanto ao primeiro pilar básico, que a diagnose de unidade judiciária “nada mais é do que a identificação dos problemas (anomalias ou desconformidades) que estejam prejudicando o alcance dos objetivos estratégicos,

o cumprimento das metas estabelecidas e a produção dos resultados esperados” (p. 41). Realizada a diagnose, para o autor, “haverá o esclarecimento, para o magistrado e servidores, daqueles fatores gerenciais que precisam ser aprimorados” (p. 76) e até mesmo corrigidos, já que revelados os problemas da Unidade Judiciária.

Na sequência, o segundo pilar, é a implementação do Plano Estratégico de Unidade Judiciária, ou seja, “o plano de metas locais decorrentes do desdobramento da estratégia nacional e da estratégia do Tribunal a que pertença a Unidade Judiciária” (p. 77). Alerta Marcus Valle que “é desejável que os Planos de Metas tenham duração anual ou, no máximo, bienal”, tudo a evitar rigidez dos planos sexênios (planos de seis anos), “o que guarda congruência com a natureza das Unidades Judiciárias de Primeiro Grau, que para darem cumprimentos aos macrodesafios e metas nacionais precisam de maior flexibilidade de adaptabilidade” (p. 82).

O terceiro pilar, para Marcus Valle, é o Plano de Ação que “descreve as múltiplas ações/tarefas que serão realizadas, objetivando dar cumprimento às metas estabelecidas no Plano Estratégico” (p. 83). No momento de elaboração do Plano de Ação “é recomendável que as Macroações (grupo temático de atividades e tarefas) e as Microações (atividades e tarefas específicas) guardem perfeito encadeamento e sintonia com as etapas anteriores” (p. 84). Assim, entende o autor, facilitará o trabalho das equipes tanto na implementação quanto na mensuração de seu cumprimento, bem como a noção quanto à necessidade de ajustes. Para não frustrar o leitor, o autor enumera algumas técnicas e ferramentas cabíveis em cada grupo temático.

Depois de colocar em prática os três pilares, o próximo momento é a “execução estratégica”, entende Marcus Valle. E, para tanto, “a razão fundante para a existência do acompanhamento permanente é a necessidade de que possa seguir-se uma boa “execução estratégica”, permitindo-se”, afirma o autor, “por conseguinte, a superação das anomalias diagnosticadas, o aproveitamento de oportunidades de melhoria dos serviços e o alcance das metas locais fixadas no Plano Estratégico da Unidade Judiciária” (p. 111).

O Professor e juiz de direito Marcus Valle apresenta ao leitor, com riqueza de detalhes, no capítulo sete, a “gestão de processos de trabalho”. Recorda o autor que “as organizações, tanto públicas como privadas, utilizam-se no exercício de suas atividades recursos organizacionais, materiais e imateriais” (p. 125).

Alerta, ainda, que “muitos profissionais do direito identificam, equivocadamente, processos de trabalho como sinônimo de processos judiciais” (p. 125). Em síntese, define o autor, que:

O adequado mapeamento, redesenho e otimização dos processos de trabalho ajudam, inclusive, na superação dos desvios temporais de processo judicial, mas também que os operadores do direito possam dedicar-se à eficácia do sistema jurídico, em especial pela melhoria qualitativa da entrega judiciária ao cidadão, com a preservação dos valores constitucionais sob os quais estrutura-se a função jurisdicional. (p. 141).

De fato, o acompanhamento permanente de magistrados, servidores e demais colaboradores permitirá dimensionar quais as alterações surtirão efeitos pretendidos.

O magistrado Marcus Vinícius Mendes do Valle dedica o capítulo oito a listar os benefícios, tanto quantitativos quanto qualitativos, esperados com a implantação do planejamento estratégico, com destaque para o “fortalecimento do papel do magistrado como gestor público e líder de equipes” (p. 143). Defende o Professor, ademais, que “a eficiência quantitativa e gerencial do Poder Judiciário pode melhorar a vida dos jurisdicionados e o próprio marco jurídico do país”, isto porque, “porquanto o aparato do Estado, se requalificado e otimizado, permite maior segurança jurídica e pacificação social” (p. 144).

Na obra resenhada, explica o Professor Marcus Valle que as alterações à Resolução 198/2014, introduzidas pela Resolução 325/2020 do Conselho Nacional de Justiça, define o planejamento estratégico, portanto, normativo a ser aplicado para o sexênio, ou seja, de 2021 a 2026.

Em tempos de aperfeiçoamento da gestão do Poder Judiciário nacional, incontáveis são as contribuições que o

magistrado trouxe para a compreensão da necessária aplicação de modelos de gestão e organização, oriundos da Ciência da Administração, no Sistema de Administração da Justiça. Tanto o é, que, para facilitar a efetiva implantação do Plano Estratégico de Unidades Judiciárias, foram acrescentados no livro quatro anexos contendo formulários utilizados, com êxito, e de fácil aplicação.

Na obra, encontramos a seguinte interpretação do Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça: “revela a face do Poder Judiciário nacional, a face do magistrado gestor, operoso e comprometido, que estuda e transforma esse aprendizado em desenvolvimento de pessoas, em otimização do desempenho organizacional e efetiva entrega da justiça” (p. 16).

Para o Desembargador Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, ex-Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça, a obra “é um contributo inestimável para aqueles que têm como missão prestar jurisdição de qualidade, de forma célere e ao menor custo possível” (p.14).

É o que defende o juiz de direito Marcus Vinícius Mendes do Valle:

A riqueza das experiências de magistrados e servidores cabe, perfeitamente, neste modelo de gestão estratégica que incentiva, em todos, o protagonismo, o aproveitamento das experiências profissionais, o desenvolvimento contínuo e a vontade perene de servir mais e melhor à causa da Justiça, sacerdócio comum de todos os operadores da máquina judiciária. (VALLE, 2021, p. 14).

Encerrando a obra, o autor destaca algumas considerações a respeito do desdobramento estratégico de 4º nível, pois “representam uma mudança significativa em antigos paradigmas de gestão estratégica, cuja ineficácia precisa ser enfrentada”. Revelou que o sistema foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em todas as 849 Unidades Judiciárias, mediante treinamento de magistrados e servidores. Ressaltou, ainda, que “a adoção de modelo unificado de gestão estratégica [...] não exclui nem impede customizações, consolidando a visão de que a boa administração judiciária de ser aquela que desenvolve magistrados e servidores”, bem como “melhora continuamente, o serviço prestado à sociedade” (p. 146).

De fato, é leitura indispensável aos construtores do Direito, pois se mostra rica fonte para aqueles que queiram conhecer a experiência do Juiz de Direito na prática da boa administração judiciária, a garantir a eficácia da aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo.

SOBRE O AUTOR:

Adriano da Silva Ribeiro

Professor em Estágio Pós-Doutoral no Mestrado em Direito da Universidade FUMEC/MG. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Bacharel em Direito da PUC Minas. Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Assessor Técnico na Superintendência Administrativa do TJMG.

revista.desc@facamp.com.br
desc.facamp.com.br

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA