

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 28 n.3, nov. 2024

DOUTORADO E MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
de LONDRINA





REITORA
Prof. Dr^a. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitora: Prof^a. Dr^a. Silvia Márcia Ferreira Meletti

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo

Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Claudio César Machado Moreno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dr^a. Ana Cláudia Duarte Pinheiro.

CURSO DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Vice-Coordenador: Profa. Dra. Patricia Ayub da Costa Ligmanovski

Scientia Iuris : Revista do curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) –

. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .

v. : 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.

Descrição baseada em: Vol. 28, N. 3 (nov.2024).

ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citadaa fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) - LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

V. 28. N.3. NOV. 2024

**DOUTORADO E MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS**

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora-Chefe

Doutora Tânia Lobo Muniz

Editor Responsável

Doutor Elve Miguel Cenci

Editora Associada

Doutoranda Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

Conselho Editorial/ Editorial Board

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ) Hilda Eleonora Vallet (Universidad de Buenos Aires/Argentina) Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jenifer Valeria Alfaro Borges (Universidad de la República) José Laurindo de Souza Netto (Universidade Paranaense/PR) Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos / Espanha) Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Equipe Técnica:

Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Dra. Adriana Silva Maillart (UNINOVE/SP)
Dra. Alessandra Cristina Furlan (UENP/PR)
Dr. Álisson José Maia Melo (UNI7/CE)
Dr. Cristiano Gomes de Brito (UFU/MG)
Dra. Daniela Juliano Silva (UFF/RJ)
Dr. Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino (RHEMA/PR)
Dr. Jair Teixeira dos Reis (UFES/ES)
Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa (UFU/MG)
Dr. Luiz Augusto Módolo de Paula (USP/SP)
Dr. Marcos Vinícius Torres Pereira (UFRJ/RJ)

Dra. Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR/SP)
Dr. Marlon Tomazette (UniCEUB/DF)
Dr. Nelson Finotti Silva (UNIMAR/SP)
Dra. Kelly Cardoso (UNIOESTE/PR)
Dr. Rafael Augusto Silva Domingues (USP/SP)
Dr. Rafael Santos Pinto (UniDomBosco/PR)
Dr. Ricardo Stersi (UFSC/SC)
Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (UNIRIO/RJ)

Curso de Doutorado e Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br Home

page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

EDITORIAL	9
------------------------	----------

COMPLIANCE E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O INCENTIVO NORMATIVO À IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE	11
---	-----------

COMPLIANCE AND THE NEW BIDDING LAW: THE NORMATIVE INCENTIVE TO IMPLEMENTATION OF INTEGRITY PROGRAMS
--

Douglas Oliveira Santos
Sandro Mansur Gibran

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DO CRIME DE CONCORRÊNCIA DESLEAL	25
---	-----------

CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE CRIME OF UNFAIR COMPETITION

Aline Martins Gonçalves
Walter Godoy dos Santos Junior

ANÁLISE HERMENÊUTICA E ECONÔMICA DOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DO STJ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CÍVEL	44
---	-----------

HERMENEUTICS AND ECONOMIC ANALYSIS OF THE INTERPRETATION CRITERIA USED BY THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN CIVIL EXECUTION PROCEEDINGS

Cristiano Gomes de Brito

CLEARANCE DE DIREITOS SOBRE OS DADOS COMO FATOR POTENCIAL DO SUCESSO NEGOCIAL: UM PROTOCOLO DE EXECUÇÃO	64
--	-----------

DATA RIGHTS CLEARANCE AS A POTENTIAL FACTOR IN BUSINESS SUCCESS: A FRAMEWORK

Maurício Antonio Tamer

INOVAÇÕES NO AGRONEGÓCIO: QUAIS AS NOVIDADES DO FIAGRO EM RELAÇÃO AOS FUNDOS DE INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS TRADICIONAIS?	80
---	-----------

INNOVATIONS IN AGRIBUSINESS: WHAT IS NEW AT FIAGRO IN RELATION TO TRADITIONAL REAL ESTATE INVESTMENT FUNDS?
--

Leandro Kreitlow
Muriel Amaral Jacob

CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT & CONSTRUCTION (EPC): ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	95
---	-----------

THE ENGINEERING, PROCUREMENT & CONSTRUCTION CONTRACT (EPC): LEGAL AND REGULATORY ASPECTS IN THE BRAZILIAN SYSTEM.
--

Danylo Oliveira de Moraes
Marcus Elidius Michelli de Almeida

PRIVATE AUTONOMY AND POST-MORTEM TRANSMISSIBILITY OF DIGITAL ASSETS OF EXISTENTIAL/HYBRID NATURE	115
---	------------

Jeferson Jaques Ferreira Gonçalves
Leonardo Macedo Poli

A ESCRITURA PÚBLICA COMO PILAR DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS ECONOMICAMENTE RELEVANTES: A REDEFINIÇÃO DA ATIVIDADE NOTARIAL À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	132
<i>THE PUBLIC DEED AS A PILLAR OF ECONOMIC EFFICIENCY IN ECONOMICALLY RELEVANT PARITY CONTRACTS: REDEFINING NOTARIAL ACTIVITY IN THE LIGHT OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW</i>	
Ricardo Correia de Melo	
Marcelo Juan Amorín Pisa	
ANÁLISE CRÍTICA DO PLC 108/2024 REFERENTE A INCIDÊNCIA DE ITCMD NA DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE DIVIDENDOS.....	155
<i>CRITICAL ANALYSIS OF PLC 108/2024 REGARDING THE INCIDENCE OF ITCMD ON DISPROPORTIONATE DIVIDEND DISTRIBUTION</i>	
Fabio André Malko	
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes	
COMBATTING UNETHICAL BEHAVIOR IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: HOW GAME THEORY CAN HELP TACKLE GUERRILLA TACTICS	171
<i>COMBATEndo COMPORTAMENTOS ANTIÉTICOS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: COMO A TEORIA DOS JOGOS PODE AJUDAR A ENFRENTAR TÁTICAS DE GUERRILHA</i>	
Bruna Faria	
Eduardo Bueno Rodrigues	
Patrícia Ayub da Costa	
VIOLÊNCIA NO FUTEBOL: O QUE A CRIMINOLOGIA E A EXPERIÊNCIA INGLESA PODEM CONTRIBUIR COM A REALIDADE BRASILEIRA?	188
<i>VIOLENCE IN FOOTBALL: WHAT CAN CRIMINOLOGY AND THE ENGLISH EXPERIENCE CONTRIBUTE TO THE BRAZILIAN REALITY?</i>	
Adriano da Silva Ribeiro	
INSTRUÇÕES AOS AUTORES.....	191
<i>INSTRUCTIONS FOR AUTHORS</i>	

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 3 de seu 28º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato A4 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qua-lis CAPES, que continuam sendo rigorosamente cumpridas, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

A terceira Edição deste Volume 28 conta com dez artigos e uma resenha, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) Compliance e a nova lei de licitações: o incentivo normativo à implementação de programas de integridade, de Douglas Oliveira Santos e Sandro Mansur Gibran; b) Contribuição ao estudo do crime de concorrência desleal, de Aline Martins Gonçalves e Walter Godoy dos Santos Junior; c) Análise Hermenêutica e Econômica dos Critérios de Interpretação do STJ no Processo de Execução Cível, de Cristiano Gomes de Brito; d) Clearance de Direitos sobre os Dados como fator potencial do sucesso negocial, de Maurício Antonio Tamer; e) Inovações no agronegócio: quais as novidades do Fiagro em relação aos fundos de investimentos imobiliários tradicionais?, de Leandro Kreitlow e Muriel Amaral Jacob; f) Contrato de Engineering, Procurement & Construction (EPC): aspectos jurídicos e regulatórios no ordenamento brasileiro, de Danylo Oliveira de Moraes e Marcus Elidius Michelli de

Almeida; g) Private autonomy and post-mortem transmissibility of digital assets of existential/hybrid nature, de Jeferson Jaques e Leonardo Macedo Poli; h) A escritura pública como pilar de eficiência econômica nos contratos paritários economicamente relevantes, de Ricardo Correia de Melo e Marcelo Juan Amorín Pisa; i) Análise crítica do PLC 108/2024 referente a incidência de ITCMD na distribuição desproporcional de dividendos, de Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Fabio André Malko; j) Combatting unethical behavior in international commercial arbitration: how game theory can help tackle guerrilla tactics, de Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues e Patricia Ayub da Costa; l) Violência no futebol: o que a criminologia e a experiência inglesa podem contribuir com a realidade brasileira?, de Adriano da Silva Ribeiro.

Nesta terceira edição do ano de 2024, a Revista Scientia Iuris tem a honra de publicar mais uma série de trabalhos inéditos, que contemplam estudos interdisciplinares sobre as muitas repercuções do Direito Negocial nas esferas da vida humana, cujos efeitos e consequências jurídicas perpassam análises meramente literárias, conclamando posicionamentos que deem efetividade à expectativa da própria realização de justiça.

Com a difusão dos assuntos tratados, de alta gama de relevância para o cenário jurídico contemporâneo, espera-se contribuir com o conhecimento de nossos leitores, a fim de que os trabalhos desenvolvidos possam ser propagados cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica. Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

COMPLIANCE E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O INCENTIVO NORMATIVO À IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

COMPLIANCE AND THE NEW BIDDING LAW: THE NORMATIVE INCENTIVE TO IMPLEMENTATION OF INTEGRITY PROGRAMS

Douglas Oliveira Santos*
Sandro Mansur Gibran**

COMO CITAR: SANTOS, Douglas Oliveira; GIBRAN, Sandro Mansur. *Compliance e a nova Lei de Licitações: o incentivo normativo à implementação de programas de integridade*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 11-24, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p11-24. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo tratar da normatização no Brasil dos sistemas de autorregulação e de integridade implementados na atividade empresarial, dentre os quais se encontra o *compliance*. Serão objeto de destaque os fundamentos que culminaram com surgimento da ideia de implementação do *compliance*, especialmente nas empresas brasileiras, destacando-se nesta perspectiva tanto a tendência mundial de procedimentos aptos a estabelecer regras para cumprimento de normas legais e programas de conduta ética eficazes pelas empresas, como a necessidade do Brasil dar cumprimento a tratados internacionais dos quais se tornou signatário, comprometendo-se a adotar ferramentas enérgicas de combate à corrupção em todos os segmentos da vida em sociedade. Por outro lado, em que pese as questões jurídicas que circundam a autorregulação e o *compliance* serem motivo de muitos debates, será abordada especialmente a necessidade de implementação de programas de integridade nas empresas que participam de licitações públicas pois, segundo estudos realizados, que serão tratados nesse artigo, as compras públicas são fonte intensa de corrupção nos países em desenvolvimento, como se tem inúmeros casos que se tornaram públicos nesse setor no Brasil e, nessa perspectiva, o presente trabalho também se dedicará a analisar os reflexos das previsões da Lei 14.133/2021, chamada popularmente de Nova Lei de Licitações, acerca da implementação de programas de integridade, que a partir da nova legislação, podem ser obrigatorias a depender da situação ou, ainda, utilizadas de maneira a conceder vantagem às empresas que se valem das práticas de *compliance*, sendo utilizado como critério de desempate em certames e motivo de atenuação de penalidade em outros casos. Desse modo, havendo previsões na Nova Lei de Licitações de benefícios legais para empresas que tenham implementado programas de integridade, mostra-se relevante também analisar os reflexos dessa disposição legal e os motivos de fundamento do legislador, pontos que serão abordados nesse estudo.

Palavras-chave: nova lei de licitações; *compliance*; programa de integridade.

*Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania (Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA)
Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA)
Email: douglas.oliveira@ovsa.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2760-2541>

**Doutor em Direito Econômico e Socioambiental (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR)
Mestre em Direito Econômico e Socioambiental (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR)
Email: sandro@rochagibran.adv.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>

Abstract: This article aims to address the standardization in Brazil of self-regulation and integrity systems implemented in business activity, including compliance. The fundamentals that culminated in the emergence of the idea of implementing compliance will be highlighted, especially in Brazilian companies, highlighting from this perspective both the global trend of procedures capable of establishing rules for compliance with legal standards and effective ethical conduct programs by companies, such as Brazil's need to comply with international treaties of which it has become a signatory, committing itself to adopting energetic tools to combat corruption in all segments of life in society. On the other hand, although the legal issues surrounding self-regulation and compliance are the subject of much debate, the need to implement integrity programs in companies that participate in public tenders will be particularly addressed because, according to studies carried out, which will be addressed in this article, public procurement is an intense source of corruption in developing countries, as there are numerous cases that have become public in this sector in Brazil and, from this perspective, the present work will also be dedicated to analyzing the consequences of the provisions of Law 14,133/2021, popularly called the New Bidding Law, regarding the implementation of integrity programs, which based on the new legislation, may be mandatory depending on the situation or even used in a way that grants an advantage to companies that use integrity practices. Compliance, being used as a tiebreaker criterion in competitions and as a reason for mitigating penalties in other cases. Therefore, as the New Tender Law provides for legal benefits for companies that have implemented integrity programs, it is also relevant to analyze the consequences of this legal provision and the reasons behind the legislator's reasoning, points that will be addressed in this study.

Keywords: new bidding law; compliance; integrity program.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo, é discorrer sobre os programas de integridade, especialmente o *compliance*, e os avanços que podem ser encontrados com a disseminação dessas práticas na atividade empresarial e na relação estabelecida entre empresas privadas e o poder público.

A problemática será definir, a partir de pesquisa bibliográfica, a importância da implementação dos programas de integridade na atividade empresarial, sobretudo aquelas que se relacionam comercialmente com o poder público, com vistas a garantir que esse laime seja pautado com integridade, eticidade e em combate à corrupção.

Nesse contexto, será objeto de análise a corrupção nas compras públicas, que perpassam por propinas e vantagens concedidas a funcionários de alto escalão e que prejudicam o Estado tanto pelo desvio criminoso dos recursos públicos, como pelo emprego ineficiente de verbas públicas, na medida em que o intuito criminoso pode influenciar nas diretrizes do Estado, optando por adotar políticas voltadas a áreas em que há maior concentração de propina ou mesmo em obras de infraestrutura superfaturadas.

Por outro lado, estudar-se-á o *compliance*, que tem sido objeto de muitos debates atualmente, por tratar-se de um sistema de autocontrole introduzido no ordenamento jurídico brasileiro há pouco mais de uma década, pelas Leis 12.846/13 e 12.683/2012 (Brasil, 2012, 2013), cumprindo uma tendência mundial de levar as empresas a adotarem programas eficientes de autocontrole de conduta, visto que as consequências de sua implementação na atividade empresarial tem se revelado positivas, pois os programas podem contribuir para que a empresa, a partir de sua implementação, atue de maneira ética e íntegra, inclusive com o poder público.

Por fim, serão abordados os possíveis avanços que resultarão das previsões estabelecidas na nova lei de licitações que, em vários artigos, positivou os programas de integridade como obrigatórios para algumas empresas licitantes em determinados casos, como nas hipóteses de licitação de obras de grande vulto ou quando da reabilitação de empresas e, muito embora facultativo em outras situações é inegável o benefício às empresas que tenham *compliance* implementado, como quando de empate em disputadas em processos licitatórios ou para fins de graduação de penalidade, caso ainda assim tenha incorrido em falta.

Desse modo, em primeiro momento destacar-se-á o sistema de *compliance*, como e quando foi criado, suas funções e a maneira como passou a ser implementado em empresas brasileiras como consequência das legislações criadas com a finalidade de sintonizar-se com a visão global acerca dos programas de integridade.

Em seguida, será objeto de enfoque a corrupção nas compras públicas, que segundo estudos realizados, são frequentes e de grande monta, principalmente em países em desenvolvimento (como é o caso do Brasil), sendo necessária a utilização de novos mecanismos aptos a reduzir a corrupção neste tipo de contratação.

Após, estudar-se-á a Lei 14.133/2021 (Brasil, 2021), chamada de nova Lei de licitações, com destaque aos avanços trazidos em seu texto sobre a implementação de programas de *compliance* por empresas que atuam fornecendo produtos ou serviços ao poder público.

Por fim, serão delimitados os possíveis reflexos da implementação do *compliance* por empresas que atuam prestando serviços e fornecendo produtos ao poder público, como estímulo à disseminação de uma cultura de integridade e ética, que seja eficaz no combate à corrupção em compras públicas.

1 DEFINIÇÃO DO SISTEMA DE COMPLIANCE COMO PROCEDIMENTO DE AUTORREGULAÇÃO E INTEGRIDADE

A palavra *compliance* origina-se do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto.

O *compliance* é originário do Direito norte-americano, que foi o primeiro país a comprometer-se com a luta contra a corrupção internacional, o que fez por meio do *Foreign Corrupt Practice Act*, instituto que foi fortemente ampliado após a crise financeira de 2008 (Antonietto; Castro, 2014, p. 2).

No contexto do Direito, o *compliance* é utilizado como um programa eficaz de prevenção ao descumprimento, pela empresa, de qualquer tipo normas vigentes, orientando e estabelecendo preceitos éticos que serão observados como normas internas das próprias companhias.

O *compliance* pode ser definido como sendo um sistema implementado na empresa, capaz de prevenir, mediante orientação e fiscalização dos colaboradores e diretores, o descumprimento de preceitos legais, garantindo que as normas existentes efetivamente sejam respeitadas e cumpridas durante o desenvolvimento da atividade empresarial, assim como as normas éticas e as regras internas da companhia.

Quando se destaca que o *compliance* se trata de um programa ou sistema de autorregulação ou autocontrole, é relevante partir da premissa de que o vocábulo controle está intimamente relacionado à diminuição e gestão de riscos e incertezas relacionados a eventos futuros.

Diz-se que tudo está sob controle se o grau de dúvida quanto aos procedimentos de todas as atividades e suas consequências são compreendidos por um limite tolerável. E quando o controle é realizado pela própria empresa se reconhece o autocontrole.

Nesse mote, o autocontrole significa não correr riscos de descumprir marcos regulatórios estabelecidos pelo Estado e, no âmbito intraempresarial, atuar de acordo com um procedimento conforme de conduta, que respeite as regras éticas e institucionais e seja observado pela própria companhia por meio do *compliance*.

De modo geral, o *compliance* ganhou maior notoriedade na medida em que as infrações cometidas pelas companhias no desenvolvimento da atividade empresarial passaram a ser punidas de forma mais rigorosa, com sanções severas, sendo certo que em alguns países, como no Brasil,

existe previsão acerca da responsabilização criminal da pessoa jurídica em determinadas infrações, além da aplicação de multas com patamares elevados que podem impactar os resultados financeiros das empresas e até mesmo em sua atividade empresarial.

Sob este prisma, a prevenção contra condutas que importem em infrações a legislação vigente e que desrespeitem as próprias normas de conduta das empresas tornou-se necessária para a manutenção da imagem, credibilidade e para a própria sobrevivência da empresa, sobretudo em mercados mais competitivos.

Segundo destaca Coimbra e Manzi (2010, p. 6):

O compliance constitui a base para o estabelecimento de uma cultura ética na empresa, cultura esta imprescindível à prevenção e redução de fraudes, que representam perdas financeiras para as organizações. Com efeito, uma organização que seja ética e que faça a difusão de uma cultura pautada na ética, por meio de um programa de compliance, tem menos problemas com fraudes. A cultura organizacional ligada à ética exerce uma clara influência sobre a integralidade dos funcionários. Assim, quanto mais profunda a cultura de integridade organizacional, menor a incidência de fraudes e outros comportamentos que representam desvios de recursos.

De acordo com os ensinamentos de Coimbra e Manzi (2010), a implantação do *compliance* como ferramenta de prevenção à prática de infrações dentro da atividade das empresas, acaba por ser primordial para que se implemente uma cultura ética no âmbito da empresa, o que é propiciado por meio da adoção de procedimentos comportamentais capazes de diminuir os riscos de prejuízos financeiros, seja por atos cometidos por colaboradores, seja pela ação dos diretores.

Como já destacado, a função precípua do *compliance* como ferramenta de autocontrole é fazer uma gestão dos riscos da atividade desenvolvida pelas empresas, que evidentemente são diminuídos quando se respeita a legislação do país, os preceitos éticos e as regras internas da empresa.

O controle também tende a aumentar a eficácia da atividade empresarial, chegando ao objetivo almejado, a exemplo da diminuição de custos ou de tempo, com a adoção de procedimentos eficientes. É que os controles internos serão sempre mais eficazes se a companhia tiver segurança de que os objetivos operacionais da entidade são alcançados; as demonstrações financeiras são preparadas de maneira confiável; e as leis e regulamentos aplicáveis são cumpridas.

Nesta linha de perspectivas, é relevante destacar que o programa de *compliance* pretende prevenir todos os tipos de irregularidades que possam ser praticadas durante a atividade empresarial, sejam relacionadas ao desvio de conduta, valores ou bens por colaboradores ou diretores para proveito próprio ou para pagamento de propinas para agentes políticos.

Na prática diária da atividade empresarial, o programa de *compliance* deve ser destacado como uma área da companhia responsável por cuidar do cumprimento das leis, dos regulamentos, das normas internas e dos padrões éticos de conduta, mediante a prevenção de comportamentos que venham a trazer temeridade para a empresa, seus clientes, empregados, quotistas, diretores,

fornecedores e a sociedade de um modo geral, no intuito de garantir que a atividade empresarial se desenvolva de forma contínua, com o menor risco possível.

Na visão do BCB (2007): “A área de Compliance é assistir os gestores no gerenciamento do risco de compliance, que pode ser definido como o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares, códigos de conduta etc”.

É mister que o programa de *compliance* tenha independência dentro da atividade empresarial, mesmo porque, a imparcialidade deve permear a relação entre o programa e as demais áreas da companhia, visto que as ações suspeitas, antiéticas e corruptas, além de serem prevenidas, quando constatadas, devem ser reprimidas e denunciadas, reportando-se todas as falhas de conduta verificadas, que venham de alguma forma a destoar das normas regulamentares do Poder Público ou da própria companhia.

De acordo com as ponderações acima, pode-se concluir que o programa de *compliance* pretende dar cumprimento às normas legais, intraempresariais e resguardar os preceitos éticos pela companhia. Se trata de um núcleo a ser implementado e que obrigatoriamente deverá contar com imparcialidade e independência, em razão das características de sua função, primando por uma correta gestão de riscos a fim de diminuí-los por meio de ações de prevenção e combate a práticas corruptas e antiéticas e o cumprimento das normas legais e dos regulamentos internos das companhias.

Com efeito, para que os programas de integridade sejam estabelecimentos no maior número de empresas, é importante que sejam criadas normas que estabeleçam obrigações ou incentivos para a execução do programa de *compliance*, o que se pode verificar no caso da recente Lei 14.133/2021, que alterou a antiga Lei de Licitações.

2 COMPLIANCE COMO CONSEQUÊNCIA DE UMA TENDÊNCIA MUNDIAL DE MERCADO E POR SER UM MECANISMO APTO A DAR CUMPRIMENTO A TRATADOS INTERNACIONAIS DOS QUAIS O BRASIL É SIGNATÁRIO

Uma vez esclarecido o *compliance* como mecanismo de autocontrole e programa eficaz de integridade, é interessante destacar sua difusão no Brasil, por meio de normas que instituíram a necessidade de seu emprego ou mesmo estabeleceram benefícios para as empresas que tenham o sistema implantado.

Apesar de parecer relativamente recente, não é de hoje que os países desenvolvidos estão exigindo a adoção do programa de *compliance* pelas companhias que exercem atividade empresarial em seu território.

Os Estados Unidos, pioneiro em relação ao *compliance*, já previa em sua legislação a obrigação de autocontrole das companhias desde 1977, sendo posteriormente seguido por outros países da Europa.

Com efeito, no Brasil, o *compliance* foi introduzido como consequência e resposta ao apelo de alinhamento da legislação brasileira à legislação dos países desenvolvidos e para dar cumprimento a tratados internacionais dos quais tornou-se signatário, tendo em vista que o aumento de investimento estrangeiro, em razão da globalização, vinha exigindo adequação das companhias que atuam no Brasil às diretrizes internacionais anticorrupção e de prevenção à prática de crimes relacionados à atividade econômica.

É relevante destacar que o primeiro setor a investir em programas de *compliance* no Brasil foi o bancário e o cumprimento de tais normas teve início há pouco mais de 10 (dez) anos. O Brasil sancionou duas Leis; quais sejam: 12.683/2012 e 12.846/13. Ambas fizeram previsões expressas no sentido de ressaltar a necessidade de autocontrole das companhias, como forma de proteger a pessoa jurídica de penalidades impostas pelo Poder Público ou, no mínimo, atenuar aquelas a serem aplicadas.

A primeira legislação brasileira promoveu sensíveis modificações na Lei de Lavagem de Dinheiro, sendo traço marcante desta lei a instituição obrigatória do sistema de *compliance* no âmbito de determinadas pessoas jurídicas que possuíssem como atividade primária ou secundária a atuação no âmbito do mercado financeiro.

Ao que parece, o intuito do legislador com a consagração do *compliance* na Lei de Lavagem de Dinheiro e Capitais foi dificultar ou impedir a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens e de valores, impondo às pessoas jurídicas elencadas na legislação a adoção de políticas e programas de autocontrole interno, compatíveis com a sua estrutura operacional e de atuação no mercado.

Por outro lado, em relação à Lei Anticorrupção, há previsão expressa de que havendo transgressão à referida norma; ou seja, apurando-se a prática de corrupção por meio das ações descritas no artigo 5º da referida Lei, que dispõe sobre as condutas consideradas como ato lesivo à administração pública nacional e estrangeira, quando for aplicada a penalidade prevista, de acordo com o artigo 7º, VIII, deverá ser levado em consideração a existência ou não de mecanismos e de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta junto à pessoa jurídica sob análise.

Portanto, parece claro que o Brasil, por meio da edição de legislações prevendo a necessidade e concedendo benefícios em caso de implementação de programas de autocontrole nas companhias, acaba por demonstrar a preocupação com a matéria, seja porque está dando cumprimento a tratados internacionais que firmou, conforme será posteriormente esclarecido ou em razão da necessidade de adequar-se às práticas internacionais, principalmente em uma economia periférica e que ainda depende sobremaneira do capital externo.

Com efeito, atualmente no Brasil, mesmo com a previsão expressa em algumas legislações, os programas de *compliance* estão implantados, salvo casos isolados, somente nas companhias que correm maior risco de crises institucionais e de imagem ou, então, quando os órgãos de regulação externa exigem a criação do setor.

Segundo Antonietto e Castro (2014, p. 7), a implantação do *compliance* no Brasil, por meio da sanção das Leis anteriormente referidas e da regulamentação de órgãos de controle externo, além da tendência global já mencionada, também é proveniente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, devendo ser tomado por exemplo: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006; Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002; e a Convenção Sobre o Combate da Corrupção dos Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto 3678/2000.

A Nova Lei de Licitações também obriga a alguns empresários que pretendam contratar com a administração pública a obrigação de estabelecimento de programas de integridade e, em outras oportunidades, positiva situações em que as empresas que já tenham adequado programas de *compliance* sejam de alguma forma beneficiadas. Verifica-se, deste modo, o intuito do legislador em incentivar o crescimento dos programas de *compliance* às empresas brasileiras ou àquelas com atuação no Brasil.

3 DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE COMO FORMA DE REDUZIR A CORRUPÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS

Segundo Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka (2020, p. 123), contratos, concessões e privatização de bens públicos são frequentemente mais lucrativos do que as negociações similares que aconteçam setor privado.

A corrupção pode alocar esses escassos e valiosos recursos; quer dizer: que contratos públicos, especialmente nos países em desenvolvimento, normalmente são muito mais lucrativos para as empresas que fornecem produtos ou prestam serviços, do que os realizados na iniciativa privada, sendo esse um traço da “grande corrupção”, que transfere receitas monopolistas para investidores privados, em troca de pagamentos para a elite, à funcionários corruptos que recebem uma fatia dos lucros sob a forma de vultosas propinas.

De acordo com a obra de Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 127), em uma pesquisa de 2012, com 3 mil executivos de negócios em 30 países, 27% acreditavam ter perdido um contrato com o governo no ano anterior porque seus “competidores” haviam subornado para obter o contrato; as respostas variam de 2% no Japão a 50% na Malásia. No Brasil, segundo pesquisa realizada em 2004, 87% das empresas indicaram que suborno e nepotismo são frequentes nas compras governamentais, mais do que em qualquer outra área estudada; e, em segunda pesquisa, 62% dos representantes das empresas, afirmaram que haviam participado de concorrência para trabalhos e tinham se defrontado com solicitação de propinas. Segundo a transparência internacional, a corrupção pode elevar os custos de compras em até 50%.

Desse modo, evidencia-se que a grande corrupção em compras se deve especialmente aos empresários que vendem produtos ou prestam serviços inflacionados para ter o que dividir com os funcionários públicos corruptos.

Analizando a corrupção nas compras públicas, Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 130-131) destacam situações em que a corrupção se desenvolve nas compras públicas; a saber:

Um primeiro caso e mais simples é aquele em que os parâmetros básicos do negócio – custo e características – são previamente conhecidos e, propinas são usadas para conceder às empresas uma maior fatia dos ganhos líquidos. Em um segundo caso, funcionários corruptos proveem um orçamento excessivo, de forma que o pagamento da propina fique escondido nos fundos inflados, sendo o aumento provido pelos contribuintes de impostos, no presente e no futuro. Em um terceiro caso, a corrupção pode modificar a natureza do projeto, de forma a enriquecer a empresa e seus colaboradores do setor público, ocultar pagamentos ilegais e criar oportunidades futuras de novos pagamentos ilícitos. O funcionário envolvido pode favorecer empresas que tenham um forte histórico de colaborar com a corrupção, limitando assim a competição.

Os impactos decorrentes da corrupção em alto nível vai além da mera escala dos investimentos públicos e da perda de receita pelo orçamento público, podendo haver situações em que altos funcionários selecionam projetos e determinam compras sem nenhuma racionalidade macro-econômica, apenas para aumentar os níveis de propina.

Um estudo empírico, citado por Rose-Ackerman e Palifka (2020, p.133), destaca que altos níveis de corrupção estão associados a altos níveis de investimentos públicos, como percentagem do PIB, por exemplo. Países mais corruptos gastam relativamente menos em operações e em manutenção e têm qualidade inferior de infraestrutura.

Com a finalidade de combater e reduzir a corrupção nas compras públicas, os programas de integridade se apresentam como mecanismos eficazes, ao menos atenuando as práticas corruptas, especialmente quando são formados de maneira correta, sendo aptos a conduzir a empresa a adotar procedimentos conforme, respeitando tanto as normas legais como aquelas internas.

Com efeito, na visão de Eduardo Saad-Diniz, independentemente dos benefícios oriundos dos programas de integridade, deve haver uma preocupação por parte dos legisladores e do próprio Poder Judiciário com a ausência de avaliação científica de programas de *compliance*, situação que pode incorrer no risco de criação de fachada – uso cosmético - de comportamentos ético-empresariais, cujo resultado não poderia ser outro que a mera lavagem da reputação da empresa.

Eduardo Saad-Diniz chama a atenção para o fato de que os programas de integridade sejam de fato implementados de maneira efetiva, não podendo ser tratados com a finalidade única e exclusiva de justificar ganhos e benefícios para as empresas.

Por outro lado, se realizado o sistema de *compliance* de maneira correta, a tendência é que a empresa atue com proceder ético e dê cumprimento tanto à legislação, como às regras internas,

atuando de forma diligente e íntegra, na produção e na comercialização dos bens de produção ou na prestação de serviços, lidando com o Poder Público de maneira correta.

4 AVANÇOS TRAZIDOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: INCENTIVO AOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

A Lei 14.133/2021, tratada como Nova Lei de Licitações ou NLLC, foi sancionada com a finalidade de adequar as compras públicas a uma nova realidade vivida no Brasil e, de início, dispôs em seu texto os princípios a serem observados nas licitações e nos contratos por ela regidos, conforme se verifica do seu art. 5º.

A nova lei replicou alguns princípios já positivados na norma constitucional, como os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência, contidos no art. 37, *caput*, da Constituição e, também, repetiu princípios que já constavam das Leis 8.666/93 e 9.784/1999, como aquele da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e do desenvolvimento nacional sustentável, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do interesse público.

Por outro lado, a Lei de Licitações inovou ao exigir expressamente o dever de observância a novos princípios, não positivados na legislação anterior, como aquele do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da competitividade, da celeridade e da economicidade.

A Lei de Licitações apresentou várias modificações no sistema de compras públicas, contudo, no presente ensaio, destacar-se-á principalmente a questão da positivação dos programas de integridade na referida Lei, com a intenção de assegurar que as empresas que contratam com a Administração Pública adotem sempre conduta adequada, com integridade e eticidade.

Ademais, os programas de conformidade tendem a afastar ações que não observem o fim último dos processos de compras públicas, que é o interesse público e a melhor contratação, daí porque, a nova legislação passou a premiar, em algumas hipóteses, os empresários que investem em programas de integridade e *compliance* e, em outras, tornou obrigatória a realização destes programas.

Cabe esclarecer que, de acordo com a Lei de Licitações, na maioria das situações, os programas de integridade não se apresentam como um requisito obrigatório para as empresas participarem dos certames, sendo, portanto, uma faculdade do licitante, que em algumas situações pode lhe trazer vantagens.

Desse modo, pode-se compreender que ao lado de outras importantes leis que positivaram os programas de integridade e criaram incentivos à sua implementação, como a Lei Anticorrupção e Lei de Lavagem de Dinheiro, a nova Lei de Licitações assumiu expressamente a importância dos programas de integridade a quem contratar com a administração pública.

Nessa perspectiva, o grande desafio que se apresenta será avaliar de fato a efetividade dos programas de integridade nas empresas brasileiras, pois a ausência de avaliação científica de programas de *compliance* aumenta o risco da criação do que Eduardo Saad-Diniz “chama de *compliance* criado de fachada – uso cosmético - de comportamentos ético-empresariais, cujo resultado não poderia ser outro, que a mera lavagem da reputação da empresa”.

É importante esclarecer que a introdução de programas de integridade na legislação brasileira de compras públicas não se trata de uma inovação, na medida em que outras legislações elaboradas em níveis estadual e municipal já estabeleciam regras que incentivavam a implementação de programas de *compliance*.

Desse modo, a positivação da matéria na nova Lei de Licitações se trata de verdadeira horizontalização do tema para todo o âmbito federativo, além da regulamentação específica de questões que geraram grandes embates em níveis municipais e estaduais, ante a discussão acerca da constitucionalidade ou não das normas criadas naqueles níveis, considerando a previsão constitucional de que seria privativa da União a competência para legislar sobre matéria afeta a compras públicas, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição (Brasil, 1988).

Com efeito, reitere-se que a nova legislação trouxe evidentes incentivos à organização de programas de *compliance*, sendo certo que estabeleceu a obrigatoriedade de implementação de sistemas de integridade em algumas situações e, em outras, conferiu vantagens a empresas que os implementem ou aperfeiçoem, tratando-se de uma maneira encontrada pelo legislador infraconstitucional de aumentar o combate à corrupção nas compras públicas, por meio da valorização de empresas que tenham programas de integridade e que atuem de maneira ética e proba.

No que se refere à obrigatoriedade de estabelecimento de sistema de *compliance*, a nova lei dispôs um requisito imperativo para as execuções contratuais (de obras, serviços e fornecimentos) de grande vulto, cujo valor estimado da contratação supere duzentos milhões de reais: haverá de constar previsão no edital de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, a ser computado a partir da data de celebração do contrato.

Já no que se refere às vantagens postas em favor dos licitantes que possuam programas de integridade, a nova lei determinou que a existência desses programas será aplicada como critério geral de desempate entre licitantes (art. 60, IV); ou seja: em caso de empate entre duas ou mais propostas, o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle, será levado em consideração como um dos critérios de desempate entre as propostas (na verdade, o quarto critério em ordem de relevância).

Outra relevante vantagem às empresas que possuam programas de integridade está relacionada à imposição e dosimetria de sanções administrativas que, quando aplicadas, deverão considerar a implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (artigo 156, §1º), com a finalidade de gradar eventual penalidade imposta à empresa licitante.

Por fim, nos casos de aplicação da sanção pela prática de atos lesivos previstos no art. 5º da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) ou a apresentação de declaração/documentação falsa no certame ou durante a execução do contrato, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade será condição para reabilitação do licitante ou contratado (artigo 163, parágrafo único) (Brasil, 2013).

No que se refere à implantação de programas de integridade como condição para reabilitação, a nova legislação vai ao encontro de outras normas internacionais que já estabeleceram esse critério, sendo certo que o Banco Mundial, quando celebrou acordo de conciliação condicionada com a Odebrecht, em função de desvios verificados no projeto de recuperação do Rio Bogotá, na Colômbia, incluiu como uma das condições para que a empresa voltasse a ser considerada elegível justamente o compromisso de desenvolver um programa de *compliance* compatível com as Diretrizes de Cumprimento da Integridade do Grupo Banco Mundial.

Além das previsões específicas da instalação de programas de integridade, a nova Lei também incorporou os pressupostos do *compliance* ao próprio sistema de compras públicas, ao estabelecer que as autoridades nomeantes, ao designarem os agentes públicos que exercerão as funções de agente de contratação, deverão observar diretrizes voltadas à segregação de funções, sendo vedada a nomeação da mesma pessoa para atuar simultaneamente em mais de uma função suscetível de risco, de modo que com essa previsão, adota-se uma postura voltada a mitigar os riscos, a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e a ocorrência de fraudes nas contratações públicas.

A nova Lei de Licitações optou por expressamente positivar a inclusão dos programas de integridade nos procedimentos de compras públicas, estabelecendo requisitos objetivos de incentivo ou obrigatoriedade para empresas que implementem esses sistemas, justamente pelo fato de haver clara demonstração de que o *compliance* se apresenta como uma ferramenta eficaz no combate a corrupção, pois cria mecanismos internos para que as licitantes atuem de maneira ética, proba e contrária as práticas corruptas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se compreender que o *compliance*, enquanto programa de integridade, define-se como sendo um sistema implementado na empresa, capaz de prevenir, mediante orientação e fiscalização dos colaboradores e diretores, o descumprimento de preceitos legais, garantindo que as normas existentes efetivamente sejam respeitadas e cumpridas durante o desenvolvimento da atividade empresarial, assim como as normas éticas e as regras internas da companhia, sendo ferramenta eficaz no combate a corrupção.

Por outro lado, deve-se sempre haver uma atenção redobrada sobre os programas de integridade, com a finalidade de avaliar se de fato estão implementados de maneira correta e coerente, para que não sejam utilizados simplesmente com o intuito de obtenção de benefícios e disseminação de uma imagem proba por quem não há mereça.

Com efeito, é evidente que os programas de *compliance* passaram a ser difundidos e positivados em legislações brasileiras há aproximadamente 10 (dez) anos, em razão de uma mudança organizacional de empresas estrangeiras e da própria reorganização do mercado e dos países desenvolvidos, que passaram a exigir que empresas tenham programas de integridade, sendo inclusive condição para a realização ou para a manutenção de parcerias comerciais, além de ser o Brasil signatário de acordos internacionais que dispõem sobre a necessidade de se combater a corrupção.

A nova Lei de Licitações avançou sensivelmente no que se refere à previsão de realização de programas de integridade por empresas licitantes, tornando obrigatória a implementação em algumas hipóteses e concedendo vantagens às empresas que possuem em outras, tratando-se de uma importante evolução legislativa, com vistas ao incentivo aos programas de integridade, em uma área extremamente sensível.

Esses avanços são relevantes pois os programas de integridade têm se mostrado ferramenta eficaz no combate à corrupção e, a área de compras públicas, é um segmento da administração pública em que existem maiores índices de corrupção, cujos danos são extraordinários e atingem toda a coletividade.

Desse modo, comprehende-se que a nova Lei de licitações é um avanço legislativo no que se refere aos programas de integridade, na medida em que incentivou sensivelmente a implementação do *compliance* como uma eficaz ferramenta de combate à corrupção e na mudança da ideia organizacional, já que, quando efetivamente estabelecidos, esses programas auxiliam as empresas a cumprir a legislação e a suas normas internas, práticas estas inerentes à correta gestão de riscos e ao devido cumprimento da função social empresarial.

REFERÊNCIAS

ANTONIETTO, Caio, CASTRO, Rafael Guedes de. Criminal compliance: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. In ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 13., 2014, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 450-464. Florianópolis : CONPEDI, 2014.

BCB - BANCO CENTRAL DO BRASIL. Auditoria interna e compliance na visão do BACEN: perspectiva e responsabilidade. In: CONGRESSO FEBRABAN DE AUDITORIA INTERNA E COMPLIANCE, 8., 2007, São Paulo. *Anais* [...]. São Paulo: Febraban, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**1996Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021.** Lei de Licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. http://planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações.** São Paulo: Atlas, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Suzan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e governo:** causas, consequências e reforma. São Paulo: FGV Editora, 2020.

COMO CITAR: SANTOS, Douglas Oliveira; GIBRAN, Sandro Mansur. *Compliance e a nova Lei de Licitações: o incentivo normativo à implementação de programas de integridade*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 11-24, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p11-24. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 15/04/2024

Aprovado em: 03/06/2024

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DO CRIME DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE CRIME OF UNFAIR COMPETITION

Aline Martins Gonçalves*

Walter Godoy dos Santos Junior*

COMO CITAR: GONÇALVES, Aline Martins; JUNIOR, Walter Godoy dos Santos. Contribuição ao estudo do crime de concorrência desleal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 25-43, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p25-43. ISSN: 2178-8189.

*Mestranda em Direito Empresarial (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)
Email: nine.martins@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6158-0683>

**Doutor em Direito (Universidade de São Paulo- USP),
Mestre em Direito (Universidade de São Paulo - USP).
Email: waltergodoy@tjsp.jus.br
ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3449-2818>

Resumo: O presente artigo examina a dinâmica da concorrência desleal, traçando suas origens históricas e analisando como diferentes períodos moldaram a formulação de normas e práticas regulatórias. Na Idade Média, as corporações de ofício detinham o monopólio da produção e comercialização nos burgos. Com o declínio do feudalismo e a ascensão do mercantilismo, o Estado começou a regular o mercado com políticas protecionistas e concessões de monopólios por “carta patente”. A Revolução Industrial enfraqueceu essas corporações e fortaleceu o liberalismo, promovendo a livre concorrência. A ausência de regulamentação específica gerou práticas comerciais parasitárias, o que impulsionou a criação de leis de proteção da propriedade intelectual e a repressão à concorrência desleal. O estudo avança com uma análise detalhada da legislação brasileira sobre o tema, especialmente no equilíbrio entre a liberdade de mercado e a proteção ao consumidor. Utilizando o método dedutivo, a pesquisa proporciona uma compreensão profunda das transformações históricas e dos desafios contemporâneos na aplicação das normas de concorrência desleal. Conclui-se que a repressão à concorrência desleal visa proteger tanto direitos individuais quanto supraindividuais.

Palavras-chave: concorrência desleal; liberalismo; intervenção estatal; lei de propriedade industrial; crime de concorrência desleal.

Abstract: The present article examines the dynamics of unfair competition, tracing its historical origins and analyzing how different periods have shaped the formulation of regulatory norms and practices. In the Middle Ages, guilds held a monopoly over production and trade in boroughs. With the decline of feudalism and the rise of mercantilism, the state began to regulate the market with protectionist policies and grants of monopolies through “letters patent.” The Industrial Revolution weakened these guilds and strengthened liberalism, promoting free competition. The lack of specific regulation led to parasitic commercial practices, which spurred the creation of intellectual property protection laws and the repression of unfair competition. The study advances with a detailed analysis of Brazilian legislation on the subject, particularly in balancing market freedom and consumer protection. Using the deductive method, the research provides a deep understanding of the historical transformations and contemporary challenges in the application of unfair competition norms. It concludes that the repression of unfair competition aims to protect both individual and supra-individual rights.

Keywords: unfair competition; liberalism; state intervention; industrial property law; unfair competition crime.

INTRODUÇÃO

A análise da concorrência desleal no âmbito do direito empresarial revela uma história rica e complexa, refletindo as transformações econômicas, sociais e legais ao longo dos séculos. Desde as primeiras corporações de ofício na Europa Medieval até as legislações protetivas contemporâneas, a noção de concorrência tem evoluído em resposta às mudanças nas práticas de mercado e nas políticas estatais.

Inicialmente, exploramos o papel das corporações de ofício na regulação da técnica de produção e do monopólio comercial nos burgos medievais. Essas corporações eram responsáveis por manter padrões de qualidade, controlar a oferta de produtos e regular o aprendizado dos ofícios, exercendo um monopólio nas atividades comerciais de suas respectivas áreas.

Prossegue-se, então, para a era do mercantilismo, em que o Estado passou a desempenhar um papel central na definição das regras do mercado, culminando em políticas protecionistas e na concessão de monopólios por meio de “carta patente”. Essa intervenção buscava fortalecer a economia nacional através do controle estrito do comércio e da proteção das indústrias locais contra a concorrência externa.

Essas estruturas foram profundamente transformadas com a Revolução Industrial e o advento do liberalismo, que alçaram a livre concorrência como um princípio fundamental da economia de mercado. Contudo, a falta de uma regulamentação específica para as práticas comerciais gerou um ambiente propício ao surgimento de condutas parasitárias, como a imitação de marcas, exigindo a criação de leis protetivas da propriedade industrial e repressivas das práticas desleais.

Em seguida, o artigo foca na legislação brasileira, examinando como a repressão à concorrência desleal evoluiu para abranger não apenas os direitos individuais, mas também os interesses supraindividuais. Essa visão abrangente de como o equilíbrio entre liberdade e lealdade na concorrência é crucial para a proteção dos mercados concorrencial e consumerista reflete uma interação complexa entre os direitos da propriedade industrial e as normas concorrenceis.

Utilizando uma abordagem dedutiva, a investigação incluiu a coleta de dados de fontes primárias e secundárias, como normas nacionais e internacionais, doutrina e jurisprudência, com o intuito de proporcionar um panorama detalhado da trajetória legal e doutrinária da concorrência desleal, contribuindo para a compreensão e o aprimoramento das práticas e políticas atuais no direito empresarial.

1 ESCORÇO HISTÓRICO DA CONCORRÊNCIA NO MUNDO

A noção de concorrência tem origem na segunda metade do século XVIII, com o surgimento de um mercado minimamente livre.

Entre os séculos XIII e XIV, paralelo ao sistema feudal agrícola, o processo de urbanização na Europa Medieval inicia o desenvolvimento das atividades produtivas e comerciais nos

burgos e, em consequência, surge a necessidade de regulamentação dos ofícios e de defesa dos interesses em comum.

Neste cenário, ganharam relevo as corporações de ofício, associações de artesãos e comerciantes que exerciam o controle da técnica de produção e o monopólio da comercialização de determinados artefatos.

A técnica de produção era controlada por uma rígida hierarquia organizacional entre Mestre – que detinha o domínio do conhecimento e, em geral, era o proprietário da oficina, das ferramentas e das matérias primas usadas para confecção dos produtos; Oficiais – trabalhadores experientes remunerados, que por meio de um processo de seleção, tinham a possibilidade de se tornarem Mestres; e Aprendizes – trabalhadores iniciantes não remunerados, que após cerca de dez anos de aprendizagem, poderiam ascender à função de Oficial.

O monopólio da comercialização de determinados artefatos decorria de seus poderes de estabelecermos preços - dos produtos fabricados das matérias primas utilizadas - e os lucros obtidos; indicarem o quantitativo de produtos disponíveis para oferta; bem como de definirem os padrões a serem seguidos pelos seus membros, garantindo a qualidade dos artefatos produzidos e impedindo suas falsificações.

Assim, por meio de práticas corporativas e monopolistas, as corporações determinavam as regras de mercado e ditavam condutas morais entre seus membros, sob pena de expulsão do burgo em que viviam, sem qualquer possibilidade de defesa.

Em meados do século XV, em razão da intensificação do comércio e do desenvolvimento das cidades, o sistema feudal entra em declínio.

A passagem da Idade Média para a Idade Moderna, entre os séculos XV e XVI, foi marcada pela formação dos Estados-nacionais e pelo surgimento do sistema econômico do mercantilismo – conhecido como a primeira fase do capitalismo –, baseado no acúmulo de riquezas para o fortalecimento do poder do Estado (metalismo) e na proteção da economia nacional.

Nesse período, em razão da forte intervenção do Estado na economia, as regras do mercado eram estabelecidas pelo próprio Estado, através de políticas alfandegárias protecionistas, da regulação de impostos, do financiamento de expedições marítimas para colonização e exploração de outros territórios – principalmente os localizados nos continentes asiático, africano e americano – e da concessão de monopólios comerciais. A atividade comercial somente poderia ser exercida pelos detentores da “carta patente”, um privilégio concedido pelo monarca, que garantia um monopólio de comercialização de determinada mercadoria a uma pessoa ou a uma corporação.

Na Inglaterra, as reações aos monopólios comerciais culminaram na edição, em 1624, do *Statute of Monopolies*, que aboliu os privilégios individuais concedidos abusivamente pela Coroa, entendidos como violações da *Common Law* e dos direitos dos trabalhadores ingleses. No entanto, os privilégios de invenção e os concedidos às corporações foram mantidos.

O desenvolvimento dos meios de produção e a ascensão dos negócios no final do século XVIII, deram origem à Revolução Industrial, marcada pela transição dos métodos de produção manual e artesanal para produção mecânica e seriada. Com isso, a estrutura das corporações foi enfraquecida, ganhando força a teoria econômica do liberalismo, baseada na livre concorrência e na criação da economia de mercado.

Nesse contexto, Renata Mota Maciel Dezem (2018, p. 101) ensina que:

[...] a concorrência nasce como método de coordenação do comportamento individual e que levaria a benefícios sociais gerais, ou seja, implementada a concorrência, cada participante do processo de mercado poderia agir de acordo com seus próprios objetivos e desejos sem prejudicar o bem-estar da sociedade.

Para Aurélio Menéndez (1988, p. 28), o modelo liberal caracterizava-se pela falta de uma normativa geral, contemplando somente determinadas violações dos direitos da propriedade industrial. Em consequência, as regras da competição desleal se desenvolveram sobre a tutela penal da propriedade dos bens imateriais, constituindo o que o Menéndez (1988, p. 33), dizia ser “um precipitado necessário dessa concepção inicial do ato de competição desleal, como uma lesão de direito de propriedade industrial”.

De outra vertente, o Iluminismo francês entendia que o bem comum estava acima dos direitos individuais. Os direitos de cidadão deveriam refletir o que Jean-Jacques Rousseau (Rousseau, 1943 *apud* Rousseau, 1959-1995, p. 378) denominava de “vontade geral”. No âmbito da *Civil Law*, a liberdade pessoal era vista como uma obrigação de cumprir a lei.

Nesse diapasão, Celso Delmanto (1975, p. 6) ensina que a Revolução Francesa foi “o sinal de partida para a corrida da competição”, uma vez que dela decorreu a edição, em 1791, de dois importantes textos normativos: o *Décret d'Allarde*, que aboliu os privilégios das corporações e proclamou a liberdade profissional e negocial a qualquer pessoa; e a Lei *Le Chapelier*, que impediu o retorno das corporações ou de quaisquer formas de associações profissionais que pudessem obstar a liberdade preconizada.

Eric Hobsbawm (2008, p. 9) ressalta que: “Se a economia do mundo do século XIX foi constituída principalmente sob a influência da Revolução Industrial britânica, sua política e ideologia foram constituídas fundamentalmente pela Revolução Francesa”.

2.2 O SURGIMENTO DAS PRÁTICAS CONCORRENCIAIS DESLEAIS

Com a positivação da liberdade econômica, surgiram as práticas comerciais parasitárias, que indistintamente reproduziam criações intelectuais e usurpavam invenções e marcas comerciais alheias¹. Assim, fez-se necessária a regulamentação dos direitos decorrentes da propriedade intelectual.

¹ Alexandre Pereira (2002, p. 3) afirma que “[...] o direito industrial surgiu desde o início como forma de disciplinar a concorrência no que respeita à lealdade dos concorrentes, através da proibição dos actos de concorrência desleal por contrariedade aos usos honestos (por exemplo, actos de depreciação, parasitismo, confusão, apropriação de segredos)”.

Ainda em 1971, a França editou a lei de patentes, e dois anos depois, em 1973, editou uma lei que garantia o direito de propriedade literária e artística exclusivamente aos “autores de escritos de todos os gêneros, compositores de música, pintores e desenhistas”.

Nos ensinamentos de Newton Silveira (2012, p. 72):

Quando a lei de 2 de março de 1791 aboliu as corporações e proclamou a liberdade de indústria e de comércio, se editou, no mesmo ano, a lei de patentes e, em 1793, a de propriedade literária e artística, a qual passou a ser utilizada pelos autores de desenhos e modelos até o surgimento da lei especial de 18 de março de 1806. Esta lei garantia aos autores a propriedade dos desenhos e modelos de qualquer natureza e destino, sem estabelecer diferenças entre desenhistas artísticos e desenhistas industriais e sem considerar fosse o desenho ou modelo do campo da arte ou do comércio. Essa lei, no entanto, se destinava especialmente às fábricas de seda de Lyon, somente tendo sido estendida a todas as indústrias e a toda a França em 1825. A Inglaterra seguiu a França com os estatutos de 21 de julho de 1798, de 18 de maio de 1814, sobre proteção das esculturas do ponto de vista artístico, de 1842 e 1858 sobre desenhos ornamentais, de 1843 sobre modelos de utilidade e de 1850 sobre a proteção legal aos produtos de escultura industrial. Seguiu-se a lei de 28 de agosto de 1907 sobre patentes e desenhos.

Mas muito além de respeitarem os direitos individuais alheios, os comerciantes também deveriam exercer a atividade comercial visando o bem comum. Por essa razão, a jurisprudência francesa foi construída a partir da tutela da responsabilidade civil aquiliana, prevista no Código Napoleônico de 1804, em observância à necessidade de comportamentos individuais “honestos” ou “leais” em prol do interesse social.

Nas palavras de Menezes Cordeiro (1984, p. 670-671):

As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial do Código Napoleônico. Assim, em 1808 condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança, Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construiria uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com que andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do vizinho.

Em meados do século XIX, com a aceleração do crescimento industrial e a alta concentração de capital, formaram-se os grandes grupos econômicos, caracterizados pela dominação de mercado através da concentração empresarial (truste) e/ou da prévia fixação de preços dos produtos comercializados (cartel).

Em consequência, fez-se necessária a regulamentação do sistema concorrencial de mercado, por meio da imposição de medidas protetivas dos consumidores e da própria concorrência.

Nesse contexto, os Estados Unidos da América editaram, em 1890, o *Sherman Act*, tornando ilegais todas as práticas que resultassem em monopólios ou que de qualquer forma restringisse-

ma competição². Contudo, em razão da utilização de termos genéricos, suas regras eram de difícil aplicação prática.

Assim, em complementação ao *Sherman Act*, foram promulgados, em 1914, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, que além de passarem a definir os métodos desleais de competição no comércio, também estabeleceram sanções civis e penais para aqueles que os utilizassem.

3 A REPRESSÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial – CUP, de 1883, revista em Bruxelas (1900), em Washington (1911), e em Haia (1925), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 19.056/1929, foi o primeiro tratado internacional a tratar da repressão à concorrência desleal como forma de proteção da propriedade industrial, nos termos de seu Artigo 10bis, *in verbis*:

Artigo 10bis. Os países contratantes serão obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra concorrência desleal.

Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial.

Deverão ser especificamente proibidos:

1º todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente;

2º as alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar de um concorrente (Brasil, 1929).

Em razão da amplitude dessa previsão, Denis Borges Barbosa (2010, p. 260) chega à conclusão de que o parâmetro para se verificar a existência de deslealdade concorrencial não é um parâmetro legal, mas sim fático, tendo em vista a ilicitude não ser definida pela lei, mas sim pelas práticas localizadas no tempo, lugar e mercado específico, dos demais concorrentes.

À medida que as finalidades de otimizar a eficiência e proteger o processo competitivo evoluíram ao longo dos anos, principalmente em razão do advento das duas Grandes Guerras, o pensamento sobre o âmbito de proteção dos direitos relativos à propriedade industrial e de quem seriam os prejudicados pelas práticas concorrenceis desleais também mudou.

O sistema da propriedade intelectual e a regulação das práticas concorrenceis passaram a assumir um papel primordial na implementação de políticas públicas visando evitar as crises e fomentar o crescimento econômico.

2 Segundo a visão de Calixto Salomão Filho (2007, p. 71): “O *Sherman Act* é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o ‘excessivo poder econômico no mercado’. É essa sua única preocupação”. Sob outro fundamento, Paula Forgioni (2012, p. 65-66) entende que: “Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o *Sherman Act* tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutivos”.

Assim, a CUP, de 1883, com a revisão de Estocolmo, em 1967, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 635/1992, passou a dispor em seu Artigo 10bis, *in verbis*:

Artigo 10bis

- 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.
- 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.
- 3) Deverão proibir-se particularmente:
 - 1º. Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;
 - 2º. As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;
 - 3º. As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias (Brasil, 1992).

Ainda em Estocolmo, no mesmo ano, foi assinada a Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI, 2002), que ampliou a proteção contra a concorrência desleal para o âmbito da propriedade intelectual, englobando em seu artigo 2º, inciso VIII, todos os direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

A repressão às práticas concorrenciais desleais ganha especial relevo no *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), documento anexo da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 1.355/1994 (Brasil, 1994a).

Dentre as regras previstas no TRIPS, destaca-se a expressa na Parte II, Seção 7, artigo 39, relacionada à proteção da informação confidencial em conformidade com os padrões relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual:

Artigo 39

1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no ARTIGO 10bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo.
2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação:
 - a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;
 - b) tenha valor comercial por ser secreta; e

c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal.

Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal (Brasil, 1994a).

Extrai-se do referido dispositivo que a salvaguarda dos segredos empresariais deve ser realizada sob a ótica da legislação contra a concorrência desleal.

4 REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL NO BRASIL

A concorrência desleal representa uma das práticas mais nocivas ao funcionamento saudável do mercado, prejudicando não só concorrentes diretos, mas também consumidores e a economia como um todo. No Brasil, a repressão a tais práticas evoluiu significativamente ao longo dos anos, refletindo as mudanças nas dinâmicas econômicas e sociais, bem como o avanço da legislação nacional e internacional.

Desde a adoção das primeiras normativas em matéria de propriedade industrial, o Brasil demonstrou uma preocupação consistente em estabelecer mecanismos legais que garantam a lealdade e a integridade no mercado.

A legislação brasileira, inicialmente focada na proteção da propriedade industrial, gradualmente ampliou seu escopo para incluir diversas formas de concorrência desleal. Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), houve uma nova perspectiva na ordem econômica, destacando-se a livre concorrência, a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente (Brasil, 1988).

Este novo enfoque constitucional reflete não apenas a complexidade crescente das relações comerciais, mas também uma maior conscientização sobre a importância de um ambiente de negócios justo e equilibrado. A repressão à concorrência desleal passou a ser vista como um elemento essencial para o desenvolvimento econômico sustentável, protegendo tanto os empresários quanto os consumidores.

A compreensão desses elementos é fundamental para apreciar a amplitude e a profundidade da proteção jurídica contra práticas desleais no contexto brasileiro, bem como para identificar os desafios e as perspectivas futuras nesse campo.

4.1 ADOÇÃO DO SISTEMA PENAL DE REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL

Inicialmente, verifica-se que o Brasil, ao internalizar as regras da CUP, de 1883, por meio do Decreto n. 19.056/1929, optou pela repressão à concorrência desleal como forma de proteção da

propriedade industrial (Brasil, 1929). No entanto, a adoção do sistema penal de repressão à concorrência desleal só ocorreu com a promulgação do Decreto n. 24.507/1934, que em seu artigo 39, enumerava oito figuras consideradas crimes de concorrência desleal:

Art. 39. Constitue acto de concurrencia desleal, sujeito ás penalidades previstas neste decreto:

1º fazer, pela imprense, mediante distribuição de prospectos, rotulos, involucros, ou por qualquer outro meio de divulgação, sobre a propria actividade civil, commercial ou industrial, ou sobre a de terceiros, falsas afirmações de facto capazes de crear indevidamente uma situação vantajosa, em detrimento dos concurrentes, ou de induzir outrem a erro;

2º produzir, importar, exportar, armazenar, vender expôr á venda mercadorias com falsa indicação de procedencia;

3º appôr seu nome individual, commercial ou industrial, sua razão social, ou sua marca de industria ou de commercio, em mercadorias de outro productor sem o consentimento deste, dando ao comprador a impressão de que a mercadoria é de sua propria producção;

4º usar, sobre artigos ou productos, suas embalagens cintas, rotulos, ou em facturas, circulares ou cartazes, em outros meios de propaganda ou divulgação, falsas indicações de origem, empregando termos rectificativos, tales como typo, especie, genero, sistema, semelhante, succedaneo, identico ou outros, ressalvando ou não a verdadeira procedencia do producto;

5º prestar ou divulgar, por qualquer meio, com intuito de lucro, falsas informações capazes de acarretar prejuizos reputação ou ao patrimonio de um concurrente;

6º desvendar a terceiros, quando em serviço de outrem segredos de fabrica ou de negocio conhecidos, em razão do officio;

7º usar recompensas industriaes ficticias ou pertencentes a outrem;

8º vender ou expôr á venda mercadorias adulteradas ou falsificadas, em vasilhames de outro fabricante, ou utilizar se de tales vasilhames, depois de esvaziados, para negociar com productos da mesma especie, adulterados ou não (Brasil, 1934).

Esse dispositivo, ao abordar práticas como a divulgação de informações falsas, a falsa indicação de procedência, o uso indevido de marcas e nomes comerciais, e a venda de produtos adulterados ou falsificados, demonstrava uma preocupação não apenas com a proteção da propriedade industrial, mas também com a manutenção da integridade e lealdade nas relações comerciais em geral. Assim, abrangia uma tutela mais ampla, incluindo aspectos de ordem econômica e social, refletindo um compromisso com a justiça e a equidade no ambiente de negócios.

Mister esclarecer que a repressão às práticas anticoncorrenciais encontra raízes na Constituição de 1937 que, além de prever a intervenção do Estado no domínio econômico “para introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado” (artigo 135), ainda equiparava os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado (artigo 141) (Brasil, 1937). Entretanto, os crimes contra a economia popular (Decreto-Lei nº 869/1938) visavam assegurar a manutenção da ordem econômica no contexto social, por meio da obstrução de práticas monopolistas danosas à coletividade, não se confundindo com o crime de

concorrência desleal expresso no Decreto nº 24.507/1934, adstrito à proteção da lealdade entre os concorrentes no mercado (Brasil, 1938).

4.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: DO CÓDIGO PENAL AO CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DE 1971

Reconhecendo a necessidade de ampliação da tutela penal repressiva às práticas concorrenceis desleais, o legislador pátrio passou a considerar o delito de concorrência desleal uma transgressão comum, inserindo-o no artigo 196 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/ 1940) entre os crimes contra a propriedade imaterial:

Art. 196. Fazer concorrência desleal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, de um conto a dez contos de réis.

§ 1º Comete crime de concorrência desleal quem:

Propaganda desleal

I - publica pela imprensa, ou por outro meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem indevida;

II - presta ou divulga, com intuito de lucro, acerca de concorrente, falsa informação capaz de causar-lhe prejuízo;

Desvio de clientela

III - emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

Falsa indicação de procedência de produto

IV - produz, importa, exporta, armazena, vende ou expõe à venda mercadoria com falsa indicação de procedência;

Uso indevido de termos retificativos

V - usa em artigo ou produto, em recipiente ou invólucro, em cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico” ou equivalentes, ressalvando ou não a verdadeira procedência do artigo ou produto;

Arbitrária aposição do próprio nome em mercadoria de outro produtor

VI - apõe o próprio nome ou razão social em mercadoria de outro produtor sem o seu consentimento;

Uso indevido de nome comercial ou título de estabelecimento

VII - usa indevidamente nome comercial ou título de estabelecimento alheio;

Falsa atribuição de distinção ou recompensa

VIII - se atribue, como meio de propaganda de indústria, comércio ou ofício, recompensa ou distinção que não obteve;

Fraudulenta utilização de recipiente ou invólucro de outro produtor

IX - vende ou expõe à venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor, mercadoria adulterada ou falsificada, ou dele se utiliza para negociar com mercadoria

da mesma espécie, embora não adulterada ou falsificada, se o fato não constitue crime mais grave;

Corrupção de preposto

X - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem indevida;

XI - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever do emprego, proporcionar a concorrente do empregador vantagem indevida;

Violação de segredo de fábrica ou negócio

XII - divulga ou explora, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica ou de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço.

§ 2º Somente se procede mediante queixa, salvo nos casos dos números X a XII, em que cabe ação pública mediante representação (Brasil, 1940).

Esse artigo detalhava condutas específicas, como a propaganda desleal, a divulgação de falsas informações, e a violação de segredos de fábrica ou negócios. Ademais, incluiu práticas como o desvio de clientela e a corrupção de prepostos, refletindo um avanço na repressão às práticas desleais, ampliando a proteção legal para abranger tanto os direitos individuais dos concorrentes quanto os interesses coletivos do mercado.

Poucos anos após, o Código da Propriedade Industrial de 1945 (Decreto-Lei nº 7.903/ 1945) inovou ao expressar a “lealdade de concorrência no comércio e na indústria” como uma das finalidades da “função econômica e jurídica” da proteção da propriedade industrial, bem como a repressão da concorrência desleal como um aspecto fundamental dessa proteção (Brasil, 1945). Além disso, sem revogar expressamente o artigo 196 do Código Penal, previu em seu artigo 178 o crime de concorrência desleal:

Art. 178. Comete crime de concorrência desleal que:

I. publica pela imprensa, ou por outro modo, falsa afirmação, em detrimento do concorrente, com o fim de obter vantagem indevida;

II. presta ou divulga, com intuito de lucro, acerca de concorrente, falsa informação capaz de causar-lhe prejuízo;

III. emprega meio fraudulento para desviar em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV. produz, importa, exporta, armazena, vende ou expõe à venda mercadoria com falsa indicação de procedência;

V. usa em artigo ou produto, em recipiente ou invólucro, em cinta, rótulo, fature, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhantes”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressalvado a verdadeira procedência do artigo ou produto;

VI. substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em mercadoria de outro produtor, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII. se atribui como meio de propaganda de indústria, comércio ou ofício, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII. vende ou, expõe à venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor, mercadoria adulterada ou falsificada, ou dele se utiliza para negociar com mercadoria da mesma espécie, embora não adulterada ou falsificada se o fato não constitui crime mais grave;

IX. dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem indevida;

X. receber dinheiro ou outra utilidade, ou aceitar promessa de pagar ou recompensa, para faltando ao dever de empregado proporcionar à concorrente do empregador vantagem indevida;

XI. divulga ou explora, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço;

XII. divulga ou se utiliza, sem autorização, de segredo de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço, mesmo depois de havê-lo deixado;

XIII. Vende, aluga ou utiliza, sob qualquer forma, com intuito de lucro, direto ou indireto, obras audiovisuais com violação do direito autoral.

Pena – detenção de três meses a um ano, ou multa a dez mil cruzeiros.

Parágrafo único. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em resarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal não previstos neste artigo, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio (Brasil, 1945).

Ambos os dispositivos legais tratavam do crime de concorrência desleal de maneira similar. Entretanto, o artigo 178 do Código da Propriedade Industrial de 1945 supriu a conduta de quem “usa indevidamente nome comercial ou título de estabelecimento alheio”, bem como inseriu a conduta de quem “vende, aluga ou utiliza, sob qualquer forma, com intuito de lucro, direto ou indireto, obras audiovisuais com violação do direito autoral” (Brasil, 1945).

Celso Delmanto (1975, p. 19) observava que quase todas as condutas concorrenceis desleais eram plurifensivas, causando danos ou expondo a perigo diversos objetos materiais tutelados. Em alguns casos, a lesão principal poderia violar o direito de personalidade, com uma lesão secundária ao direito patrimonial, e vice-versa.

O Código da Propriedade Industrial de 1945 foi derrogado pelo Código da Propriedade Industrial de 1971 (Brasil, 1971) (Lei nº 5.772/1971). Não obstante a nova legislação ter omitido a “função econômica e jurídica” da propriedade industrial, manteve a repressão da concorrência desleal como uma de suas formas protetivas. Ademais, por não ter tratado da tutela penal, manteve-se em vigor as disposições vigentes à época.

4.3 A MODERNIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES PÓS CRFB/88

A CRFB/88 positivou a livre concorrência, a defesa dos consumidores e a defesa do meio ambiente, como princípios informadores da ordem econômica (artigo 170, incisos IV a VI) (Brasil, 1988).

Em razão do reconhecimento constitucional da pluralidade de interesses envolvidos na ordem econômica, as legislações brasileiras pós CRFB/88 evoluíram para uma ampla proteção de direitos, individuais e supraindividuais (Brasil, 1988).

Ressalte-se que a proteção do consumidor, até então ligada à tutela penal da economia popular, passou a ser consagrada em duas vertentes: como garantia fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da CRFB/88) e como princípio norteador da atividade econômica (artigo 170, inciso V, da CRFB/88) (Brasil, 1988).

Na vertente da garantia fundamental, a defesa do consumidor foi consolidada com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que criou um microssistema das relações de consumo e inseriu novos princípios e normas jurídicas (Brasil, 1990a).

Já como princípio norteador da atividade econômica, diversas condutas tipificadas na Lei nº 1.521/1951 como crimes contra a economia popular, passaram a ser previstas na Lei nº 8.137/1990 como crimes contra as relações de consumo (artigo 7º) (Brasil, 1951).

Importante ressaltar que a Lei nº 8.137/1990 tutela a ordem econômica *lato sensu*³, e por essa razão, além dos crimes contra as relações de consumo, também se incluem em suas disposições os crimes contra a ordem tributária (artigos 1º a 3º) e os crimes contra a ordem econômica (artigos 4º a 6º) (Brasil, 1990b).

Na esfera de proteção dos direitos da propriedade intelectual, o Brasil fortaleceu a repressão à concorrência desleal, por meio das edições do Decreto nº 635/1992, que aderiu integralmente aos termos da CUP (Brasil, 1992), de 1883, com a revisão de Estocolmo, de 1967; do Decreto nº 1.355/1994, que promulgou o TRIPS (Brasil, 1994a); e da Lei de Propriedade Industrial – LPI (Lei nº 9.279/1996), que manteve a repressão à concorrência desleal como uma forma de proteção dos direitos da propriedade industrial (Brasil, 1996).

A LPI passou a dispor sobre os crimes contra a propriedade industrial em seu Título V, revogando expressamente o Código da Propriedade Industrial de 1971, os artigos 187 a 196 do Código Penal de 1940, bem como os artigos 169 a 189 do Código da Propriedade Industrial de 1945 (Brasil, 1940, 1945).

O Título V da LPI é dividido em seis capítulos. Dentre eles, o Capítulo VI trata dos crimes de concorrência desleal, nos termos do artigo 195, *in verbis*:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

³ Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2016, p. 42) ensina que: “Esse conceito de ordem econômica acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supraindividual, genericamente considerado (bem jurídico categorial), o que por si só não exclui a proteção de interesses individuais. Além disso, em cada tipo legal de injusto há um determinado bem jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supraindividual), diretamente protegido em cada figura delitiva. Tal concepção fundamenta em sede penal um conceito amplo de delito econômico, mas não totalizador ou amplíssimo”.

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público (Brasil, 1996).

Note-se que além de reproduzir praticamente todas as condutas tipificadoras de concorrência desleal expressas nas legislações anteriores, o dispositivo ainda inseriu novos comportamentos, como a violação de segredo comercial ou industrial por meios ilícitos ou fraudulentos (inciso XII e § 1º), a falsa alegação de direito de exclusividade (inciso XIII), e a violação de resultados de testes ou outros dados não divulgados (inciso XIV e § 2º), refletindo um compromisso contínuo com a proteção da integridade e ética no mercado.

4.4 OBSERVAÇÕES SOBRE O ARTIGO 195 DA LPI

A LPI, assim como em todas as legislações anteriores a ela, não expressa a definição de concorrência desleal. Essa omissão legislativa histórica fomenta uma variedade de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Extrai-se do artigo 195 da LPI que o crime de concorrência desleal é um tipo penal aberto, fazendo com que as condutas expressas em seus incisos dependam de uma interpretação valorativa dos intérpretes da norma.

Na visão de Denis Borges Barbosa (2012, p. 24), o reconhecimento da deslealdade concorrencial depende da apreciação da conduta praticada em um determinado contexto fático (tempo, lugar e mercado específico). Para o autor, um bem incorpóreo não seria diretamente amparado, por si só, pelas normas repressivas da concorrência desleal. Isso porque essas normas visam preservar a posição concorrencial daquele que utiliza bens incorpóreos, informações ou outros elementos de cunho competitivo, independentemente de exclusividade.

A pluralidade de interesses envolvidos nas práticas concorrenceis desleais fica ainda mais evidente quanto incidentes nas relações de trabalho.

A título de exemplo, podemos citar o crime de concorrência desleal por meio da corrupção de preposto (artigo 195, incisos IX e X, da LPI), que tem como elementares a cobiça e a obtenção de vantagem em relação ao concorrente.

De outra vertente, em razão da escalada da espionagem industrial, configura crime de concorrência desleal a divulgação, exploração ou utilização “sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais” no âmbito das relações contratuais ou trabalhistas (artigo 195, inciso XI, da LPI), mesmo após o término do contrato e ainda que ausente suborno.

Destaque-se que a jurisprudência frequentemente classifica a concorrência desleal como um crime de perigo concreto, exigindo da acusação a demonstração de que a conduta representou um perigo real à vítima específica (Brasil, 1994b)⁴.

4 De acordo com o precedente do Superior Tribunal de Justiça “[...] A infração penal, além da conduta, reclama resultado (dano, ou perigo de dano ao objeto jurídico). Além disso, ilicitude do comportamento do agente. Quando o legislador define o ilícito penal, significa postura axiológica negativa referente a conduta descrita. A concorrência é própria do regime de economia de mercado. A disputa entre empresas é consequência natural. O exagero é tônica dos anúncios comerciais e industriais. Nenhuma censura, inexistindo desvirtuamento da qualidade da coisa ou prestação

Note-se que os crimes de concorrência desleal previstos no artigo 195 da LPI, tutelam primordialmente a lealdade entre os concorrentes do mercado, divergindo dos crimes contra a ordem econômica *lato sensu*, que tutelam, primariamente, bens jurídicos supraindividuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extrai-se do exposto, que a livre concorrência se equilibra na proteção entre dois bens jurídicos: a liberdade e a lealdade na concorrência. Estes, entendidos como dependentes, e não excludentes entre si. Isso porque, a não repressão de práticas desleais acarreta, com o tempo, a eliminação dos concorrentes.

No direito concorrencial, a legislação protetiva da propriedade industrial atua em âmbito horizontal, com enfoque nas relações comerciais privadas, cabendo às legislações repressivas do abuso da ordem econômica atuarem em âmbito vertical, na esfera de proteção dos interesses da coletividade.

As práticas anticoncorrenciais também podem atingir relações diagonais existentes no mercado, nas quais uma das partes encontra-se em posição de vulnerabilidade em relação a outra, como é o caso do consumidor. Em razão disso, é cediço que, se de um lado as normas consumeristas devem reforçar a proteção ao mercado concorrencial, e de outro, as normas concorrenciais devem somar esforços na proteção do consumidor.

Inegável, portanto, que a proteção dos direitos dos consumidores é o principal enfoque no tocante às práticas desleais no mercado concorrencial, sendo necessário conciliar os interesses da coletividade com os anseios da livre concorrência.

A trajetória da legislação brasileira na repressão à concorrência desleal demonstra um esforço contínuo para proteger não apenas a propriedade industrial, mas também a integridade das relações comerciais e a justiça no mercado. Desde a internalização das normas internacionais no início do século XX até a modernização das leis na década de 1990, o arcabouço legal tem se adaptado para enfrentar os desafios contemporâneos, garantindo um ambiente econômico mais justo e equilibrado.

Conclui-se assim que, atualmente, a repressão à concorrência desleal, além de ser vista como uma forma de proteção de direitos individuais – em especial no que tange à propriedade industrial, também encontra fundamento na tutela de direitos supraindividuais – como a do mercado concorrencial, a do mercado de consumo, e, de forma geral, aos relacionados aos demais interesses atingidos.

de serviços. Os Romanos, há séculos, divisaram o *dolusbonus*. A fantasia não se confunde com a fraude. O perigo (próprio do resultado) deve ser concreto, ou seja, ensejar probabilidade (não mera possibilidade) de dano” (Brasil, 1994b)

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. A concorrência desleal e sua vertente parasitária. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 116, p. 19-34, jan./fev. 2012. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/concorrencia_desleal_vertente_parasitaria.pdf. Acesso em: 3 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulgo a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. Brasília, DF: Presidência da República, 1994a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Acesso em: 6 maio 2023.

BRASIL. Decreto n. 19.056, de 31 de dezembro de 1929. Promulga tresactos sobre propriedade industrial, revistos na Haya em novembro de 1925. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Rio de Janeiro, 10 maio 1930. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-19056-31-dezembro-1929-561043-publicacaooriginal-84377-pe.html>. Acesso em: 3 maio 2023.

BRASIL. Decreto n. 24.507, de 29 de junho de 1934. Approva o regulamento para a concessão de patentes de desenho ou modelo industrial, para o registro do nome commercial e do titulo de estabelecimentos e para a repressão á concorrência desleal, e dá outras providencias. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Rio de Janeiro, 26 jul. 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24507-29-junho-1934-498477-publicacaooriginal-1-pe.htm> 1. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. **Decreto n. 635, de 21 de agosto de 1992**. Promulga a convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0635.htm. Acesso em: 21 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945**. Código da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1945. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7903.htm#:~:text=DEL7903&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.903%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,proprieda-

de%20industrial%3B%20cuja%20prote%C3%A7%C3%A3o%20assegura. Acesso em: 19 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1951. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Institui o código da propriedade industrial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 11 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em *habeas corpus* n. 3.831-RJ. RHC - penal - infração penal- ilicitude - perigo - comércio - concorrência - a infração penal, além de conduta, resulta resultado [...]. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 13 set. 1994. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199400240040&dt_publicacao=28/11/1994. Acesso em: 2 mar. 2024.

DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

DEZEM, Renata Mota Maciel (org.). Direito empresarial: estruturas e regulação. São Paulo: Uninove, 2018. v. 1.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HOBSBAWM, Eric J. A revolução francesa. 7. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

MENÉNDEZ, Aurélio. La competência desleal. Madrid: Sividas, 1988.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1984.

OMPI – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convenção que institui a organização mundial da propriedade intelectual:** assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967, e modificada em 28 de setembro de 1979. Genebra: OMPI, 2002. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Propriedade intelectual, concorrência desleal e sua tutela (penal) em Portugal. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 56, p. 15-34, jan./fev. 2002. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/28789>. Acesso em: 5 maio 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Oeuvres completes*. Paris: Pléiade-Gallimard, 1959-1995. v. 5.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Aubier-Montaigne, 1943.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Newton. **Direito de autor no design.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMO CITAR: GONÇALVES, Aline Martins; JUNIOR, Walter Godoy dos Santos. Contribuição ao estudo do crime de concorrência desleal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 25-43, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p25-43. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 08/05/2024

Aprovado em: 05/07/2024

ANÁLISE HERMENÊUTICA E ECONÔMICA DOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DO STJ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CÍVEL

HERMENEUTICS AND ECONOMIC ANALYSIS OF THE INTERPRETATION CRITERIA USED BY THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN CIVIL EXECUTION PROCEEDINGS

Cristiano Gomes de Brito*

*Doutorado em Direito Empresarial (Universidade Federal de Minas Gerais - UFU)
Mestrado em Direito Comercial (Universidade Federal de Minas Gerais - UFU)
Email: cristianobrito@ufu.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3142-0097>

COMO CITAR: BRITO, Cristiano Gomes de. Análise hermenêutica e econômica dos critérios de interpretação do stj no processo de execução cível. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 44-63, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p44-63. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar hermenêutica e economicamente as interpretações realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ nos processos de execução por quantia certa contra devedor solvente e a sua repercussão jurídica e econômica, buscando compreender, sob a ótica da análise econômica do direito, os fundamentos de sua aplicação, por meio da abordagem dedutiva, com base em jurisprudência, bibliografia e legislação sobre o tema. Demonstrar-se-á que as interpretações realizadas pelo STJ são aplicadas de forma instável e imprevisível, sem critérios objetivos, lógicos e econômicos, impossibilitando assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica e a previsibilidade para tomada de decisões em seus negócios. Propor-se-á que os critérios de interpretação do STJ sejam aplicados para proporcionar maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões, pois é a última instância recursal na interpretação de lei infraconstitucional e na pacificação da jurisprudência entre os tribunais. Por fim, demonstrar-se-á que o STJ deve possibilitar aos aplicadores do direito, jurisdicionados e agentes econômicos preverem a posição da Corte em casos semelhantes, estabilizando suas decisões, impedindo a incidência de jurisprudências vacilantes ou instáveis, que comprometem a segurança jurídica, prestigiando os princípios norteadores do processo de execução.

Palavras-chave: processo civil; execução; interpretação; análise econômica; garantias; contratos; recurso.

Abstract: The objective of this paper is to undertake hermeneutics and economic analysis of the interpretations made by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in execution proceedings for fixed amounts against solvent debtors and their legal and economic repercussion, seeking to understand, from the perspective of economic analysis of the law, the bases for their application. It will demonstrated that the interpretations made by the STJ are being applied in an unstable and unpredictable manner, without objective and logical criteria, making it impossible to assure that those it judges have the legal security and predictability they need for the decision making process in their businesses. It will be proposed that the STJ interpretation criteria be applied so as to provide greater legal security, stability and predictability of its decisions, since it is the final instance of appeal in the interpretation

of infra-constitutional law and in the pacification of jurisprudence among the Brazilian courts. Finally, it will be shown that the STJ should enable law enforcers, the courts and economic agents to foresee the Court's position in similar cases, stabilizing its decisions, preventing the incidence of vacillating or unstable jurisprudence, which compromises legal security, honoring the guiding principles of the execution proceedings.

Keywords: proceedings civil; execution; interpretation; analysis economic; guarantees; contracts; appeal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar crítica e economicamente os critérios de interpretação realizados pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ nos processos de execução por quantia certa contra devedor solvente, incluído o cumprimento de sentença, realizada após a vigência do Código de Processo Civil de 2015-CPC, sob a ótica da análise econômica do direito- AED, por meio da abordagem dedutiva, com base em jurisprudência, bibliografia e legislação sobre o tema.

Por preceito constitucional, o STJ tem atribuição, dentre outras, de julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (Brasil, 1988, Art. 105, III, *a* e *c*).

Essa competência torna o STJ, ao lado da Suprema Corte, um dos principais atores na busca da eficiência do Judiciário, com poderes para tornar suas decisões estáveis e previsíveis, servindo como norte aos demais tribunais, concedendo aos operadores do direito e jurisdicionados mecanismos de previsibilidade de suas decisões, diminuindo os riscos de perdas econômicas, fortalecendo a segurança jurídica nas transações privadas, como nos contratos, nas concessões de crédito e suas garantias.

Para executar sua missão constitucional, a Corte Superior utiliza-se de inúmeras técnicas de hermenêutica, visando aplicar a norma ao caso concreto, notadamente quando há aparente omissão do legislador ou conflito de norma, das quais se destacam as interpretações restritiva, extensiva, lógica, sistemática e teleológica.

O poder legiferante é incapaz de criar um arquétipo legislativo em que todas as relações jurídicas sejam positivadas, incapacidade esta agravada pelo crescimento exponencial das tecnologias e relações interpessoais, negociais, dentre outras.

Em face desse postulado fático, o próprio legislador cria mecanismos de interpretação ou integração de normas, justamente a balizar, justificar e legitimar as decisões judiciais que “em tese” não encontram previsão legislativa, v.g. a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, art. 4º, e o art. 140 do CPC (Brasil, 1942, 2015), ao prescrevem que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

A análise econômica do direito tem por objetivo utilizar mecanismos (pragmáticos, racionais e consequencialistas) da economia na solução de litígios, avaliando os efeitos e consequências das decisões e das políticas públicas no comportamento das pessoas ao tomarem decisões em face desses conflitos, bem como seus efeitos macros, em que possa identificar determinado comportamento dos agentes econômicos para estimular ou desestimular certas condutas.

Diante da interseção entre direito e economia, como agentes catalizadores na busca pela eficiência das decisões do Poder Judiciário, o presente trabalho tem por escopo: a- a análise hermenêutica dos critérios de interpretação realizadas pela Corte Superior nos processos de execução e no cumprimento de sentença de pagar quantia certa, regidos pelo CPC, a partir da análise de julgados selecionados que, mesmo pontuais, diante dos inúmeros julgados proferidos pela Corte, permitem analisar situações em que se amplia ou restringe a previsão normativa; b- em face das consequências dos critérios interpretativos, a análise econômica dos julgados analisados.

1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A Constituição Federal (Brasil, 1988) tem como princípios processuais o contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, dentre outros, previstos no art. 5º, não se admitindo, por óbvio, o afastamento da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal, valores inegociáveis no Estado Democrático de Direito.

O CPC, redigido à luz da CF, tem como princípios norteadores da instrumentalidade, celeridade e efetividade processual, determinando, no art. 1º, que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CF (Brasil, 2015).

Nesse mesmo sentido, o CPC, art. 139, IV, visando a efetividade e utilidade do processo de execução, estabelece que o juiz dirigirá o processo determinando todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (Brasil, 2015).

Ademais, visando maior estabilidade e previsibilidade às decisões judiciais, foram criados e aprimorados mecanismos processuais que tendem a alcançar estes objetivos, v.g. o incidente de assunção de competência - IAC, o incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR e recursos especiais e extraordinários repetitivos, vinculação de precedentes e súmulas vinculantes.¹

Todavia, advertem Timm e Trindade (2009, p. 157) que muitas vezes os tribunais julgam os casos aleatoriamente, assim como os juízes de primeira instância, sem qualquer atenção aos precedentes dos tribunais superiores, ressaltando que a falta de precedentes claros dificulta a previsibilidade na propositura da demanda, dificultando o trabalho dos advogados de entabularem acordos e mesmo optarem ou não pela disputa judicial.

Desta feita, o CPC impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, determinando a edição de enunciados de súmulas correspondentes a

¹ CPC, art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I- as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II- os enunciados de súmula vinculante; III- os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV- os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (Brasil, 2015).

sua jurisprudência dominante, devendo ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (Brasil, 2015, Art. 926).

Neste sentido, ao logo de sua história, o STJ é provocado a decidir esses paradoxos no processo de execução, utilizando-se dos princípios constitucionais e processuais, do direito positivo e das regras de hermenêutica, notadamente nos casos de ampliação ou restrição da proteção ao bem de família, da amplitude do rol dos bens impenhoráveis e a ampliação legal da penhora de salário e poupança.

Desta feita, o processo de execução está sempre tensionado pelo conflito de interesses das partes, ora aplicando a regra de que a execução se faz no interesse do credor, ora recorrendo-se ao princípio da menor onerosidade e do patrimônio mínimo. Compete então ao julgador a aplicação das normas processuais e dos critérios de hermenêutica, visando conciliar e julgar de acordo com o sistema jurídico vigente, fundamentado no direito positivo e nas regras de interpretação.

Como se demonstrará no tópico seguinte, as regras de interpretação realizadas pelo STJ, nos processos de execução, imediata e autônoma, por quantia certa, são aplicadas de forma instáveis e imprevisíveis, sem critérios objetivos e lógicos, impossibilitando assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica e a previsibilidade para tomada de decisões em seus negócios.

2 A ANÁLISE DE JULGADOS DO STJ

A indicação dos julgados a seguir não visa esgotar o tema, muito menos abarcar a análise econômica de toda jurisprudência do STJ a estes casos. Porém, por questões didáticas, metodológicas e de limitação de espaço, opta-se por estas decisões em face da relevância dos temas abordados e suas repercussões nos contratos, na concessão, garantia e execução dos créditos e nos mecanismos de constrição judicial.

Insta destacar que o sistema recursal, como esclarecem Machado e Dias (2014, p. 399), visto a partir da análise econômica, se justifica como um sistema de correção para evitar que as decisões imprecisas promovam expectativas indesejadas.

Desta feita, o escopo é a análise exemplificativa dos casos, ressalvando a maestria com que o STJ foi, ao longo da sua história, realizando a interpretação da legislação infraconstitucional, sendo que o presente trabalho visa contribuir para o aprimoramento dos julgados, sob uma ótica hermenêutica jurídica e da análise econômica do direito.

2.1 CASO 1 - PENHORA DE SALÁRIO – AMPLIAÇÃO DA INCIDÊNCIA.

O art. 833 do CPC estabelece um rol de bens impenhoráveis, o que impede a incidência de sua constrição judicial, visando assegurar a dignidade da pessoa humana, vedando que os atos expropriatórios coloquem o devedor e sua família em situação de vulnerabilidade econômica e material.

Dentre essas restrições, o CPC prevê a impenhorabilidade do salário² do devedor, art. 833, IV, que tem por finalidade assegurar sua subsistência e de sua família, como forma de proteção a dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, além de possibilitar sua inserção social, por meio de acesso a bens de consumo básicos como saúde, educação, lazer e cultura.

Por outro lado, o CPC relativizou essa impenhorabilidade, permitindo, art. 833, § 2º, a hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a cinquenta salários-mínimos mensais (Brasil, 2015).

Não obstante a hialina previsão de impenhorabilidade do salário e suas duas excepcionais hipóteses, o STJ reiteradamente vem admitindo a penhora de salário do devedor além destas definidas no art. 833 do CPC (Brasil, 2015).

Decidiu a Corte Superior que a impenhorabilidade de salários pode ser excepcionada quando for preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família. Entendeu ainda que, embora não se possa admitir, em abstrato, a penhora de salário com base no § 2º do art. 833 do CPC, é possível determinar a constrição, à luz da interpretação dada ao art. 833, IV, do CPC (Brasil, 2015), quando, concretamente, ficar demonstrada nos autos que tal medida não compromete a subsistência digna do devedor e sua família (Brasil, 2020)³. Para o STJ, a melhor interpretação dessa disposição processual é no sentido do que sobejar dos salários, resguardado o mínimo existencial, poderá ser objeto de constrição judicial para o adimplemento das dívidas contraídas pelo executado, reconhecendo a excepcional possibilidade de se proceder à penhora de parte da verba considerada alimentar⁴.

Ocorre que, ao compulsar o dispositivo legal, não se vislumbra a hipótese admitida pelo STJ e, também, não se amolda nas exceções do art. 833, §2º do CPC (Brasil, 2015). Constata-se a ampliação da incidência da penhora de salário, criando requisitos que o legislador não previu, qual seja, a preservação de percentual suficiente a manter a dignidade econômica do devedor.

Depreende-se a elevada carga de subjetividade dos critérios a fixados pelo julgador, ao definir o quanto e o percentual de valores que seria, em tese, considerado adequado para se manter a dignidade da pessoa do devedor e de sua família. Por essa razão, o CPC presume que a impenhorabilidade de salário visa manter a dignidade da pessoa humana, operando-se *in re ipsa*.

2.2 CASO 2 - IMPENHORABILIDADE DO SEGURO DE VIDA - LIMITAÇÃO A PROTEÇÃO

Dentre o rol de bens e direitos impenhoráveis, encontra-se o seguro de vida, art. do 833, VI, do CPC, e decorre da proteção a sua finalidade, qual seja, proporcionar ao devedor ou sua família

² Utiliza-se o termo salário como gênero, para fins didáticos, abrangendo os soldos, vencimentos, *pro labore*, dentre outros, isto é, qualquer remuneração recebida pelo devedor decorrente do seu trabalho.

³ REsp 1.806.438/DF, Rel(a) Min(a) Nancy Andrichi, 3^a T., j. em 13/10/2020.

⁴ AgInt no REsp 1.866.883/SP. Rel(a). Min.(a) Paulo de Tarso Sanseverino. 3^a T., j em 16/11/2020.

recursos financeiros diante de uma fatalidade, como morte do próprio devedor, ou sua incapacidade permanente, assegurando o recebimento de valores com o fim de amparar e propiciar meios de subsistência, diante destes infortúnios, preservando a dignidade da pessoa humana.

Ao analisar o dispositivo e aplicá-lo no caso concreto, o STJ fixou o entendimento de que este impedimento de constrição não abarca todo o valor recebido em decorrência do seguro de vida. A Corte entendeu que deveria haver uma restrição parcial a impenhorabilidade do valor e, inspirada no art. 833, X, restringe a impenhorabilidade ao valor de 40 salários-mínimos (Brasil, 2021b).⁵ Para o Tribunal, o art. 833, IV, do CPC põe a salvo da constrição judicial as quantias recebidas por mera liberalidade de terceiros, desde que destinadas ao sustento mínimo do devedor e de sua família, mas a impenhorabilidade desses valores estaria limitada ao montante de quarenta salários mínimos.

Vislumbra-se que a Corte inovou processualmente, fixando um critério de aplicação restritivo da proteção esculpida no art. 833, VI, do CPC, agravado pelo fato de não se encontrar no CPC indícios ou previsão de restrição dos valores protegidos pela impenhorabilidade na hipótese de seguro de vida.

Ademais, a Corte igualou o conceito de seguro de vida com o de poupança para fins de penhora, restringindo a proteção legal ao limite de quarenta salários mínimos. Ora, se assim fosse, o próprio legislador teria fixado essa restrição ao seguro de vida, sendo que STJ aplicou um critério que estava a disposição do legislador para ser utilizado e não o fez.

O legislador previu a proteção integral do valor recebido pelo devedor ou seus herdeiros a título de seguro de vida, em decorrência da especificidade do negócio jurídico subjacente, qual seja, um contrato de seguro de vida.

2.3 CASO 3 - RENÚNCIA A PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA - EXTENSÃO DA PROTEÇÃO.

A Lei 8.009/90 (Brasil, 1990) criou um efetivo mecanismo de proteção ao imóvel residencial pertencente ao devedor, impedindo a penhora do bem de família em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza. A proteção ao bem, por conseguinte a da moradia, também encontra alicerce na preservação da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, em que a residência do devedor é asilo inviolável e não se sujeita a constrição judicial.

Todavia, a impenhorabilidade não é absoluta e comporta exceções previstas no art. 3º, da Lei 8.009/90. Dentre elas, encontra-se a possibilidade para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pela entidade familiar (Brasil, 1990, Art. 3º, V).

⁵ REsp 1.919.998/PR. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3^a T., em 25/05/2021. Ainda na vigência do CPC/73, no mesmo sentido, RESP 1.361.354 – RS, *verbis* “A impossibilidade de penhora dos valores recebidos pelo beneficiário do seguro de vida limita-se ao montante de quarenta salários-mínimos, por aplicação analógica do art. 649, X, do CPC/1973, cabendo a constrição judicial da quantia que a exceder” (Brasil, 2018).

Assim, em regra, o imóvel na qual reside o proprietário devedor é impenhorável, salvo na hipótese em que oferece este bem em garantia de uma dívida. Isto é, em ato voluntário, o devedor renuncia a proteção legal do bem, tornando-o penhorável caso a dívida não seja paga.

Porém, mesmo diante dessa previsão clara, a jurisprudência firmada no STJ é no sentido de que não se aplica a impenhorabilidade do bem de família ao imóvel ofertado em garantia de dívida contraída em benefício da entidade familiar⁶.

Ao interpretar o art. 3º, V, o STJ criou critérios restringindo a aplicação da norma, adentrando em aspecto espinhoso não previsto pela Lei, qual seja, se a dívida contraída pelo devedor beneficia ou não a entidade familiar.

Por conseguinte, deverá o credor, antes de celebrar a avença, investigar junto ao devedor as razões pelas quais está necessitando do crédito, para avaliar se os motivos determinantes e motivadores do devedor que o levaram a pedir o crédito beneficia ou não a entidade familiar, o que por certo acarretará invasão na privacidade do tomador do crédito.

Ademais, a Corte Superior regulamentou sua própria decisão, na hipótese em que o devedor oferece em garantia real de dívida da pessoa jurídica devedora, da qual seja sócio. Nesse desdobramento, sedimentou o entendimento: a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos⁷.

Interessante ressaltar que a fiança em contrato de locação, cláusula acessória, é um contrato gratuito, em que o fiador, em decorrência dos efeitos da fiança prestada, perde seu bem por uma dívida que comumente não lhe beneficia.

Sobre o tema, o STF fixou a tese de constitucionalidade da penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF (Brasil, 1988, 1990)⁸. Isto é, a Corte entendeu que a proteção ao bem de família decorrente da lei é renunciável, admitindo a incidência da penhora decorrente de fiança prestada no contrato de locação, por se tratar de bem disponível.

No caso em apreço, o devedor, como prevê a Lei 8.009/90 (Brasil, 1990), voluntariamente oferece o bem de família em garantia de uma dívida, e o STJ inovou ao estabelecer critérios que passam ao largo da hermenêutica tradicional, para criar um regramento que não está previsto em lei. A Corte criou norma travestida de critério hermenêutico, que seria incapaz de o operador do direito e agentes econômicos preverem, levando por consequência, àqueles que celebraram contra-

6 AgInt no AREsp 1660139/MG. Rel(a).Min(a). Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., em 01/06/2021.

7 EAREsp 848.498/PR. Rel(a). Min(a). Luis Felipe Salomão, 2ª Sec. em 25/04/2018.

8 RE 612360- RG/SP – Rel(a). Min(a). Ellen Gracie, em 13/08/2010 (Brasil, 2010).

tos com base na legislação positivada, serem surpreendidos com a inclusão posterior de critérios que certamente, se fossem exigidos nas tratativas e na celebração do negócio jurídico, certamente elaborariam o contrato ou suas garantias de forma diversa.

2.4 CASO 4 - IMPENHORABILIDADE DA POUPANÇA - EXTENSÃO DA PROTEÇÃO.

O CPC, no art. 833, X, assegura ao executado, a impenhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários-mínimos (Brasil, 2015). A proteção tem por escopo a preservação da capacidade financeira do devedor em eventuais adversidades da vida, atuando como reserva ou prudência diante desse cenário hostil. É característica natural e histórica da caderneta de poupança, em face de sua segurança e liquidez, ser desprovida de qualquer elemento financeiro especulativo ou de risco. Por essas razões, o legislador optou por preservar e proteger os valores que a pessoa utiliza nesse mecanismo de reserva de dinheiro, tão comum àqueles desprovidos de conhecimentos e acessos a instrumentos mais eficientes e rentáveis de investimentos.

A jurisprudência da Corte Superior é no sentido da impenhorabilidade de valor até quarenta salários-mínimos poupançados e mantidos pelo devedor em caderneta de poupança ou em qualquer conta corrente, fundo de investimentos ou em papel moeda, ressalvada a comprovação de má-fé, abuso de direito ou fraude (Brasil, 2021a).⁹

Vislumbra-se que a Corte inovou processualmente, estendendo o conceito de poupança, que é uma forma financeira de proteção e emergência ao devedor e a entidade familiar, a outras formas de depósito de quantia em instituição financeira que possuem outros atributos, como aumento do risco e constantes movimentações. Impôs ao credor, ainda, o diabólico ônus de provar a má-fé ou fraude na conduta do devedor em utilizar-se destas outras formas de guardar e aplicar o dinheiro, em um sistema jurídico em que a boa-fé se presume e as transações bancárias são protegidas por sigilo.

Depreende-se que a Corte, além de ampliar a natureza da caderneta de poupança, criou requisitos não previstos no sistema processual, estendendo seu conceito, dos quais o legislador não previu no ordenamento positivo.

Há uma lógica para que o legislador tenha optado por proteger exclusivamente a caderneta de poupança. Criada no século XIX, por Dom Pedro II, tem como característica a praticidade, baixíssimo risco, elevada liquidez, acessibilidade, isenções de taxas, não incidência de imposto de renda e protegida pelo fundo garantidor de crédito-FGC. Ao se permitir a extensão dessa proteção a outras formas de se guardar dinheiro, como conta corrente, fundo de investimentos ou em papel moeda, desnatura a característica maior da poupança que é a proteção a situação adversas e emergenciais, como despesas hospitalares, de medicamentos, de reforma urgente do imóvel onde reside, dentre outras.

⁹ AgInt nos EDcl no AREsp 1808527/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3^a T, em 15/06/2021.

Ademais, permite ao devedor utilizar-se de outros meios para a prática de ocultação de patrimônio e valores, como a movimentação habitual dos valores em caderneta de poupança, como saques, compras a débito e pagamento de boletos, dentre outros, realizados em diversos e constantes momentos, geralmente em curtos espaços de tempo. Essa conduta do devedor vai de encontro à finalidade para qual foi criada a caderneta de poupança.

3 A ANÁLISE HERMENÊUTICA E ECONÔMICA DOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DO STJ

O sistema jurídico positivado alicerça-se na certeza e na segurança do sistema legal, ainda que se permita, com as regras de hermenêutica, certa margem aberta e flexível para a interpretação da norma. Todavia, devem associar-se ao princípio da previsibilidade, de forma racional, em sentido oposto a livre interpretação associada a inclusão de requisitos de aplicação da norma não prevista no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, adota-se como marco teórico, a tese de Kelsen (1994, p. 394), em que a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito, *in casu* o STJ, é sempre autêntica¹⁰, pois ela cria Direito. Segundo o Autor, pela via da interpretação autêntica, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situa completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

A arte da interpretação das normas, como leciona Maximiliano (1997, p. 1), tem como objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. Por essa razão, a ciência jurídica dispõe de inúmeros critérios de interpretação, com o escopo de aplicar a norma ao caso concreto, em face da impossibilidade fática do legislador prever todas as situações necessárias a serem legisladas.

Para Alexy (2001, p. 17) a argumentação jurídica, pela lógica formal e tradicional de interpretação e aplicação do direito não atende muitas vezes situações em que há a imprecisão da linguagem do Direito, há conflitos entre normas, inexistência de normas jurídicas a serem aplicadas em casos complexos, e casos especiais de decisões que contrariem textualmente uma norma.

Compete ao julgador a interpretação final da norma a ser aplicada no caso *sub judice*, mediante a utilização de métodos de hermenêutica jurídica, como a analogia, a interpretação extensiva, dentre outras. Afinal, como preconizado por Kelsen (1994, p. 392) todos os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca um resultado que seja o único correto. Por derradeiro, o julgador é legislador no caso concreto.

¹⁰ Para o Autor, a interpretação autêntica é realizada pelo órgão aplicador do direito. Já a não autêntica, aquela realizada por uma pessoa ou pela ciência jurídica, caracterizada por não criar Direito (Kelsen, 1994, p. 388).

Por essas razões, admite Perelman (1996, p. 478) que o juiz possui um poder de decisão, tanto maior quanto mais vagos são os termos da lei, sendo normal que dele se sirva considerando o direito como o que é efetivamente, um meio para a realização de certos fins políticos e sociais.

Esse aspecto é destacado por Pinheiro (2014, p. 153), asseverando que na ausência de uma jurisprudência estável, uniforme e previsível, a eficiência da economia também será reduzida por conta do consumo direto de recursos escassos, e que a falta de previsibilidade normativa estimula o uso indevido dos tribunais, em que a ausência de jurisprudência bem estabelecida, os magistrados podem se ver às voltas com uma enorme carga de trabalho, pois cada caso terá de ser julgado individualmente, havendo incentivos fortes para que todos os conflitos sejam levados à apreciação da justiça, em vez de serem resolvidos entre as partes.

Asseveram Machado e Dias (2014, p. 400) que quando se impõe a revisão das decisões produzidas por um órgão judiciário busca-se alguns objetivos que extrapolam o litígio em si mesmo. O primeiro é garantir parâmetros claros e estáveis para a conduta dos cidadãos, considerando a incidência das normas jurídicas, pois mais precisa a decisão, mais evidente será a conduta admitida e a vedada, possibilitando um incremento nas relações jurídicas entre os indivíduos. O segundo é desestimular demandas fundadas em decisões imprecisas, e com isso minimizar os custos da sociedade com o processamento e julgamento de pretensões que não possam ser entendidas como compatíveis com o sistema jurídico. Por fim, reduzir os riscos nas relações sociais, pois quanto mais precisas as decisões, menores são as variáveis não cogitadas capazes de influenciar as operações entre agentes jurídicos.

Afinal, segundo Kelsen (1994, p. 395-397), pela via da interpretação autêntica é muitas vezes criado Direito novo, especialmente pelos tribunais de última instância, devendo estabelecer entendimentos inequívocos e previsíveis, reduzindo a inevitável pluralidade de significados, extensões ou restrições a um mínimo, para que se obtenha maior segurança jurídica.

Verifica-se dessa forma, que as Cortes Superiores devem estabelecer critérios objetivos de interpretação, uma vez que os jurisdicionados precisam compreender o sentido das normas jurídicas que deverão ser por eles cumpridas, dentro de um leque de previsibilidade.

3.1 A ANÁLISE HERMENÊUTICA

Da análise dos julgados citados anteriormente, verifica a utilização de critérios distintos para a aplicação da hermenêutica, ora no sentido de privilegiar o credor, como a extensão da possibilidade de penhora de salário, ora a privilegiar o devedor, como a restrição da renúncia a proteção ao bem de família, repercutindo economicamente estes critérios hermenêuticos.

Dessa forma, há consequências econômicas decorrente dos critérios de interpretação, razão pela qual a análise econômica dos julgados deve passar também pela análise hermenêutica, pois uma se torna consequência da outra.

Como se vê no arquétipo estruturado dos meios de hermenêutica, *v.g.*, a interpretação literal, sistemática e finalística, não autorizam o intérprete a instituir requisitos para serem aplicados no caso concreto, uma vez que não foram criados pelo legislador. Tais circunstâncias se agravam, pois estes requisitos não eram de conhecimento ou não eram previsíveis pelas partes, e que se os conhecessem, certamente celebrariam o contrato de modo diverso.

O exercício da exegese permite ao intérprete aplicar a analogia, estender conceitos, restringir efeitos, integrar a norma, analisá-la historicamente, mas encontrando limite na vedação a criação de conteúdo de lei, como a imposição de novos requisitos para aplicação da norma, ampliação de restrição de direito, redução de proteção prevista na norma jurídica, atuando de forma legislativa. Por consequência, os resultados desses métodos de interpretação têm por efeito: a- expandir e inovar o sentido da norma, com maior amplitude, tornando seu efeito extensivo; b- reduzir seu sentido, com menor amplitude e efeitos restritivos; c- manter estável, com efeitos meramente declarativos.

Nos julgados apresentados, verifica-se que não havia lacuna ou conflito de normas, vez que as situações estavam previstas no ordenamento, sendo que as extensões, restrições e hipóteses haviam sido previstas pelo legislador, mas que a Corte, ao inovar juridicamente, alterou as hipóteses legais em face de preceito político.

Por conseguinte, reitera-se que tanto pelas fontes, quantos pelos meios e resultados, a inserção de requisitos ou de elementos que o legislador, podendo utilizá-los, mas não o fez, não deve ser criado e aplicado pelo intérprete autêntico, sob pena de usurpar o poder político legiferante, que detém a competência de criar, alterar e revogar normas.

Esta instabilidade jurisprudencial, decorrente da falta de aplicação de critério lógico, racional e objetivo de interpretação, acarreta consequências econômicas danosas.

Explica Machado e Dias (2014, p. 402), que em um sistema que se caracteriza pela demasiada divergência jurisprudencial, a própria função de “guia” aos jurisdicionados, que legitima a existência do sistema recursal à luz da análise econômica do processo, deixa de existir. Tal se dá porque os litigantes e os potenciais litigantes não podem se servir da jurisprudência como um norte seguro para a sua tomada de decisões, já que a consulta aos julgados não oferece respostas claras e confiáveis. Para o autor, um dos elementos-chave para uma decisão racional nos litígios, que é a ‘calculabilidade’, fica severamente prejudicada em um sistema como o brasileiro.

Ressalta-se que a previsibilidade e a estabilidade das decisões dos Tribunais Superiores, segundo Timm e Trindade (2009, p. 166) além de servirem de orientação para órgãos judicantes de instâncias inferiores, também servem de paradigma para o comportamento processual dos litigantes e até mesmo para a sociedade de modo geral, influindo consistentemente nos custos de transação e na assimetria de informação e, assim, na eficiência social e econômica.

Para Pinheiro (2014, p. 153), a jurisprudência devidamente pacificada, permite maior agilidade aos tribunais, reduzindo a carga de trabalho resultante das demandas repetitivas e liberando os magistrados para se dedicarem a casos singulares, sendo que a segurança jurídica, por outro

lado, estimula o crescimento por meio de quatro canais principais: redução dos custos de transação; menor risco do investimento, em especial em ativos específicos; estabilidade das “regras do jogo” e, em particular, das políticas públicas; e maior competitividade, por meio da redução dos custos de transação.

Ao criar requisitos, v.g., como as formuladas pelo STJ para inadmitir a penhora do bem de família oferecido em garantia, inova no mundo jurídico, a partir de um caso concreto, sem que os operadores do direito conheçam sua existência ou prevejam suas hipóteses, não obstante publicidade dos processos serem regras. Por conseguinte, gera instabilidade nos negócios, vez que os operadores do direito, ao orientarem as partes em transações, contratos, negócios, etc., podem não ter a mesma perspectiva inovadora dos critérios e regras de interpretação formuladas pelo julgador.

Como consequência da instabilidade jurisprudencial, tais fatos se agravam em função da análise dos contratos de concessão de crédito e seus custos de transação, tendo em vista que essas instabilidades jurisprudenciais, notadamente a criação de requisitos não previstos na lei, elevam os riscos de recebimento e agravam as perdas das garantias, o que certamente, serão transferidas às operações futuras de crédito e, por conseguinte, elevarão os custos de transação.

O contrato, explica Timm (2008, p. 11) com base em Roppo (1988), é a roupagem jurídica de operação econômica, sendo que os ‘juseconomistas’ aprofundaram essa ideia para conceber o contrato como uma operação econômica que ocorre em ambientes de mercados, e o direito contratual como parte da regulação jurídica dessas operações. Para o Autor, em mercados com elevados custos de transação, a regulação jurídica pode “lubrificar” transações e permitir que operações ocorram com mais frequência e segurança. O direito contratual é o desenho jurídico de uma operação de mercado, que presume uma racionalidade econômica no processo de tomada de decisão.

In casu, os critérios de interpretação do STJ, devem ser direcionados para maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade de suas decisões, tomando maior relevo e envergadura em face de se tratar da Corte Superior que, por preceito constitucional, é a última instância de recurso na interpretação de lei infraconstitucional e na pacificação da jurisprudência entre os tribunais.

Essa forma de interpretação perpetrada pelo STJ significa, em última análise, a criação de novos critérios, requisitos, extensões e restrições tendentes a violar as atribuições do Poder Legislativo, vez que já foram expressamente definidas em lei. Criar ou alterar o que já está previsto compromete a segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais, repercutindo economicamente nos custos e riscos da concessão do crédito e sua execução.

Essas oscilações e instabilidades jurisprudenciais, não obstante a autoridade e legitimidade da Corte, por se tratar de intérprete autêntico, como conceituado por Kelsen¹¹ (1994, p. 394), por inúmeras vezes, ao aplicar os critérios de hermenêutica causam insegurança e instabilidade nas relações

¹¹ O presente trabalho utiliza-se do conceito de Hans Kelsen (1994) ao definir o intérprete autêntico como aquele que cria o direito no caso concreto, *in casu*, o STJ em seus julgados que, por previsão constitucional, é a última instância na interpretação da lei infraconstitucional e pacificação jurisprudencial. Ressalta-se que o trabalho não adota o conceito de Kelsen de que o direito deva ser hermético e fechado, como propôs na Teoria Pura do Direito.

jurídicas, situação em que os profissionais e operadores do direito, como intérpretes não autênticos (pois não geram direito, conforme Kelsen (1994, p. 394), mesmo dispondo de conhecimento jurídico, não conseguem antever em que direção o julgador norteará e encaminhará a jurisprudência, incapacitando os jurisconsultos de a anteverem de forma pragmática e previsível, o que acarretará elevados custos e prejuízos financeiros.

Vislumbra-se nos julgados analisados que o STJ vai além do exercício de exegese, como a interpretação extensiva, restritiva ou sistemática, pois atua claramente como legislador, criando, ditando e impondo requisitos não previstos em lei, notadamente aqueles que não podem ser antecipados pelos operadores do direito, pois transcendem os limites da interpretação das leis, porquanto interpretar criando requisitos, inovando legislativamente, extrapola o exercício da hermenêutica jurídica.

Depreende-se dessa forma, que não deve o interprete autêntico acrescer ou retirar à definição legal requisitos que o legislador, podendo adotar, não quis fazê-lo. Se havia exemplos e possibilidade de restringir a penhora do seguro de vida, ampliar a incidência da penhora de salário, restringir o oferecimento do bem de família somente nos casos de benefício da entidade familiar, torna-se evidente que esposou a orientação normativa de manter-se fiel ao texto da lei.

Esses critérios de interpretação, não obstante a evolução da ciência hermenêutica, por carregarem comumente aspectos subjetivos dos julgadores, contribuem para a instabilidade do sistema jurídico em face de seus incertos e imprevisíveis critérios de aplicação, daí a necessidade da sua análise, em face da repercussão econômica.

3.2 A ANÁLISE ECONÔMICA

As decisões proferidas pelos tribunais, ao atrair diversos interesses que transcendem ao das partes, devem perquirir resultados que visam minimizar os efeitos econômicos ou permitir maior eficiência da decisão na alocação de recursos escassos, razão pela qual se faz necessária sua previsibilidade e estabilidade.

Sob a análise econômica do direito, explica Saddi (2019, p. 163), que o Judiciário deve ser entendido como uma instituição econômica que impacta o mercado de crédito e tem o poder-dever de colaborar com a sua proteção e incentivar sua oferta de forma acessível a baixo custo, contribuindo para o controle inflacionário, a manutenção de taxa baixa de juros, o aumento do crescimento econômico, do PIB e para a contenção dos ‘spreads bancários’.

Do ponto de vista econômico, segundo Timm e Trindade (2009, p. 169), é fundamental reconhecer que as decisões judiciais devem expressar características que são essenciais para que a jurisdição atinja, de forma plena, as funções para as quais foi concebida. Dentre essas características, é imperioso ressaltar que as decisões judiciais devem ser previsíveis, o que exige uniformidade, porquanto, se assim não for, a aleatoriedade de seus pronunciamentos fará com que não cumpram com o seu papel dentro do contexto de sistema de incentivos que inegavelmente constituem.

No mesmo sentido, assevera Saddi (2019, p. 165), que a previsibilidade implica um Judiciário que age de forma clara, coesa, coerente e reiterada, conforme seus próprios ditames e de acordo com as normas, razão pela qual, decisões que modificam entendimentos pacificados, excetuam casos pontuais por motivos incomuns, criam brechas, ou não apresentam clareza em seus fundamentos são grandes fontes de insegurança jurídica, e essa insegurança se exterioriza em aumento de custos e riscos.

Deve-se então manter a integridade dos contratos e a efetividade em sua execução, privilegiando a segurança jurídica e desenvolvimento econômico, por meio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, com a redução dos custos e riscos para o mercado, não afastando, por óbvio, as consequências práticas econômicas das decisões judiciais, em razão do artigo 20 da LIN-DB (Brasil, 1942).¹²

Por outro lado, explica Pinheiro (2005, p. 262), que dois fenômenos têm sido frequentemente apontados como importantes quanto a falta de previsibilidade das decisões judiciais: a “judicialização” do conflito político e a “politização” do Judiciário. O primeiro como a tendência dos poderes políticos transferirem para o Judiciário disputas de caráter eminentemente político, que não são resolvidos nas esferas apropriadas. Para o autor (Pinheiro, 2005, p. 264-265), enquanto a “judicialização” da política, em particular a transferência para o Judiciário da responsabilidade por tornar a legislação mais precisa e consistente, é uma fonte de imprevisibilidade imposta de fora para dentro, o seu fenômeno dual, a “politização” das decisões judiciais, resulta eminentemente de um posicionamento dos próprios juízes, resultando na tentativa em favorecer certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais.

Ressalta-se que, mesmo tratando-se de litigio ‘inter parts’, os desdobramentos dos efeitos dos julgados, em especial do STJ, transcendem aos interesses meramente privado dos envolvidos, pois tornam-se norte jurisprudencial a ser seguido tanto pelas partes litigantes, como para os demais julgadores e agentes do mercado, alheios ao processo “sub judice”.

Por essa razão, sustentam Timm e Trindade (2009, p. 166) que se pode compreender as decisões judiciais, sobremaneira oriundas dos Tribunais Superiores, como bens públicos, vez que podem atingir não só aqueles diretamente integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, e é exatamente aí que se encontra a racionalidade econômica motivando a eficiência, no caso, aplicada ao processo judicial.

Diante desse contexto, assevera Machado e Dias (2014, p. 403) que a análise econômica do Direito oferece ferramentas teóricas importantes para a compreensão do fenômeno processual, sobretudo levando em consideração as múltiplas possibilidades de conduta dos agentes em um ambiente juridicamente complexo.

12 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Quanto a essas instabilidades das decisões judiciais, esclarece Pinheiro (2005, p. 270) que haverá duas consequências negativas importantes do ponto de vista da economia. Primeiro, os contratos se tornam mais incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos julgadores, dependendo da forma com que ele encare a não-neutralidade e a posição relativa das partes. Isso significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente “vale o escrito”, o que faz com que se introduza prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral. Segundo, a não-neutralidade do julgador significa que este se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante.

Por conseguinte, prossegue o autor, isso faz com que, nos casos em que essa não-neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então simplesmente alijados do mercado, pois a outra parte sabe que o dito é assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado, que buscará redefinir *ex-post* os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o julgador buscava proteger que se tornam as mais prejudicadas por essa não-neutralidade.

Desta feita, o STJ deve possibilitar aos aplicadores do direito, jurisdicionados e agentes econômicos, preverem a posição da Corte em casos semelhantes, estabilizando suas decisões, impedindo a incidência de jurisprudências vacilantes ou instáveis, que comprometam a segurança jurídica, prestigiando os princípios norteadores do processo de execução, notadamente o da efetividade, menor onerosidade e duração razoável do processo.

Adverte Saddi (2019, p. 167), que a segurança jurídica é essencial para um Judiciário forte como instituição econômica, pois os agentes dos mercados precisam de segurança jurídica para empreender em mais contratos de crédito cada vez mais sólidos, acessíveis e baratos.

Isto porque o planejamento, a orientação e a estratégia dos negócios realizados pelos contratantes, pautados nos princípios basilares do direito, como o da boa-fé e o dever de informar, são corroídos e desnaturalizados pela jurisprudência inovadora, em que o jurisdicionado é surpreendido por decisão que, a princípio, não encontra respaldo no sistema jurídico positivo e nas técnicas de exegese.

A princípio, ao proteger o devedor no caso concreto, a Corte impõe aos demais sujeitos de relações jurídicas que necessitem de crédito com garantia, um ônus maior para a sua obtenção, considerando que o custo de financiamento está atrelado a taxa de juros, ao risco do não recebimento e da precariedade das garantias. Certamente, como política de custos e preços, o credor transferirá para os próximos tomadores de crédito os prejuízos apurados em operações de créditos infrutíferas, em que se desnaturou as garantias prestadas em decorrência desse critério de interpretação, o que certamente elevará os custos na concessão do crédito.

Afinal, os custos de transação, como descritos por Pinheiro e Saddi (2005, p. 61), compreendem, a realização de cinco atividades necessárias para viabilizar uma transação, quais sejam: a- a atividade pela busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade de

mercadorias, sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores; b- a atividade de negociação, necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena; c- a realização e a formalização dos contratos, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado; d- o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público; e- a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.

Assim, as decisões judiciais não previsíveis influenciam na formação dos preços, custos e lucros dos agentes do mercado de crédito, repercutindo de forma imediata no aumento de custos das operações de crédito ou diminuição de sua oferta.

Nesse contexto, destaca Coase (1960, p. 10) que os juízes da *common law* reconheciam constantemente as implicações econômicas de suas decisões, de modo que aliados a outros elementos de convicção forneciam um aparato consistente para que chegassem a tais decisões.

Consequentemente, mantendo-se a instabilidade na fixação dos critérios de constrição dos bens do devedor no processo de execução, haverá aumento significativo nos juros ao conceder crédito e na redução da rentabilidade de suas operações, bem como na transferência de custos e riscos aos tomadores de créditos, repercutindo, por óbvio na cadeia produtiva.

Por essa razão, advertem Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 74) que a análise econômica deve considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas e imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. Afirmam que o Direito ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados, uma vez que o Direito influencia e é influenciado pela Economia.

Nesse sentido, adverte Timm (2008, p. 3) que a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negoçiem e façam cumprir os pactos. Além disso, a excessiva intervenção judicial pode originar externalidades negativas (i.e., efeitos a serem suportados por terceiros), porquanto o risco de perda ou a perda efetiva do litígio pela parte “mais forte” tende a “respingar” (*spill over*) ou a ser repassado à coletividade, que acaba pagando pelo mais fraco judicialmente protegido (como ocorre paradigmaticamente com as taxas de juros bancários, com os contratos de seguro) sem, entretanto, receber o benefício compensatório de maior bem-estar.

Ressalta-se que a execução, via autônoma ou imediata, é o meio judicial de cobranças das dívidas, que, em harmonia dos princípios norteadores do processo, possui princípios próprios voltados a dar maior efetividade, celeridade e eficiência na recuperação do crédito, não obstante a obediência e o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e menor onerosidade. Daí, quanto maior a segurança e estabilidade das decisões do STJ, haja vista a missão constitucional da Corte Superior, maior repercussão na segurança e celeridade nos processos de execução, bem como na oferta de crédito no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo científico do trabalho e a ênfase dogmática da tese impõem a indicação das principais conclusões do estudo, que propôs e discutiu a aplicação dos critérios de interpretação realizada pelo STJ em processos de execução por quantia certa, sob a ótica da análise econômica do direito.

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que as interpretações realizadas pelo STJ veem sendo aplicadas de forma instáveis e imprevisíveis, sem critérios objetivos e lógicos, impossibilitando assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica e a previsibilidade para tomada de decisões em seus negócios.

Demonstrou-se que os critérios de interpretação do STJ devam ser aplicados para proporcionar maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões, pois é a última instância recursal na interpretação de lei infraconstitucional e na pacificação da jurisprudência entre os tribunais.

Por fim, comprovou-se que a Corte Superior deve possibilitar aos aplicadores do direito, jurisdicionados e agentes econômicos preverem a posição do Tribunal em casos semelhantes, estabilizando suas decisões, impedindo a incidência de jurisprudências vacilantes ou instáveis, que comprometem a segurança jurídica, prestigiando os princípios norteadores do processo de execução.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Agravio interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial**. Processual civil. agravo interno no agravo em recurso especial. recurso manejado sob a égide do NCPC. execução de título extrajudicial. dissídio jurisprudencial demonstrado satisfatoriamente. inaplicabilidade da súmula n. 7 do STJ [...]. Agravante: Associação dos Titulares de Direitos Relativos aos Lotes Integrantes do Jardim Residencial Vasques Martins. Agravado: Emerson Luís Antonelli. Relator: Min. Moura Ribeiro, 15 jun. 2021a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1234108106/inteiro-teor-1234108563>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso especial n. 1.919.998/PR**. Recurso especial. processual civil. cumprimento de sentença. penhora on-line. pecúlio. art. 833, IV, do CPC/2015. Descaracterização. impenhorabilidade afastada. quantias recebidas por mera liberdade de terceiros. impenhorabilidade limitada a 40 (quarenta) salários mínimos. Recorrente: Marcia Santos Busnardo. Recorrido: Gilmar Fatuche. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 25 maio 2021b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1225118291/inteiro-teor-1225118396>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.806.438-DF (2019/0089813-6)**. Recurso especial. alegada ofensa à súmula vinculante do stf. não cabimento. embargos à execução. cumprimento de sentença. honorários advocatícios de sucumbência. penhora da remuneração do devedor. exceção do §2º do art. 833 do CPC/15. inaplicabilidade. diferença entre prestação alimentícia e verba de natureza alimentar. interpretação dada ao art. 833, IV, do CPC/15. possibilidade de penhora da remuneração a depender da hipótese concreta. julgamento pelo CPC/15. Recorrente: Marcello Henrique Rodrigues Silva. Recorrido: Oleni Vieira Lucas Braga. Relator: Min. Nancy Andrigi, 19 out. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecs-tj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1991995&tipo=0&nreg=201900898136&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20201019&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Repercussão geral em recurso extraordinário 612.360 São Paulo**. Constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. existência de repercussão geral. Recorrente: Nágela dos Santos Silva. Recorrido: Anastase Pandelís Gadzanis. Relator: Min. Ellen Gracie, 13 ago. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613957>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça (3. Turma). **Recurso especial n. 1.361.354-RS**. Recurso especial. seguro de vida. art. 649, IX, do CPC/1973. execução. indenização securitária. natureza alimentar. impenhorabilidade. 40 (quarenta) salários mínimos. art. 649, X, do CPC/1973. limitação. Recorrente: Vera Beatriz Brasil Mello. Recorrido: Ritter Engenharia Indústria e Comércio LTDA. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 8 maio 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/593647264/certidao-de-julgamento-593647277>. Acesso em: 22 abr. 2024.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810>. Acesso em:

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 391-403.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e o custo Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 141-158, maio 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p141-158>

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 243-283.

ROOPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SADDI, Jairo. Direito e economia no mercado de crédito. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J.; MARISTRELLO, Sampaio; PINHEIRO, Patrícia Regina. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 147-176.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (ed.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE; Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 178, p. 153-179, dez. 2009. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/22845>. Acesso em: 22 abr. 2024.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

COMO CITAR: BRITO, Cristiano Gomes de. Análise hermenêutica e econômica dos critérios de interpretação do stj no processo de execução cível. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p.44-63, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p44-63. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 05/04/2024

Aprovado em: 05/07/2024

CLEARANCE DE DIREITOS SOBRE OS DADOS COMO FATOR POTENCIAL DO SUCESSO NEGOCIAL: UM PROTOCOLO DE EXECUÇÃO

DATA RIGHTS CLEARANCE AS A POTENTIAL FACTOR IN BUSINESS SUCCESS: A FRAMEWORK

Maurício Antonio Tamer*

COMO CITAR: TAMER, Maurício Antonio. *Clearance de direitos sobre os dados como fator potencial do sucesso negocial: um protocolo de execução*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 64-79, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p64-79. ISSN: 2178-8189.

*Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo – UPM)
Mestre em Direito Processual Civil (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP)
Email: mauriciotamer@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3028-7220>

Resumo: O artigo aborda a importância dos dados na contemporaneidade e seu papel central nos negócios, destacando o fenômeno da datificação, tendo a utilização de dados publicamente acessíveis como importante insumo das atividades. A partir da adoção da metodologia hipotético-dedutiva, o problema científico proposto é entender como é possível assegurar juridicamente o valor agregado dos dados, especialmente diante de possíveis restrições e seu impacto no sucesso dos negócios. Como hipótese, a partir da experiência paradigmática da prática de Clearance de Direitos Marcários, é propor o reconhecimento da prática de Clearance de Direitos sobre os Dados como mecanismo significativo para os resultados negociais.

Palavras-chave: dados; dados publicamente acessíveis; restrições; clearance de direitos sobre os dados.

Abstract: The paper addresses the importance of data in contemporary times and its central role in businesses, highlighting the phenomenon of datafication, with the use of publicly accessible data as an important input for activities. Based on the adoption of hypothetical-deductive methodology, the proposed scientific problem is to understand how it is possible to legally ensure the added value of data, especially considering possible restrictions and their impact on business success. As a hypothesis, based on the paradigmatic experience of the practice of Trademark Rights Clearance, it proposes the recognition of the practice of Data Rights Clearance as a significant mechanism for business outcomes.

Keywords: data; publicly available data; restrictions; data rights clearance.

INTRODUÇÃO

Reconhecidamente, a sociedade contemporânea tem em si uma característica muito pertinente: o fenômeno da datificação.

Em certa medida, todos os negócios e atividades empresariais, compreendidos estes como aqueles associados a uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (conforme Artigo 966 do Código Civil (Brasil, 2002)), têm ou almejam ter parte significativa de suas operações calcadas em dados. Sem desconsiderar as atividades empresariais em que a datificação é o coração de suas atividades e serviços, a exemplo dos data brokers, entidades cuja atividade empresarial principal é justamente identificar fontes diversas de dados, compilá-los, higienizá-los, classificá-los e comercializá-los a terceiros.

Situação esta que convive com outro fenômeno extremamente relevante na contemporaneidade: a abertura de dados. Ideia que, como se verá, em linhas gerais, propõe a regra de possibilidade de reutilização de dados públicos, se livres de qualquer restrição jurídica. As facilidades de acesso propiciadas por tal dinâmica também geram uma falsa sensação de permissibilidade irrestrita de uso dos dados, o que não é verdade já que tais fontes também contém restrições, como de propriedade intelectual e associadas ao Direito à Proteção de Dados Pessoais.

Feitas estas considerações, o problema científico que nos parece se apresentar é: diante da relevância dos dados na datificação dos negócios e de possíveis restrições aos dados publicamente acessíveis que podem impactar ao sucesso negocial, como assegurar juridicamente o valor agregado de tal insumo? Este problema parece se apresentar, por exemplo, em operações de fusões e aquisições que tenham empresas com negócios sustentados em dados, e mesmo no sucesso de mercado de produtos e serviços baseados em dados, cuja robustez e legalidade é cada vez mais avaliada no detalhe pelos potenciais clientes – estes também pressionados pelas expectativas de boas práticas da regulação. É o caso, por exemplo, da boa prática esperada na diligência junto a terceiros conforme previsão do Artigo 50 da LGPD¹.

Com a metodologia hipotético-dedutiva, propomos uma das formas que me parece útil ao enfrentamento do tema. Assim, começo estudando o tema importante e que potencializa a datificação dos negócios: os dados publicamente acessíveis. Após, propomos a análise das principais restrições aplicáveis. Em um terceiro momento, trabalhamos com uma prática específica e cuja experiência metodológica pode ser transportada para o presente tema que é o clearance de direitos marcários.

1 Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais (Brasil, 2018).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A DATIFICAÇÃO

A análise do problema científico proposto passa, a nosso ver, pelo entendimento do fenômeno social da chamada datificação que permeia as atividades empresariais.

Nas palavras de Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier (2014, p. 77), a datificação é caracterizada como um fenômeno social-tecnológico em que tudo pode se descrito na forma de dados de modo que possa ser registrado, analisado e reorganizado.

Fala-se mais do que “apenas” o perfil de sociedade da informação que, conforme lição de Yoneji Masuda (1982, p. 67), em que a sociedade está centrada na tecnologia de telecomunicações e informática. É um dos exemplos ou motores, também, do que tem se conhecido como Quarta Revolução Industrial (Schwab, 2016).

Fato é que os dados são, hoje, insumo significativo das atividades empresariais informando as decisões envolvidas em análises, resultados, produtos e serviços. O valor agregado de tais atividades, assim, tem relação direta com a quantidade e a qualidade dos dados envolvidos nos processos. Seja na coleta destes (diretamente de fontes privadas – usuários e outras empresas como os referidos data brokers – ou fontes publicamente acessíveis, como sites governamentais), no seu armazenamento, governança e até seletividade na eliminação.

Porém, há restrições jurídicas que recaem sobre os dados publicamente acessíveis, como aquelas pertinentes à Propriedade Intelectual e à Proteção de Dados Pessoais. Neste sentido, o valor agregado de produtos e serviços também tem na legalidade dos dados utilizados um componente importante de avaliação.

A datificação, assim, parece-nos ter relação direta com a forma pela qual os dados publicamente acessíveis são juridicamente tratados e reaproveitados. Em outras palavras, a *datificação dos negócios* e o valor destes também parecem estar diretamente relacionados à coleta e reuso adequado dos dados publicamente acessíveis o que passa, a meu ver, pela compreensão adequada das restrições jurídicas associadas e da proposta aqui feita de *clearance* de direitos sobre tais dados, higienizando-os juridicamente. Ou seja, reutilizando-os da forma correta, correção esta que trará assertividade e valor agregado no negócio que do reuso se aproveite.

2 DADOS PUBLICAMENTE ACESSÍVEIS

Os dados publicamente acessíveis parecem-nos que podem ser divididos em dois grandes grupos: (i) os dados abertos oriundos das atividades da Administração Pública; e (ii) os dados publicamente acessíveis em plataformas privadas (mídias sociais, marketplaces etc.).

2.1 DADOS ABERTOS

O movimento em prol do Open Data ou Dados Abertos ganhou consistência nos últimos trinta anos e se encontra em franca e elogiável expansão.

Diferentemente de outros temas que contam com marco científico ou legislativo bem definido, o movimento não tem, por assim dizer, uma data de nascimento precisa. Seu desenvolvimento é difuso e amplo, o que, neste caso, tem se mostrado algo muito proveitoso.

Porém, é possível identificar algumas referências ou iniciativas de maior destaque (entre elas a iniciativa de Open Government Data). Em 1995, por exemplo, a expressão Open Data (Dados Abertos) teria sido utilizada pela primeira vez com autonomia e significado próprio em relatório de agência científica norte-americana em defesa da abertura dos dados entre os países como fator importante para a compreensão holística de fenômenos globais (Chignard, 2013).

Mesmo antes do próprio desenvolvimento da internet, já foi defendida a ideia de compartilhamento de conhecimento e informações em benefício da ciência, a exemplo dos reconhecidos trabalhos de Robert K. Merton em texto de 1942².

Em 2007, um grupo se dedicou ao tema de forma mais clara em reunião em Sebastopol, ao norte de São Francisco, Estado Unidos da América.

Um dos objetivos, por exemplo, seria definir um conceito de dados públicos abertos a ser adotado pelos candidatos à eleição presidencial daquele país. Um grupo formado por 30 pensadores e ativistas do tema, incluindo Tim O'Reilly e Lawrence Lessig, ambos amplamente conhecidos.

O primeiro, especialmente, por sua contribuição notável em temas técnicos, tendo cunhado expressões como open source e Web 2.0. Lawrence Lessig, por sua vez, especialmente pela contri-

2 “The institutional goal of science is the extension of certified knowledge. The technical methods employed toward this end provide the relevant definition of knowledge: empirically confirmed and logically consistent statements of regularities (which are, in effect, predictions). The institutional imperatives (mores) derive from the goal and the methods. The entire structure of technical and moral norms implements the final objective. The technical norm of empirical evidence, adequate and reliable, is a prerequisite for sustained true prediction; the technical norm of logical consistency, a prerequisite for systematic and valid prediction. The mores of science possess a methodologic rationale but they are binding, not only because they are procedurally efficient, but because they are believed right and good. They are moral as well as technical- prescriptions. Four sets of institutional imperatives-universalism, communism, disinterestedness, organized skepticism-are taken to comprise the ethos of modern science. [...] The substantive findings of science are a product of social collaboration and are assigned to the community. They constitute a common heritage in which the equity of the individual producer is severely limited. An eponymous law or theory does not enter into the exclusive possession of the discoverer and his heirs, nor do the mores bestow upon them special rights of use and disposition. Property rights in science are whittled down to a bare minimum by the rationale of the scientific ethic. The scientist's claim to “his” intellectual “property” is limited to that of recognition and esteem which, if the institution functions with a modicum of efficiency, is roughly commensurate with the significance of the increments brought to the common fund of knowledge. The institutional conception of science as part of the public domain is linked with the imperative for communication of findings. Secrecy is the antithesis of this norm; full and open communication its enactment.¹³ The pressure for diffusion of results is reinforced by the institutional goal of advancing the boundaries of knowledge and by the incentive of recognition which is, of course, contingent upon publication. A scientist who does not communicate his important discoveries to the scientific fraternity-thus, a Henry Cavendish-becomes the target for ambivalent responses. He is esteemed for his talent and, perhaps, for his modesty. But, institutionally considered, his modesty is seriously misplaced, in view of the moral compulsive for sharing the wealth of science” (Merton, 1973, p. 273-274).

buição da organização Creative Commons (Creative Commons é uma organização internacional sem fins lucrativos baseada nas concepções do Copyleft e voltada à divisão de conhecimento e à expansão de obras criativas e intelectuais, inclusive com a criação de licenças que permitem aos autores e desenvolvedores dos conteúdos com menor restrições)³ e pelas preciosidades literárias The Future of Ideas (2001), Code and Other Laws of Cyberspace (2000) e Code: Version 2.0 (2006). Plataformas abertas e colaborativas como Wikipedia, por exemplo, também tem raiz histórica neste movimento.

Na oportunidade, o grupo estabeleceu oito princípios que estabeleceram a lógica básica da ideia de Open Data⁴, trazendo ainda mais base teórico-prática para a ideia de dados abertos. Embora não sejam definições exclusivas e restritivas, pode se dizer que são as mais aceitas contemporaneamente.

São oito princípios de funcionamento e aproveitamento dos dados que devem ser constantemente buscados para que a proposta se desenvolva e consolide. A ideia do Open Government Data, de forma interligada, é de que dados públicos são de propriedade comum da sociedade, de forma muito similar ao que se preconiza para as descobertas científicas. Está sustentada na premissa de compartilhamento e uso dos dados públicos com bem comum.

Na mesma linha, para Open Definition definida e promovida pela Open Knowledge Foundation ([2024]), Open Data ou dados abertos são os dados que podem ser livremente utilizados, reutilizados e distribuídos para qualquer pessoa.

Após os oito princípios iniciais, foram incorporados mais sete pela organização resultante de tal grupo e que devem ser igualmente observados. Todos vocacionados, principalmente, a meu ver, para potencializar a utilidade, a segurança e a licitude da prática.

Assim, os quinze princípios que devem ser observados na proposta do Open Government Data são: completude (todos os dados públicos devem estar disponíveis), primariedade (dados coletados diretamente de sua fonte e em maior granularidade possível), atualidade (os dados devem ficar disponíveis da forma mais rápida possível), acessibilidade (os dados devem ficar disponíveis ao maior número de usuários possíveis), possibilidade de processamento por sistema (os dados devem ser passíveis de tratamento automatizado), não discriminação (os dados devem ficar disponíveis a qualquer pessoa e sem necessidade de identificação), ausência de propriedade sobre os formatos (os dados devem ser disponibilizados em formatos que ninguém tenha propriedade), liberdade de licenças (os dados sejam livres de propriedades intelectuais).

A lista continua: disponibilidade on-line e gratuita (os dados estejam disponíveis on-line e de forma gratuita), permanência (os dados devem estar disponíveis de forma estável e mais previsível possível), confiabilidade (a disponibilização deve assegurar a autenticidade e a integridade dos dados), presunção de abertura (os dados públicos são presumidamente acessíveis e abertos ao reuso, salvo restrições legítimas), registrabilidade (os dados devem estar acompanhados de informações e metadados que permitam aos usuários avaliar se os dados são precisos e atuais), ausência

3 Mais informações em: <https://creativecommons.org>.

4 A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico também se dedica especialmente ao tema.

de mecanismos executáveis (os dados devem estar livres de qualquer software autoexecutável em preocupação clara associada à segurança da informação) e a disponibilidade contando com a participação dos entes públicos (participação direta do Poder Público).

No Brasil, a legislação brasileira acompanha o cenário estrangeiro sobre a promoção dos dados abertos, destacando-se no País um conjunto normativo formado, especialmente, por quatro atos normativos principais: Lei de Acesso à Informação, Decreto Regulamentador da Lei de Acesso à Informação, Lei do Governo Digital e a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal, esta última, *in verbis*, que “define regras para promover a abertura de dados governamentais no âmbito dos órgãos e entidades federais, como ministérios, autarquias, agências reguladoras e fundações públicas” (Brasil, [2024a]).

Todos que, em conjunto, estabelecem a abertura dos dados, observadas as restrições pertinentes. Paralelamente, muitos órgãos da Administração Pública se destacam na disponibilização e regulação de dados abertos afetos a cada um dos seus contextos próprios, porém, valendo-se das premissas fundantes deste regime normativo.

2.2 DADOS PUBLICAMENTE ACESSÍVEIS EM PLATAFORMAS PRIVADAS

Paralelamente aos dados abertos decorrentes de plataformas públicas, também há dados publicamente acessíveis em plataformas privadas. São os dados disponibilizados por pessoas nas aplicações privadas e que, como consequência dos serviços correlatos, ficam acessíveis ao público geral.

Alguns exemplos podem ser citados: (i) dados presentes em contas abertas de mídias sociais, assim disponibilizadas pelos usuários de tais serviços; (ii) dados presentes em serviços de marketplaces como os anúncios feitos pelos usuários; e (iii) dados presentes nas demais páginas de internet que, embora tenham objetivos privados (sítios eletrônicos de pessoas jurídicas por exemplo), resultam na disponibilização de uma série de dados.

Diferentemente da proposta dos dados abertos, inexiste uma regulação geral aplicável dispendo sobre o que deve ser disponibilizado e em qual qualidade. Há apenas leis específicas que determinam a publicidade de alguns dados como diretrizes oriundas do Código de Defesa do Consumidor, do Decreto Federal do SAC nº 11.034/2022, da própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a recente Lei Federal nº 14.611/2023 que determina a publicação de relatórios de transparência salarial. Há, ainda, regulações setoriais específicas, a exemplo das regulações do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

A disponibilização dos dados e as condições de reutilização, observadas tais disposições específicas, fica sob critério dos entes privados, no escopo de sua livre iniciativa (Artigo 170, CF), e de aplicação de leis pertinentes.

3 ALGUMAS DAS RESTRIÇÕES JURÍDICAS APLICÁVEIS

Como introduzido quando da exposição do problema científico, a datificação da sociedade e dos negócios resulta na experiência de que a maioria das atividades empresariais têm nos dados suporte relevante de práticas operacionais.

Assim, a legalidade dos dados utilizados é fundamental para as empresas cujos produtos e serviços estão sustentados nos dados em si (data brokers por exemplo) e para as empresas que possuem ou acessam uma quantidade importante de dados para o desempenho de suas atividades.

E, ao falar em legalidade dos dados utilizados, é falar também do valor decorrente das atividades que deles se valem, justamente em razão dos riscos jurídicos, de imagem e reputacionais da desconformidade.

As operações de fusões e aquisições associadas a todas estas atividades, produtos e serviços têm este valor como um fator chave. A prática de *due diligence* sobre os dados utilizados pelas empresas é cada vez mais recorrente e importante, olhando com lupa eventuais restrições, riscos e perdas de valor ou necessidades de investimentos associados a tal insumo. Esta diligência assume especial perfil prático nas diligências prévias associadas às fusões e aquisições, cuja avaliação da legalidade e do valor dos bancos de dados utilizados e intrinsecamente ligados ao negócio têm cada vez mais importância.

Assim como o alcance e desempenho comercial e negocial de produtos e serviços calcados em dados publicamente acessíveis dependem cada vez mais da prestação de contas da legalidade dos dados utilizados em razão de uma governança cada vez mais criteriosa dos clientes sobre estes aspectos, eis que também pressionados pela regulação, especialmente de Proteção de Dados Pessoais.

Neste sentido, a ilegalidade parece estar, a nosso ver, se desrespeitadas restrições de ordem jurídica à reutilização dos dados publicamente acessíveis. Em outras palavras, restrições que impedem ou limitam a reutilização de tais dados, podendo contaminar todas as atividades sequenciais que deles se valem.

Dito isto, parece-nos que as principais restrições podem ser segregadas em cinco grupos: (i) restrições associadas à propriedade intelectual; (ii) restrições associadas à Proteção de Dados Pessoais; (iii) restrições associadas à forma pela qual a coleta dos dados é possível; (iv) outras restrições definidas pelas plataformas privadas; e (v) restrições associadas ao custeio sobre a coleta e reutilização dos dados.

A seguir, tentamos detalhar cada uma delas.

3.1 PROPRIEDADE INTELECTUAL

A forma como os dados estão dispostos e estruturados em repositório acessível publicamente pode constituir propriedade intelectual protegida e, nesta condição, passível de restrições legais conforme seu titular.

Propriedade intelectual que, aqui, parece-nos que possa ser compreendida como o conjunto de normas relacionadas à proteção dos produtos do intelecto e da criação do ser humano, “um capítulo do Direito, altíssimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros” (Barboza, 2010, p. 10).

Fala-se aqui do conceito de base de dados, caracterizada como obra intelectual protegida nos termos da legislação de proteção de direito autoral. Isto, conforme previsão expressa do Artigo 7º, XIII, da Lei de Direitos Autorais ou Lei Federal nº 9.610/1998:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (Brasil, 1998).

Nesta condição, basta a existência pública da base de dados para que esta seja digna de direito e proteção, independentemente de registro, conforme Artigo 18 também da Lei de Direitos Autorais: “Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Inclusive, o que se protege não são os dados em si, mas a obra de construção e organização destes em base de dados de formato específico, conforme previsão limitativa do §2º do Artigo 7 da Lei: “§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras” (Brasil, 1998).

Esta proteção jurídica confere aos autores das bases de dados (da organização, da estruturação etc), identificados no Artigo 11 da Lei, os direitos morais e materiais, conforme também previsões da Lei de Direitos Autorais.

Destaca-se, no contexto da problemática aqui estabelecida, o direito patrimonial exclusivo de utilizar os dados na forma como estão estruturados, ou seja, direito exclusivo sobre a base em si e não sobre os dados (Artigo 28). Além disto, a lei é clara ao estabelecer que qualquer reprodução (parcial ou integral), edição, adaptação etc. depende de autorização prévia e expressa do autor (Artigo 29).

Um exemplo que nos parece sempre elucidativo e simples são os sites de anúncios de imóveis que compilam os dados dos imóveis e contatos em si de forma diferente. A maneira como os dados estão estruturados e são apresentados pode caracterizar a obra protegida na condição de base

de dados. Os dados dos imóveis em si não são protegidos. Assim, terceiros sem autorização estão impedidos de replicar a base de dados como está disposta pelo site de anúncios.

Significa, portanto, que o terceiro que tiver acesso à base de dados fica impedido de repli-cá-la ou utilizá-la no formato em que está ou adaptá-la. E os dados nela presentes? A legalidade do uso destes fica afeta às demais restrições pertinentes, a exemplo daquelas a seguir tratadas de Proteção de Dados Pessoais.

3.2 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Se os dados disponíveis publicamente forem dados pessoais, a legislação pertinente à proteção destes dados também atrai restrições à reutilização dos dados publicamente acessíveis desta condição.

No Brasil, parece-nos ser possível falar de um Direito à Proteção de Dados Pessoais que engloba, especialmente, mas não só, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/2018), já referendada como LGPD (Brasil, 2018).

Trata-se, a meu ver, do direito subjetivo que a pessoa identificada ou identificável pelos dados tem de que estes mesmos dados sejam utilizados de acordo com os parâmetros constitucionais (especial de privacidade) e infralegais, pois o desacordo destas normas significa a intrusão indevida na esfera de privacidade do indivíduo, em razão da possibilidade concreta da extração de informações e inferências de tais dados conforme uso dado a estes.

Em outras palavras: a Proteção de Dados Pessoais pode ser entendida como o direito ao limite à não intrusão indevida da esfera de privacidade por meio do uso feito aos dados pessoais, já que estes são insumo significativo sobre o indivíduo. Limite este que será estabelecido pelo conjunto normativo (Direito) constitucional e infraconstitucional vocacionado a estabelecer as situações legítimas que os dados pessoais podem ser utilizados e como isto deve ser feito (Proteção de Dados Pessoais). Esta obra tem, assim, o objetivo de estudar o Direito à Proteção de Dados Pessoais.

Tal Direito define o que vem a ser dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (Brasil, 2018). Tal definição reconhece que dado e informação, a meu ver, são conceitos diferentes. A informação é o resultado racional extraído do dado, conforme contexto em que o dado e seu uso estão. O dado será considerado um dado pessoal assim se, no contexto de seu uso, for possível a extração de uma informação pessoal, algo que identifique o indivíduo ou algo sobre ele. Sendo este o contexto sobre os dados publicamente acessíveis, a Proteção de Dados Pessoais e seus requisitos incidirão.

Assim, as restrições aplicáveis parecem se apresentar em duas ordens: (i) restrições gerais; e (ii) restrições específicas aos dados publicamente acessíveis.

Em relação às restrições gerais, todo o regime de Proteção de Dados Pessoais se aplica, com incidência plena da LGPD. Assim, por exemplo, a utilização dos dados pessoais deve se dar em res-

peito aos princípios previstos na lei (Artigo 6º), em observância plena ao regime das bases legais de tratamento (Artigos 7º e 11, especialmente) e adoção das medidas técnicas e organizacionais de proteção prática de tais dados por quem os coleta em fontes publicamente acessíveis.

Porém, a LGPD, reconhecimento a ampla presença de dados pessoais publicamente acessíveis, estabelecem restrições específicas ao reuso destes em seu Artigo 7º, §3º: “§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização” (Brasil, 2018).

Assim, ao contrário do que muitas vezes se propaga de forma desavisada, o fato puro e simples do dado pessoal estar publicamente acessível não autoriza seu reuso descuidado ou irrestrito, mas deve respeito ao que a LGPD prevê.

Inclusive, para ilustração da relevância da restrição, cumpre sinalizar que Autoridade Nacional de Proteção de Dados, entidade pública responsável por regular e fiscalizar o cumprimento da LGPD em várias oportunidades direcionou luz ao tema.

Em uma das oportunidades mais emblemáticas, a ANPD fixou Acordo de Cooperação Técnica com a Controladoria-Geral da União que, entre suas competências institucionais, é responsável por monitorar a aplicação da LAI no âmbito da Administração Pública Federal. No documento, pode ser destacados os seguintes considerandos que registram, a meu ver, a evidente intersecção entre os temas:

Considerando os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais no País, previstos na LGPD, dentre os quais o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; [...] Considerando que a atuação articulada entre a ANPD e a CGU proporcionará a integração, desenvolvimento e articulação para orientação e monitoramento quanto à implementação da LGPD em âmbito federal, em harmonia com os ditames da LAI (ANPD, 2023, p. 13).

Também vale referência à Nota Técnica nº 68/2022/CGF/ANPD (Brasil, 2022) da mesma Autoridade em que sua Coordenação-Geral de Fiscalização se manifesta sobre o tratamento de dados realizado pela Receita Federal por intermédio da Portaria RFB nº 167/2022 tangenciando o tema da proteção de dados pessoais de dados publicamente acessíveis.

No mais, pela natureza das coisas, parece-nos que tal protocolo pode ser estabelecido de forma abstrata como framework e sequência de etapas e tarefas a serem seguidas. Todavia, a análise das restrições só será possível de forma concreta, mediante aferição proporcional da disponibilidade dos dados e das situações de reuso.

Este, inclusive, é o exemplo que pode ser extraído da ANPD. Na oportunidade da emissão da Nota Técnica nº 92/2022/CGF/ANPD, em discussão acerca da transparência ativa de dados realizada pelo Ministério do Trabalho e Previdência, advertiu a Autoridade que: “enquanto a LAI espelha a determinação de que a publicidade é regra, a LGPD prevê diretrizes, regras e hipóteses

em que o tratamento de dados pessoais deve ser feito, incluindo, mas não se limitando, à divulgação de dados pessoais” (ANPD, 2022).

Dessa forma, o escopo da LGPD não se restringe a determinar a atribuição de sigilo ou de publicidade a certos dados pessoais, mas, na verdade, estabelece diretrizes mais amplas para os mais variados tipos de tratamento de dados pessoais.

Por isso, não há como estabelecer, de forma abstrata, ampla e determinante, qual direito ou princípio prevalecerá: se o direito de proteção de dados pessoais ou o princípio da publicidade na administração pública. A divulgação ou não de dados pessoais por órgãos públicos dependerá da análise dos casos concretos. Nesses casos, o órgão deverá ponderar o direito à proteção de dados pessoais de um lado e o direito dos indivíduos de acesso às atividades do Poder Público, de outro.

3.3 FORMA DE COLETA DE DADOS

Também são possíveis restrições relacionadas à forma de coleta dos dados publicamente acessíveis. A restrição, assim, não está relacionada à forma como os dados estão dispostos (i.e. restrições associadas à propriedade intelectual) ou a uma especial qualidade dos dados em si (i.e. Proteção de Dados Pessoais). Mas, sim, à forma pela qual a coleta se dá. A legalidade ou não do uso dos dados publicamente está diretamente associada ao como.

Comumente esta restrição está associada ao uso de ferramentas automatizadas de coleta. É o caso, por exemplo, dos Termos de Uso e Política de Privacidade da Receita Federal do Brasil. O documento estabelece que os usuários não usarão “robôs, sistemas de varredura e armazenamento de dados (como ‘spiders’ ou ‘scrapers’), links escondidos ou qualquer outro recurso escuso, ferramenta, programa, algoritmo ou método coletor/extrator de dados automático para acessar,

adquirir, copiar ou monitorar o serviço, sem permissão expressa por escrito do órgão” (Brasil,[2024b]).

3.4 OUTRAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS PELAS PLATAFORMAS PRIVADAS

As plataformas privadas podem, dentro da sua livre iniciativa constitucional, estabelecer restrições legítimas ao reuso dos dados que estão acessíveis em seu ambiente. São providências, inclusive, plenamente razoáveis para proteção do negócio, garantir o uso adequado dos dados, proteger os próprios usuários e consumidores dos serviços, mitigar riscos concorrenenciais da utilização dos dados entre outros.

Restrições desta natureza, normalmente, nos Termos de Serviço ou Uso também devem ser consideradas. Para ilustrar, veja-se, por exemplo, as restrições dispostas pela empresa OLX. Os Termos e Condições Gerais de Uso da empresa dispõem que: “É proibida a utilização de textos, imagens,

anúncios e qualquer outro elemento incluído ou disponível no Site para sua posterior inclusão em quaisquer veículos alheios ao Site sem a autorização prévia e por escrito da OLX” (OLX [2024]).

Isto nos parece trazer duas percepções importantes, inclusive com uma certa relação de causa e consequência. A primeira no sentido do entendimento de que as restrições não se dão apenas na esfera pública, mas também pela própria iniciativa privada – o que não deixa de ter respaldo público pela legislação permissiva neste sentido. A segunda, como consequência, de que tarefa de conformidade no uso de dados extrapola o mapeamento e conhecimento das legislações aplicáveis sobre os dados, demandando também um detalhamento importante de toda e qualquer restrição de ordem privada. Inclusive, para eventuais questionamentos, caso tais restrições venham a extrapolar os limites da livre iniciativa.

3.5 CUSTEIO SOBRE A COLETA E REUTILIZAÇÃO DOS DADOS

Há, ainda, uma outra restrição possível associada a custeios sobre a coleta e reutilização dos dados publicamente acessíveis. Tem sido crescente a discussão sobre a legitimidade de cobrança para a coleta de dados de plataformas públicas, em especial, pelos impactos à infraestrutura das entidades da Administração Pública.

Existindo a previsão do custeio ou remuneração do ente público via taxa, caso esta não seja devidamente adimplida, a legalidade do uso dos dados pode ser questionada.

A exemplo, vale citar a Recomendação nº 74/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) emanada pelo órgão após Grupo de Trabalho específico. Instaurado a partir da Portaria CNJ nº 63/2019, o Grupo de Trabalho foi “destinado à elaboração de estudos e propostas voltadas à política de acesso às bases de dados processuais dos tribunais, em especial, quando se trata de sua utilização para fins comerciais” (CNJ, 2019).

A Recomendação estabelece em seu Artigo 3º que os tribunais “poderão avaliar a conveniência e oportunidade de cobrança pelo acesso massificado a dados. §1º O valor da cobrança destina-se a suportar os custos de implantação e manutenção do sistema, devendo sua fixação ser efetuada na proporção do volume de dados utilizados.” (CNJ, 2020)

É possível observar uma tendência, ainda que tímida, em restrições, por assim dizer, econômicas no reuso dos dados, justamente em razão de uma concepção de compartilhamento do custeio na disponibilidade pública dos bancos de dados.

4 O CASO DA PRÁTICA DE CLEARANCE DE DIREITOS MARCÁRIOS

Tratadas as possíveis restrições, observa-se que a legalidade e, consequentemente, a credibilidade e o valor dos negócios datificados dependem diretamente da correta observância de tais restrições. O valor agregado do negócio datificado parece, a meu ver, ter um componente significativo associado à correta coleta e reutilização dos dados publicamente acessíveis.

Parece-nos ser um dos típicos casos em que a governança sobre os dados utilizados e atividades empresariais é reconhecida como uma providência voltada para o negócio. Além de proteger as pessoas e demais interesses jurídicos associados aos dados, a boa observância da legalidade da reutilização dos dados passa a ser essencial para as atividades.

Isto, também como consequência, parece depender diretamente de uma análise cuidadosa e detalhada de todas as fontes de dados publicamente acessíveis (públicas ou privadas) e a avaliação dedicada de eventuais restrições. A ideia é que o negócio datificado apenas opere com dados livres de restrições de qualquer natureza.

Tal necessidade demanda, a nosso ver, uma abordagem funcional que passa por um verdadeiro planejamento estratégico de como conduzir tais verificações, como exploraremos mais na conclusão. Como resultado, é interessante o estabelecimento de um protocolo a ser iniciado sempre que nova fonte de dados publicamente acessíveis for identificada como útil.

Neste contexto, uma das formas de identificar possíveis hipóteses para o problema científico é tentar mapear situações semelhantes já feitas em que elementos similares ao problema posto se apresentaram. Veio, então, a ideia da prática chama de Clearance de Direitos Marcários tão recorrente. E por qual razão? Justamente porque nessa prática, como melhor descrito abaixo, há uma semelhança de problema e possível solução.

Normalmente utilizada no momento de desenvolvimento de novas marcas, a prática consiste em avaliar eventuais restrições de propriedade à marca pretendida. Assim, é desenvolvida uma nova identidade visual com opções. Para a escolha da melhor opção, além dos interesses comerciais preponderantes, há a necessidade de identificar eventuais impedimentos jurídicos prévios e que, na escolha de uma marca “impedida”, por assim dizer, prejudicará as atividades desenvolvidas.

São avaliados, por exemplo, depósitos ou registros válidos junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), disputas administrativas ou judiciais, e situações que possam representar a caracterização do direito de precedência (Brasil, 1996, art.129, §1º).

Tal direito está previsto no Artigo 129, §1º “Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no país, há pelo menos seis meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro” (Brasil, 1996). Significa, portanto, que além de uma leitura cuidadosa de situações mais objetivas anteriores (banco de dados do INPI, disputas judiciais públicas etc.), cumpre uma avaliação dedicada do uso dos elementos visuais e nominativos pelo mercado para verificar se, por ao menos seis meses, alguém os utiliza como identificação ao grande público.

Todas estas situações que podem representar restrições ao uso da marca pretendida. Convenção-se chamar a prática de verificá-las de “clearance de direitos marcários”, ou seja, o protocolo jurídico de verificação de restrições ao uso das marcas a suportar, de forma seguram a decisão executiva de negócio sobre quais elementos serão utilizados.

Esta experiência parece ser, portanto, muito útil à necessidadeposta de se verificar eventuais restrições ao reuso de dados publicamente acessíveis. Vejamos as similaridades. Em ambas há o interesse de uso de uma matéria-prima para o negócio por assim dizer. Os elementos visuais e textuais no caso das marcas e os dados no nosso problema científico enfrentado. Em ambas, também, há a existência de restrições que podem prejudicar decisivamente a utilização de tais elementos. Ainda, em ambas, coincide-se a existência de um protocolo para que a verificação de riscos seja lembrada, feita e funcional.

O caso de clearance de direitos marcários, parece-nos, assim, trazer ensinamentos para o problema posto, seja em como fazer as verificações, seja estabelecendo uma denominação para a prática. Denominações que, embora não sejam essenciais, são sempre relevantes para que a prática nomeada seja conhecida, encorpada e praticada no dia a dia.

CONCLUSÃO

Consideradas as restrições, a importância da higienização destas para o valor do negócio datificado e a experiência muito similar em relação ao direito marcário, parece-me ser possível propor algo similar à experiência do Direito Marcário em relação ao uso dos dados.

Falo aqui daquilo que passo a propor como Clearance de Direitos sobre os Dados. Proponho que este seja reconhecido como um framework ou protocolo que promova e assegure a reutilização de dados publicamente acessíveis livres de qualquer restrição jurídica, seja esta da ordem ou perfil que for. Parece se tratar de medida significativa para o valor do negócio datificado.

A funcionalidade dessa prática, a nosso ver, demanda o estabelecimento de planejamento estratégico para seu desenvolvimento. Planejamento este que passa pelas etapas de diagnóstico, plano de ação e execução. Isto pode ser traduzido em um *framework* ou protocolo, inclusive em norma interna da organização. Seja para que a prática venha a ser realmente feita como uma determinação executiva do negócio, seja para que este possa documentar e demonstrar que sua governança está dedicada ao tema, agregando e garantindo valor aos dados que permeiam todo o negócio.

Para tanto, minimamente, parece-me que o protocolo a ser seguido deve contar com as seguintes tarefas: (i) identificação e reconhecimento dos dados publicamente acessíveis utilizados no negócio; (ii) identificação precisa e das fontes públicas e privadas publicamente acessíveis de dados, proponho que esta identificação seja conduzida em nível de detalhe e constante, especialmente com a identificação recorrente de todas as URLs utilizadas para coleta de dados e os respectivos termos e políticas associados

E ainda: (iii) análise detalhada das restrições existentes e direcionamento no negócio de como estas devem ser respeitadas (minimamente as restrições indicadas no item 3 deste trabalho); (iv) no caso de fornecedores que se valham de tais fontes, uma diligência cuidadosa junto a estes para garantir que o Clearance também é feito, inclusive com previsões contratuais de proteção do negócio; (v) monitoramento constante das fontes e restrições de forma a garantir que a visibilidade

destas esteja sempre atualizada; (vi) definição das áreas responsáveis pelos processos com abordagem multidisciplinar de modo a estabelecer uma mitigação holística dos riscos; e (vii) produção da documentação adequada de todas estas avaliações de forma que a prestação de contas para autoridades e sobretudo para stakeholders privados (clientes, investidores, parceiros etc.) seja facilitada.

REFERÊNCIAS

ANDP – AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Nota Técnica nº 92/2022/CGF/ANPD. Brasília, DF: ANDP, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-nota-tecnica-sobre-a-divulgacao-de-dados-pessoais-de-beneficiarios-de-auxilios-governamentais>. Acesso em: 20 mar. 2024.

ANDP – AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Processo nº 00261.000779/2022-14 (ANPD) e nº 00190.104433/2023-48 (CGU). Brasília, DF: ANDP, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/act-anpd-cgu.pdf> Acesso em: 24 maio 2024.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2. ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Ministério da Economia. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Nota Técnica nº 68/2022/CGF/ANPD. Brasília, DF: Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, 2022. Disponível em: Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/nt-68_2022_cgf_anpd.pdf. Acesso em: 24 maio 2024.

BRASIL. Política de dados abertos. Brasília, DF: Senado Federal, [2024a]. Disponível em: <https://dados.gov.br/dados/conteudo/politica-de-dados-abertos#:~:text=A%20Pol%C3%ADtica%20de%20dados%20abertos>

ca%20de%20Dados%20Abertos,ag%C3%A1ncias%20reguladoras%20e%20funda%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%A1blicas. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. Receita Federal. **Termos de uso e política de privacidade da Receita Federal do Brasil**. Brasília, DF: Receita Federal, [2024b]. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/termo-de-uso>. Acesso em: 26 mar. 2024.

CHIGNARD, Simon. A brief history of open data. **Paris Tech Review**, Paris, 29 mar. 2013. Disponível em: <http://www.paristechreview.com/2013/03/29/brief-history-open-data/>. Acesso em: 6 mar. 2024.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 74/2020**. Recomenda medidas para implementação de política de dados abertos no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3487#:~:text=RESOLVE%3A-,Art.,exce%C3%A7%C3%A3o%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal>. Acesso em: 26 mar. 2024.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria nº 63 de 26/04/2019**. Institui Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e propostas voltadas à política de acesso às bases de dados processuais dos tribunais e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2890>. Acesso em: 3 mar. 2024.

MASUDA, Yoneji. **A sociedade da informação como sociedade pós-industrial**. Tradução de Kival Charles Weber e Angela Melim. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: a revolution that will transform how we live, work, and think**. Nova Iorque: Houghton Mifflin Harcourt, 2014.

MERTON, Robert K. The normative structure of science. In: STORER, Norman. **The sociology of science: theoretical and empirical investigations**. London: The University of Chicago Press, 1973.

OLX. **Termos e condições gerais de uso**. [2024]. Disponível em: <https://ajuda.olx.com.br/public/T%26C+OLX+v2+06-Jun-2022-172210.pdf> Acesso em 26 mar. 2024.

OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. **Open definition**. [2024]. Disponível em: <https://opende-finition.org/od/2.1/en/> Acesso em: 6 mar. 2024.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

COMO CITAR: TAMER, Maurício Antonio. Clearance de direitos sobre os dados como fator potencial do sucesso negocial: um protocolo de execução. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p.64-79, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p64-79. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 29/03/2024

Aprovado em: 22/07/2024

INOVAÇÕES NO AGRONEGÓCIO: QUAIS AS NOVIDADES DO FIAGRO EM RELAÇÃO AOS FUNDOS DE INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS TRADICIONAIS?

INNOVATIONS IN AGRIBUSINESS: WHAT IS NEW AT FIAGRO IN RELATION TO TRADITIONAL REAL ESTATE INVESTMENT FUNDS?

Leandro Kreitlow*

Muriel Amaral Jacob**

Como citar: KREITLOW, Leandro; JACOB, Muriel Amaral. Inovações no agronegócio: quais as novidades do fiagro em relação aos fundos de investimentos imobiliários tradicionais?. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 80-94, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p80-94. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O tema do presente artigo está relacionado aos fundos de investimento tradicionais, bem como aos fundos de investimento nas cadeias produtivas agroindustriais – Fiagro, tendo por delimitação do tema a questão das inovações trazidas pelo Fiagro no que tange ao mercado de capitais e ao agronegócio. O problema da pesquisa se constitue em averiguar se essas inovações do Fiagro poderiam ensejar tanto novas oportunidades como também novos riscos operacionais. Justifica-se a pesquisa em razão da segurança jurídica inerente ao mercado de capitais e aos investidores. Ademais, o tema é de relevância ao agronegócio no que tange ao financiamento do setor através do crédito não subsidiado pelo governo federal. O objetivo geral consiste em verificar se a Lei do Fiagro inovou dentro dos parâmetros legais. Como objetivos específicos, procura-se demonstrar as denominações, as normas de regência, a abrangência, a distribuição de dividendos e a incidência de Imposto de Renda. A hipótese se refere à possibilidade de se instituir uma nova espécie do gênero fundos de investimento. Concluiu-se que o Fiagro trouxe inovações interessantes ao agronegócio e ao mercado de capitais.

Palavras-chave: fundos de Investimento; Fiagro; Inovações.

Abstract: The theme of this article is related to traditional investment funds, as well as investment funds in agro-industrial production chains – Fiagro, with the theme being delimited by the issue of innovations brought by Fiagro in relation to the capital market and agribusiness. The research problem consists of verifying whether these innovations of Fiagro could give rise to both new opportunities and new operational risks. The research is justified due to the legal certainty inherent to the capital market and to investors. Furthermore, the topic is relevant to agribusiness with regard to the financing of the sector through credit not subsidized by the federal government. The general objective is to verify whether the Fiagro Law innovated within the legal parameters. As specific objectives, the aim is to demonstrate the names, the governing rules, the scope, the distribution of dividends and the incidence of Income Tax. The hypothesis refers to the possibility of establishing a new type of investment fund. It was concluded that Fiagro brought interesting innovations to agribusiness and the capital market.

Keywords: investment Funds; Fiagro; Innovations.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, irá se observar de que modo a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) regulamenta os fundos de investimento, sejam os fundos de investimento tradicionais, bem como os fundos de investimento nas cadeias produtivas agroindustriais – Fiagro.

Procurar-se-á relacionar o tema do presente artigo com as inovações trazidas pelo Fiagro no que tange ao mercado de capitais e ao agronegócio, delimitando-se o tema com um recorte de estudo sobre os fundos de investimento tradicionais em relação às mudanças trazidas pela Lei do Fiagro.

O problema da pesquisa irá se constituir em verificar se as inovações trazidas pelo Fiagro poderiam ensejar tanto novas oportunidades como também novos riscos operacionais, situações que poderão desafiar a CVM no que tange à normatização definitiva deste fundo de investimento em particular.

Procurar-se-á investigar se as diferenças e novidades propostas pela Lei do Fiagro e pela Resolução CVM 39 estariam alicerçadas pelo ordenamento jurídico, além da questão da segurança jurídica inerente ao mercado de capitais e aos investidores. Ademais, o tema é de relevância ao agronegócio no que tange ao financiamento do setor através crédito não subsidiado pelo governo federal.

O objetivo geral consiste em verificar se a Lei do Fiagro inovou dentro dos parâmetros legais. Como objetivos específicos, irá se demonstrar as denominações, as normas de regência, a abrangência, a distribuição de dividendos e a incidência de Imposto de Renda, tanto nos Fundos de Investimentos (FI's) quanto nos Fiagro's.

Questionar-se-á, ainda, no que tange ao arrendamento rural, se a Lei do Fiagro não revogou tacitamente o prazo mínimo elencado no Estatuto da Terra.

No que diz respeito à metodologia, recorrer-se-á à pesquisas bibliográficas de obras doutrinárias e artigos impressos e eletrônicos, além da legislação e jurisprudência inerentes ao tema, utilizando-se do método dedutivo.

1 DOS FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Imaginado-se uma linha no tempo e, consoante Barreto Filho (1956, p. 63), os “investment trusts” (fundos de investimento) eclodiram na Inglaterra e nos Estados Unidos, em virtude de algumas especificidades, tais como relações políticas e morais, mas também em razão da existência do denominado “trust”¹.

Saliente-se que os “trusts”, de acordo com Salomão Neto (1996, p. 11), possuem origem anglo-saxônica, oriundos do sistema feudal e da Idade Média, cuja característica era a coexistência de mais de um direito real sobre um mesmo bem.

¹ O *trust* pode ser entendido como um direito obrigacional, patrimônio autônomo ou desdobramento da propriedade, conforme Barreto Filho, p. 70 e Salomão Neto, p. 58.

Ainda conforme a dicção de Salomão Neto (1996, p. 99), em razão da dificuldade de se reconhecer a personalidade jurídica de associações, as quais sofriam vários tipos de abusos e somente eram reconhecidas por carta real ou ato do Parlamento, passou-se a se usar do instituto do “trust”, senão vejamos:

Várias pessoas físicas interessadas em se associar comercialmente transferiam os bens que afetariam a atividade comercial a um *trustee*. O *trustee*, nos termos do documento instituidor do *trust*, ficava obrigado a gerir os bens com vistas ao desempenho da atividade almejada, para o que contava com a ajuda de administradores do empreendimento, e a distribuir os seus frutos aos sócios.

No Brasil, a criação dos fundos de investimento coletivos se deu, “a priori”, fazendo-se uso das estruturas societárias. Assim, os primeiros fundos eram organizados sob a forma de sociedades de investimentos e sociedades em conta de participação, e teriam surgido na década de 1940 (Ferreira, 1963, p. 14).

Contudo, um primeiro tratamento normativo das sociedades de investimento, no ordenamento jurídico pátrio, deu-se na era Getúlio Vargas, com a edição do Decreto-lei nº 7.583, de 25 de maio de 1945, o qual dispôs sobre sociedades de crédito, financiamento ou investimento (registre-se que este Decreto-lei ainda é vigente).

Em 1957, foi constituído aquele que pode ser considerado o verdadeiro primeiro fundo de investimento do Brasil, denominado Crescimento, o qual era administrado pela Companhia de Empreendimento e Administração IBEC, subsidiária da americana International Basic Economy Corporation, baseada em Nova York (Pavia *apud* Carvalho, 2014, p. 32).

Em 1958, editou-se a Lei nº 3.470, a qual determinava que os fundos constituídos sob a forma de condomínio e administrados por sociedades de investimento não seriam considerados pessoas jurídicas para fins de imposto sobre a renda (Pavia, 2014, p. 33).

Ainda conforme Pavia (2014, p. 33), por meio da edição da Portaria nº 309 do Ministério da Fazenda, em 30 de novembro de 1959, enfim se regulamentaram as sociedades de crédito, financiamento e investimento, definindo-lhes as características gerais e o funcionamento, a competência e as atribuições.

Importa mencionar que o setor de fundos de investimento, sob uma perspectiva histórica de sua institucionalização, passou por muitas reformulações desde a publicação da Lei nº 4.728/1965.

Neste viés, a seção IX da Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/1965), a qual trata dos fundos de investimento, determinou que seria autorizado pelo Banco Central do Brasil o funcionamento das sociedades de investimento que tivesse por objeto “a administração de fundos em condomínio ou de terceiros, para aplicação nos termos do inciso anterior” (Brasil, 1965).

Contudo, em 14 de abril de 1970, por meio da Resolução nº 145 do Conselho Monetário Nacional, instituiu-se a figura do fundo de investimento, constituído sob a forma de condomínio

aberto, cuja administração deveria ser exercida por instituição financeira, por meio de mandato, outorgado pelos condônímos (Pavia, 2014, p. 36-37).

Félix Ruiz Alonso (1971, p. 65) assim descreveu as estruturas dos fundos de investimento à época:

A atividade de investimentos no Brasil, na atualidade, pode se realizar através de três formas jurídicas diferentes, a saber: sociedades de investimentos de capital fixo; sociedades de investimentos de capital autorizado e mediante fundos de investimento.

Saliente-se que outro avanço relevante no que se refere à regulamentação do setor foi a Resolução nº 1.779 da CMN, de 10 de julho de 1990, a qual determinou a obrigatoriedade de registro de títulos que compunham a carteira dos fundos no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) e no Sistema de Registro e de Liquidação Financeira de Títulos (Cetip), “in verbis”:

As instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil somente poderão admitir em suas respectivas carteiras, e naquelas relativas aos fundos por elas administrados, títulos públicos e privados devidamente registrados, conforme o caso, no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) ou no Sistema de Registro e de Liquidação Financeira de Títulos (Cetip), ou em qualquer outro sistema de custódia e de liquidação que venha a ser autorizado pelo Banco Central (BCB, 1990).

Registre-se, outrossim, que a partir da Lei nº 10.303/2001, que alterou a Lei nº 6.385/1976, a Comissão de Valores Mobiliários passou a regular todos os fundos de investimento.

Por fim, hodiernamente, a principal regulação de fundos de investimento no Brasil é a Resolução nº 175, de 23 de dezembro de 2022, a qual dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, bem como sobre a prestação de serviços para os fundos, no intuito de tornar mais claro para os investidores quais são os riscos e custos que eles podem incorrer ao investir em um fundo (Brasil, 2022).

Analisemos, doravante, o Fiagro.

2 DO FIAGRO

Inicialmente, nos termos do art. 1.368-C do Código Civil, bem como o art. 4º da Resolução nº 175 da CVM, os fundos de investimento são a comunhão de recursos, constituídos na forma de condomínio especial e voltados à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos (Brasil, 2002).

Entretanto, esses fundos ganharam uma nova dimensão com a publicação da Lei nº 14.130, de 29 de março de 2021, a qual instituiu o Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais – Fiagro (Brasil, 2021a).

O Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais - Fiagro muito se assemelha aos Fundos de Investimento Imobiliários em sua forma, tanto é que, não sem razão, a lei

inseriu os Fiagro's dentro da Lei nº 8.668/1993, a qual regulamenta os Fundos de Investimento Imobiliários (Brasil, 1993).

Assim, em suma, o Fiagro é um agrupamento de investidores que se propõe a investir no agronegócio brasileiro. No que se refere às modalidades de Fiagro, verifica-se que o art. 2º da Resolução nº 39 da CVM , a qual dispôs, de forma temporária e em caráter experimental, sobre o registro do Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais, instituiu três categorias, quais sejam, o Fiagro Direitos Creditórios, o Fiagro Imobiliário e o Fiagro Participações (Brasil, 2021).

O Fiagro Direitos Creditórios (Fiagro - FIDC) consiste em fundos de investimento voltados para a agroindústria que apliquem em direitos creditórios, constituído nos termos da Instrução nº 356 da CVM. O enfoque nesse grupo é fornecer crédito a preços acessíveis que correspondam com os valores específicos para o agronegócio (Brasil, 2001).

O Fiagro Imobiliário (Fiagro - FII) corresponde a fundos com ativos imobiliários, constituídos nos termos da Instrução nº 472 da CVM. Nesse grupo de ativos, o objetivo é financiar o investimento em terras agrícolas (Brasil, 2008).

O Fiagro Participações (Fiagro - FIP) compreende os fundos de investimento em participações em sociedade, constituídos nos termos da Instrução nº 578 da CVM. Nesse último grupo, encontram-se os ativos que representam a compra para a participação em empresas do setor agrícola (Brasil, 2016).

No que tange à sua constituição, o funcionamento do Fiagro depende de prévio registro na CVM, o qual será automaticamente concedido mediante o protocolo de alguns documentos e informações (Brasil, 2016).

Neste ínterim, em uma análise preliminar, no que se refere aos benefícios advindos com o Fiagro a alguns de seus “stakeholders”, depreende-se que há previsão de algumas vantagens ao fluxo de investimentos à atividade agroindustrial e, portanto, trata-se de um mecanismo de investimento coletivo no agronegócio, pelo qual é dado acesso aos poupadões em geral a oportunidade de adquirir recebíveis, títulos de dívida, imóveis e participação societária no setor.

No que tange à regulamentação do Fiagro, verifica-se que com a publicação da Lei nº 14.130, de 29 de março de 2021, instituiu-se o Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Brasil, 2021a).

Atualmente é a Resolução nº 39 da CVM que dispõe, de forma temporária e em caráter experimental, sobre o registro do Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Brasil, 2021b).

Contudo, no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, utiliza-se a Resolução nº 175 da CVM, de disposição geral aplicável a todos os Fundos de Investimento, o que traz maior segurança jurídica quanto à definição de classes dentro do fundo, responsabilidade patrimonial dos cotistas e responsabilidade de terceiros prestadores de serviço.

Importa mencionar que especificamente em relação ao Fiagro ainda não foi criada, até hoje, nenhuma Resolução ou Instrução permanente pela Comissão de Valores Mobiliários que normatiza o ato de constituição, como será a administração do fundo, informações quanto ao número de cotas a serem distribuídas e demais referências adicionais que sejam pertinentes aos investidores do mercado de capitais.

Assim, carecendo de regras específicas que lhe garantam aplicabilidade prática, o Fiagro emprestou disposições de Fundos de Investimento já conhecidos e experimentados pelo mercado.

Em relação à temática da Comissão de Valores Mobiliários, local onde se operacionaliza o Fiagro, salienta Ramos (2020, p. 397) que, no que tange à sua instituição normativa, “em 1976 a Lei 6.385 criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), inspirada na securities and Exchange Comission do direito norte-americano”.

E, nos termos do art. 5º da Lei 6.385/1976, é instituída a CVM, entidade autárquica em regime especial, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira e orçamentária (Brasil, 1976).

Neste viés, no Boletim CVM Agronegócio, de dezembro de 2023, relata-se que o crescimento observado para os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais foi de 103% (cento e três por cento), com o patrimônio líquido saltando de R\$ 10,5 bilhões de reais em dezembro de 2022 para R\$ 21,3 bilhões de reais em dezembro de 2023, o que sugere uma certa euforia, da parte dos investidores, com o Fiagro².

Neste ponto, infere-se que Sanches (2022, p. 55) possui razão ao afirmar que:

Através do FIAGRO as pessoas físicas poderão realizar o sonho de investir na cadeia agroindustrial, se atrelando ao segmento mais potente da nossa economia, bem como o mundo rural poderá acessar de forma rápida, desburocratizada e facilitada os recursos desses investidores, criando um círculo extremamente virtuoso para crescimento do país, nos mesmos moldes que já existe na construção civil, por meio dos Fundos Imobiliários (...).

Desta forma, é importante salientar que o mercado do agronegócio está em plena expansão e, no caso do Fiagro, pode ensejar tanto novas oportunidades como também novos riscos operacionais, situações que irão desafiar a CVM no que tange à normatização definitiva deste fundo de investimento em particular.

² COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Boletim CVM Agronegócio. B3, 2023. 5^a ed. de dez/2023. São Paulo: 2023, 24p. Disponível em: Boletim CVM Agronegócio: Edição 05/2023 — Comissão de Valores Mobiliários (www.gov.br). Acesso em 29 de julho de 2024.

3 DAS INOVAÇÕES DO FIAGRO EM RELAÇÃO AOS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIOS

Insta destacar que está inserido na realidade do agronegócio um novo instrumento de captação/oferta de recursos financeiros para investimentos, o qual possui algumas especificidades, isto é, em sua análise se deve levar em conta o fato de haver algumas diferenças importantes entre os tradicionais fundos de investimento imobiliário e o Fiagro.

Segundo Buranello (2024, p. 215), “passamos a ter no Fiagro um veículo de investimento coletivo no agronegócio, pelo qual é dado acesso aos poupadore em geral (...), atuando como um mecanismo de democratização do investimento financeiro no campo”.

E o autor continua a explicação, delimitando os benefícios ao produtor rural, bem como aos investidores, nos seguintes termos (Buranello, 2024, p. 216):

[...] Para o investidor, democratiza o acesso ao investimento em fazendas, dívidas de produtores, títulos de securitização e participação societária no capital de negócios em crescimento, efetivando a governança e a segurança jurídica. Para o produtor rural, diversifica as fontes de obtenção de recursos para investimentos na atividade agropecuária, democratizando o acesso ao dinheiro do mercado de capitais sem necessidade de intermediação de bancos tradicionais.

Neste viés, no que diz respeito à nomenclatura, os fundos de investimento são comumente chamados de FI's, enquanto os fundos de investimento na cadeia produtiva agroindustrial são denominados de Fiagros's.

Em relação às normas de regência, os FI's são regulados pela Lei nº 8.668/1993, de 25 de junho de 1993 e pela Instrução CVM nº 472, de 31 de outubro de 2008; lado outro, os Fiagros's foram instituídos pela Lei nº 14.130, de 29 de março de 2021 e são temporariamente regidos pela Resolução CVM nº 39, de 13 de julho de 2021.

Quanto à abrangência, os FI's abarcam os imóveis de um modo geral, enquanto que os Fiagros's se referem especialmente aos imóveis rurais. No que tange à distribuição de dividendos, os FI's são obrigados a distribuir 95% (noventa e cinco por cento) dos dividendos ao longo de um semestre; por outro lado; os Fiagros's não possuem esta obrigação legal.

Sobre esse assunto, assim narra Sanches (2022, p. 106-107):

[Os] FIAGRO's não estão obrigados a distribuir o mínimo de 95% do resultado caixa auferido no semestre, diferentemente do que acontece nos Fundos Imobiliários. Todavia, bom que se diga, a maioria absoluta dos FIAGRO's estão prevendo em regulamento que essa distribuição ocorra, e ainda de modo idêntico ao que se tornou *práxis* nos FII's: rendimentos mensais.

No que se refere à incidência do Imposto de Renda, no Fiagro, quando houver integralização do imóvel rural, há diferimento do IR; de outro modo, nos FI's, haverá incidência do IR.

Nas palavras de Sanches (2022, p. 106):

Os FIAGRO's permitem a integralização de imóveis no Fundo, sem a necessidade de pagar imposto de renda quando do momento do oferecimento do ativo, postergando essa tributação apenas para o momento da alienação de cotas, desde que o imóvel rural seja previamente avaliado por empresa especializada.

Buranello (2024, p. 237), ao mencionar as demandas por maior investimento no agronegócio, faz um apontamento sobre a questão da tributação diferenciada do Fiagro:

(...) o regime tributário do Fiagro salta aos olhos dos investidores, uma vez que a legislação, visando garantir maior uso do instrumento, optou por concentrar a tributação dos rendimentos e ganhos no nível dos cotistas, em regra, esses não serão tributados em sua carteira de rendimentos (não incidência do Imposto de Renda).

Outra diferença apontada por Takoi (2023, p. 282) é que “o FII só pode ser constituído sob a forma de condomínio fechado e o FIAGRO pode ser aberto ou fechado”. Quanto à sua constituição, há uma limitação nos FI's de participação no máximo em 25% (vinte e cinco por cento) de um incorporador/construtor; nos Fiagros's, não existe essa limitação de participação.

Salienta, nesse sentido, Sanches (2022, p. 107):

Outra diferença, essa mais sutil, mas também relevante, é a inexistência de limitação de participação de um único cotista com participação superior a 25% no Fundo, como acontece com os FII's (recentemente, o investidor de Fundos Imobiliários acompanhou uma problemática nesse sentido quanto ao FII ABCP11).

Outra inovação da Lei do Fiagro está no prazo mínimo de arrendamento, o qual consoante a alínea “b” do inciso XI do art. 95 do Estatuto da Terra c/c a alínea “a” do inciso II do art. 13 do Decreto nº 59.566/66, possui o prazo de 3 (três) anos nos casos em que ocorra atividade de exploração de lavoura temporária³.

3 Art. 95. **Quanto ao arrendamento rural**, observar-se-ão os seguintes princípios:

[...]

XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, **constarão dos contratos de arrendamento**:

[...]

b) **prazos mínimos de arrendamento** e limites de vigência para os vários tipos de atividades agrícolas;

[...]

Art 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber:

[...]

II - Observância das seguintes normas, visando a conservação dos recursos naturais:

a) **prazos mínimos**, na forma da alínea “b”, do inciso XI, do art. 95 e da alínea “b”, do inciso V, do art. 96 do Estatuto da Terra;

- de 3 (três), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura temporária e ou de pecuária de pequeno e médio porte; ou em todos os casos de parceria;

- de 5 (cinco), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura permanente e ou de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias primas de origem animal;

- de 7 (sete), anos nos casos em que ocorra atividade de exploração florestal; (**grifos nossos**)

Por outro lado, na Lei nº 14.130/2021, a Lei do Fiagro, a qual alterou a Lei nº 8.668/1993, têm-se que o prazo mínimo de arrendamento do imóvel rural é estabelecido de 6 (seis) meses e o máximo de 1 (um) ano⁴.

Depreende-se, das supramencionadas legislações, que há uma discrepância na exigência de no mínimo seis meses e no máximo um ano para a desocupação pelo arrendatário descumpridor de sua obrigação no contrato de Fiagro, em contraponto ao Estatuto da Terra - Lei nº 4.504/1964, com prazo mínimo de três anos para exploração de atividade temporária (Sanches, 2022, p. 107-108).

Nesse cenário, Takoi (2023, p. 280-281) assim se pronunciou sobre o assunto:

Os FIAGRO poderão arrendar ou alienar os imóveis rurais que venham a adquirir, sendo que no caso de arrendamento de imóvel rural prevalecerão as condições livremente pactuadas no respectivo contrato, ressalvado que, na falta de pagamento dos valores devidos pelo arrendatário, eventual determinação judicial de desocupação coincidirá com o término da safra que esteja plantada na época do inadimplemento, quando aplicável, respeitado o prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 1 (um) ano.

No que tangencia o Estatuto da Terra, o prazo mínimo do contrato poderia ser compreendido como uma norma de caráter cogente e imperativo e, desta forma, não poderia ser alterado pela livre vontade das partes. De acordo com o entendimento de Borges (1983, p. 127), denota-se que:

O prazo mínimo é estabelecido principalmente para evitar o mau uso da terra. Quem toma a terra, em arrendamento ou parceria, por um ano só, quererá tirar todo proveito imediato. e muitos não se importarão de fazer uso predatório, porque a terra arruinada, amanhã, não estará mais em suas mãos. se o usuário da terra, porém, a tem por tempo mais alongado, com possibilidade legal de renovar o contrato, é evidente que pensará no proveito imediato e no proveito mediato, e, assim, despovoará a terra de pragas, hoje, para tê-la despovoada da mesma praga no futuro, em seu benefício. Conservará sua fertilidade hoje, para tê-la fértil amanhã.

No entanto, importa mencionar que há jurisprudência pátria no sentido de se afastar o comando legal, prevalecendo o que foi livremente pactuado entre as partes no que se refere ao prazo mínimo do arrendamento rural, senão vejamos:

ESTATUTO DA TERRA - CONTRATOS AGRÍCOLAS - PRAZO MÍNIMO. Nos contratos agrícolas, o prazo legal mínimo pode ser afastado pela convenção das partes. Decreto regulamentador não pode limitar, onde a Lei não o fez. O Art. 13, II, a, do Dec. 59.566/66 não se afina com o Art. 96 da Lei 4.504/64. (REsp 806.094/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2006, DJ de 18/12/2006). (grifos nossos).

⁴ Art. 20-A. Ficam instituídos os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas do Agronegócio (Fiagro), a serem constituídos sob a forma de condomínio de natureza especial destinado à aplicação, isolada ou conjuntamente, em: [...]

§ 2º No arrendamento de imóvel rural pelos Fiagro, prevalecerão as condições livremente pactuadas no respectivo contrato, ressalvado que, na falta de pagamento dos valores devidos pelo arrendatário, eventual determinação judicial de desocupação coincidirá com o término da safra que esteja plantada na época do inadimplemento, quando aplicável, respeitado o prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 1 (um) ano. (grifos nossos)

Assim, prevalece uma certa dúvida acerca de qual entendimento seguir, o jurisprudencial ou o legal, no que tange ao prazo mínimo dos contratos de arrendamento rural com base no Estatuto da Terra.

Não adentrando no mérito e nas causas que levaram o legislador a implementar um prazo diferenciado para a desocupação de imóvel rural, nos casos de arrendamento rural, questiona-se se a Lei do Fiagro não revogou tacitamente o prazo mínimo elencado no Estatuto da Terra, assim como se haveria a possibilidade de se utilizar essa nova normatização de modo análogo aos contratos já vigentes.

De igual modo, prevê a Lei do Fiagro que “prevalecerão as condições livremente pactuadas no respectivo contrato”, o que vai de encontro ao Estatuto da Terra, o qual possui, como explicado anteriormente, um dirigismo estatal em sua essência.

No mesmo sentido, prevê o Código Civil Brasileiro⁵, o qual é aplicado de forma subsísária ao Estatuto da Terra, que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, ou seja, prevalece o princípio da autonomia entre as partes contratantes.

Dito de outro modo, quando há a prevalência do princípio da autonomia privada nos contratos agrários, diante da exclusão do princípio da justiça social, interpreta-se sob um novo ângulo a validade e eficácia de cláusulas contratuais pactuadas em contratos de arrendamento, viabilizando-se, por conseguinte, a possibilidade de se celebrar contratos rurais com prazos inferiores aos previstos no regulamento do Estatuto da Terra.

Desta forma, infere-se que nestes casos, passar-se-ia a haver uma interpretação do contrato de arrendamento rural de modo similar a comumente conferida aos contratos empresariais, com prevalência das normas de interpretação dos artigos 112 e 113 do Código Civil Brasileiro⁶.

Noutro viés, verifica-se que o princípio da função social do contrato, foi alçado a preceito de ordem pública pelo Código Civil, de acordo com o art. 2.035, parágrafo único⁷.

Pontua-se, dessa forma, que sendo preceito de ordem pública, o princípio da função social do contrato não pode ser mitigado, motivo pelo qual, por ser regra aplicável a qualquer tipo de contrato, abarca inclusive os agrários.

Em relação aos contratos agrários, pelo entendimento da doutrina majoritária, já se vislumbra como praticamente inquestionável a força cogente dos preceitos legais em toda a sua amplitude

5 Art. 421. 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.

6 Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

7 Art. 2.035.....

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

normativa, principalmente em razão do art. 2º do Decreto nº 59.566/66, segundo o qual “todos os contratos agrários reger-se-ão pelas normas do presente Regulamento, as quais serão de obrigatória aplicação em todo o território nacional e irrenunciáveis os direitos e vantagens nelas instituídos”.

E, de igual modo, em virtude do preceito insculpido em seu parágrafo único, o qual prevê ser “qualquer estipulação contratual que contrarie as normas estabelecidas neste artigo, será nula de pleno direito e de nenhum efeito”.

A fim de exemplificar o posicionamento da doutrina, apresenta-se as seguintes narrativas:

Já nos contratos agrários, não existe esta plenitude de vontade. As partes são tuteladas pela lei do Estado, representadas pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto n. 59.566/66. [...] sequer podem dispor ou renunciar os direitos que estes dispositivos legais preveem. [...] Os contratantes deverão cumprir a vontade do legislador⁸. (grifos nossos)

As cláusulas obrigatórias criadas pelo Estatuto da Terra para a parceria e arrendamento, não podem ser postergadas ou modificadas pela vontade das partes sob pena de ineficácia, isto é, essas regras legais devem ser observadas e cumpridas, porque são de interesse social⁹. (grifos nossos)

Ademais, consoante Thaís Letícia dos Santos¹⁰ (*apud* Sanches, 2022, p. 108-111), o Estatuto da Terra é uma legislação bastante protecionista ao arrendatário, com prazos muito mais amplos, “in verbis”:

O Estatuto da Terra regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, além disso, importante mencionar ainda o Decreto 59.566/66, que regula os contratos agrários típicos, arrendamento e parceria rural. Tais legislações adotam um segmento protecionista aos arrendatários e preveem prazos que não são observados pela legislação que versa sobre o FIAGRO.

Veja-se, o Estatuto da Terra prevê, basicamente, prazos de três anos em caso de arrendamento para exploração de lavoura temporária ou pecuária de pequeno e médio portes, prazo de cinco anos em caso de exploração de lavoura permanente ou pecuária de grande porte e prazo de sete anos em caso de atividade de exploração florestal.

Tais prazos, tidos como vantagens, são direitos irrenunciáveis. Além disso, são irrenunciáveis as cláusulas em contratos de arrendamento tidas como de ordem pública, que versam sobre, além dos prazos, pagamento, preço, preferência do arrendatário, extinção e despejo. Ou seja, não há prevalência da livre pactuação, ao contrário do que sugere as inserções dadas pela Lei 14.130/2021.

A partir desta interpretação, indaga-se se do confronto entre a legislação do Fiagro e o Estatuto da Terra devem prevalecer a autonomia privada, os usos, os costumes, os interesses tanto dos arrendantes, quanto dos arrendatários ou, lado outro, se prevalecerão a intervenção estatal e, consequentemente, o dirigismo contratual no tocante à função social do contrato.

8 BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p.118

9 BORGES, Antonio Moura. **Curso completo de direito agrário**. 4ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2012, p. 473

10 SANTOS, Thaís Letícia dos. **FIAGRO e a aplicação do Estatuto da Terra**. Disponível em: <https://tahech.com/artigo/fiagro-e-a-aplicacao-do-estatuto-da-terra/>. Acesso em 15/07/2024.

Nesse contexto, conclui-se que o Fiagro trouxe inovações interessantes ao agronegócio e ao mercado de capitais. Também se demonstra que é importante uma reinterpretação da realidade socioeconômica do agronegócio na atualidade, o que vem ao encontro dos anseios da cadeia produtiva do agronegócio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, constatou-se que, a principal regulação de fundos de investimento no Brasil é a Resolução nº 175, de 23 de dezembro de 2022, a qual dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, bem como sobre a prestação de serviços para os fundos.

Com a publicação da Lei nº 14.130, de 29 de março de 2021, a qual instituiu o Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais – Fiagro, esses fundos de investimentos ganharam uma nova dimensão, em razão desta legislação ter promovido inovações interessantes ao agronegócio e ao mercado de capitais.

Analisa-se o tema sob uma perspectiva jurídica, perpassando pela regulamentação do dos fundos de investimento imobiliários, bem como do Fiagro, suas inovações no ordenamento jurídico pátrio, suas características e tratamentos tributários.

No campo das diferenciações, no que diz respeito à nomenclatura, os fundos de investimento são comumente chamados de FI's, enquanto os fundos de investimento na cadeia produtiva agroindustrial são denominados de Fiagros's.

De igual modo, percebeu-se que, em relação às normas de regência, os FI's são regulados pela Lei nº 8.668/1993, de 25 de junho de 1993 e pela Instrução CVM nº 472, de 31 de outubro de 2008; lado outro, os Fiagros's foram instituídos pela Lei nº 14.130, de 29 de março de 2021 e são temporariamente regidos pela Resolução CVM nº 39, de 13 de julho de 2021.

Quanto à abrangência, verificou-se que os FI's abarcam os imóveis de um modo geral, enquanto que os Fiagros's se referem especialmente aos imóveis rurais. Outrossim, observou-se que, no que tange à distribuição de dividendos, os FI's são obrigados a distribuir 95% (noventa e cinco por cento) dos dividendos ao longo de um semestre; por outro lado; os Fiagros's não possuem esta obrigação legal.

No que se refere à incidência do Imposto de Renda, depreendeu-se que no Fiagro, quando houver integralização do imóvel rural, há diferimento do IR; de outro modo, nos FI's, haverá incidência do IR.

Pontuou-se que, quanto à sua constituição, há uma limitação nos FI's de participação no máximo em 25% (vinte e cinco por cento) de um incorporador/construtor; nos Fiagros's, não existe essa limitação de participação. Igualmente, o FII só pode ser constituído sob a forma de condomínio fechado e o Fiagro pode ser aberto ou fechado.

Ademais, averiguou-se que outra inovação da Lei do Fiagro está no prazo mínimo de arrendamento, cuja exigência é de no mínimo seis meses e no máximo um ano para a desocupação pelo arrendatário descumpridor de sua obrigação no contrato de Fiagro, em contraponto ao Estatuto da Terra - Lei nº 4.504/1964, com prazo mínimo de três anos para exploração de atividade temporária.

Em razão de não haver entendimento jurisprudencial e doutrinário atual sobre o tema, questionou-se se do confronto entre a legislação do Fiagro e o Estatuto da Terra devem prevalecer a autonomia privada, os usos, os costumes, os interesses tanto dos arrendantes, quanto dos arrendatários ou, lado outro, se prevalecerão a intervenção estatal e, consequentemente, o dirigismo contratual no tocante à função social do contrato.

Registre-se, noutro giro, que o Fiagro também possui um impacto fiscal positivo nas contas públicas, ainda que indireto, por incrementar o financiamento privado do setor agropecuário, permitindo, desta forma, no longo prazo a redução da subvenção ao setor agropecuário nacional de forma gradativa.

Assim, no que tange à demanda de capital, o Fiagro é um importante mecanismo que traz fluidez no agronegócio brasileiro através do mercado de capitais, oferecendo aos cotistas uma maior leque de ativos para uma eventual e futura aquisição, bem como uma nova fonte de investimentos ao produtor rural, assegurando-lhes o capital necessário para a manutenção e o desenvolvimento da atividade.

Concluiu-se, por fim, que o Fiagro materializa mais um instrumento de financiamento privado no setor do agronegócio e que, neste contexto, é importante uma reinterpretação da realidade socioeconômica do agronegócio na atualidade, o que vem ao encontro dos anseios da cadeia produtiva do agronegócio.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Félix Ruiz. **Os fundos de investimento.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 10, nº 1, São Paulo: Ed. RT, 1971.

BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimento.** São Paulo: Max Limonad, 1956.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução no 1.779 da CMN, de 20 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a obrigatoriedade de registro no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) e no sistema de registro e de Liquidação Financeira de Títulos (Cetip). BCB, 1990.

BORGES, Antonio Moura. **Curso completo de direito agrário.** 4ª ed. Campo Grande: Contemporânea, 2012.

BRASIL. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 28 de julho de 2024.

_____. Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm. Acesso em: 29 de julho de 2024.

_____. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: L6385cons (planalto.gov.br). Acesso em: 30 de julho de 2024.

_____. **Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993.** Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: L8668 (planalto.gov.br). Acesso em 26 de julho de 2024.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução nº 356, de 17 de dezembro de 2001.** Regulamenta a constituição e o funcionamento de fundos de investimento em direitos creditórios e de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em direitos creditórios. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001. Disponível em: Instrução CVM 356. Acesso em 28 de julho de 2024.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em 29 de julho de 2024.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução nº 472, de 31 de outubro de 2008.** Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário – FII. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2008. Disponível em: Instrução CVM 472. Acesso em 27 de julho de 2024.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução nº 578, de 30 de agosto de 2016.** Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: Instrução CVM 578. Acesso em 30 de julho de 2024.

_____. **Lei nº 14.130, de 29 de março de 2021.** Altera a Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, para instituir os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro), e a Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. 2021a. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: L14130 (planalto.gov.br). Acesso em 28 de julho de 2024.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução nº 39, de 13 de julho de 2021.** Dispõe, de forma temporária e em caráter experimental, sobre o registro do Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais. 2021b. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: Legislação (cvm.gov.br). Acesso em 30 de julho de 2024.

. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução nº 175, de 23 de dezembro de 2022.** Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento, bem como sobre a prestação de serviços para os fundos, e revoga as normas que especifica. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: Legislação (cvm.gov.br). Acesso em 29 de julho de 2024.

BURANELLO, Renato. **Mercado, instituições e direito dos sistemas agroindustriais.** 1^a ed. São Paulo: Quartier Latim, 2024.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Boletim CVM Agronegócio.** B3, 2023. 5^a ed. de dez/2023. São Paulo: 2023, 24p. Disponível em: boletim-cvm-agronegocio-ed5-dez2023.pdf (www.gov.br). Acesso em 26 de julho de 2024.

FERREIRA, Waldemar. Palavras iniciais. In: Peter Ashton. **Companhias de investimentos.** Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1963.

PAVIA, Eduardo Cherez. **Fundos de investimento: estrutura jurídica e agente de mercado como proteção do investimento privado.** 2014. 183 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial: volume único.** 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **O trust e o direito brasileiro.** São Paulo: LTr, 1996.

SANCHES, Bernardo. **Introdução aos FIAGRO: conheça a maneira mais inteligente de investir no agronegócio.** 1^a ed. Araraquara: Ed. do Autor, 2022.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários sobre fundos de investimento imobiliário e o FIAGRO (Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais) e seu tratamento tributário.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 152, p. 275-290, 2023.

Como citar: KREITLOW, Leandro; JACOB, Muriel Amaral. Inovações no agronegócio: quais as novidades do fiagro em relação aos fundos de investimentos imobiliários tradicionais?. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p.80-94, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p80-94. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 18/09/2024

Aprovado em: 01/11/2024

CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT & CONSTRUCTION (EPC): ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

THE ENGINEERING, PROCUREMENT & CONSTRUCTION CONTRACT (EPC): LEGAL AND REGULATORY ASPECTS IN THE BRAZILIAN SYSTEM.

Danylo Oliveira de Moraes*
Marcus Elidius Michelli de Almeida**

COMO CITAR: MORAIS, Danylo Oliveira de; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Contrato de engineering, procurement & construction (epc): aspectos jurídicos e regulatórios no ordenamento brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 95-114, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p95-114. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A evolução dos modelos contratuais adotados na Indústria da Construção Civil e a adaptação às melhores práticas internacionais são essenciais para o fortalecimento da segurança jurídica e o desenvolvimento econômico, e ensejam maior eficiência, mitigação de conflitos e melhoria na qualidade dos projetos. Este estudo analisa o Contrato de *Engineering, Procurement & Construction* (EPC) no ordenamento jurídico brasileiro, e promove uma abordagem por meio de revisão bibliográfica sobre os principais aspectos jurídicos e regulatórios desse instrumento contratual complexo, ampla e mundialmente utilizado para estabelecer obrigações dos contraentes para a implantação de grandes empreendimentos.

Palavras-chave: engineering; procurement & construction; contrato EPC; construção civil.

Abstract: The evolution of contractual models adopted in the Construction Industry and the adaptation to international best practices are essential for strengthening legal certainty and economic development, and they lead to greater efficiency, conflict mitigation, and improvement in project quality. This study analyzes the *Engineering, Procurement & Construction* (EPC) Contract within the Brazilian legal framework, and provides an approach through a literature review on the main legal and regulatory aspects of this complex contractual instrument, which is widely used worldwide to establish the obligations of the parties involved in the implementation of large projects.

Keywords: engineering; procurement & construction; EPC contract; civil construction.

INTRODUÇÃO

O contrato de *Engineering, Procurement & Construction* (EPC) representa um dos modelos mais avançados e amplamente adotados na execução de projetos complexos e de grande porte em diversos setores industriais, incluindo infraestrutura, energia, petróleo e gás, e manufatura. Esse modelo de contrato, que integra as fases de engenharia, aquisição e construção, tem suas origens nos países com mercados industriais altamente desenvolvidos e, ao longo das últimas décadas, tornou-se uma prática comum em projetos globais devido à sua eficiência e capacidade de mitigação de riscos.

O desenvolvimento econômico introduz, na prática comercial e industrial, novas técnicas contratuais cada dia mais complexas e que muitas vezes podem carecer de disposições legais que as regulamentem especificamente. Além de dispor sobre a relação entre as partes para alcançar determinado objeto, o contrato tem a função de definir as responsabilidades, obrigações e direitos envolvidos nessa relação, estabelecendo os limites objetivos e subjetivos do negócio jurídico.

O presente artigo se propõe a classificar os contratos de *engineering*, especialmente o EPC, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e promover uma abordagem por meio de revisão bibliográfica sobre os principais aspectos desse instrumento contratual.

O gênero “contrato de *engineering*” engloba diversos tipos de contratos que têm como objetivo a execução, direta ou indireta, de uma obra. Dentro dessa categoria, encontram-se contratos típicos, como os de empreitada, e contratos atípicos, como contrato de EPC que é objeto de estudo do presente trabalho.

No Brasil, a adoção do modelo EPC ganhou relevância especialmente após a década de 1990, com a abertura econômica e o aumento da participação do setor privado em projetos de infraestrutura. Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1992), um dos primeiros autores brasileiros a publicar trabalho científico sobre o contrato de *engineering*, já havia constatado a recorrência deste instrumento no direito brasileiro.

Grandes projetos, como a construção de usinas hidrelétricas e termoelétricas, além de obras de infraestrutura de transporte, frequentemente utilizam o modelo EPC para garantir eficiência e cumprimento de prazos e custos.

A principal vantagem do contrato EPC é a alocação clara de responsabilidades e riscos, onde o contratante (cliente) transfere a maior parte dos riscos técnicos e de execução para o contratado (empreiteira). Isso proporciona ao cliente maior segurança em termos de prazo, custo e qualidade, além de simplificar a gestão do projeto com um único ponto de contato. A abordagem integrada também pode resultar em maior eficiência e economia de custos, pois permite a otimização dos processos e a redução de interfaces entre diferentes fases e contratados.

Contudo, a desvantagem potencial do modelo EPC reside no seu custo inicial elevado e na necessidade de uma negociação contratual complexa e detalhada. Além disso, o sucesso do EPC

depende fortemente da capacidade técnica e financeira do contratado, o que torna essencial a escolha de parceiros altamente qualificados.

Embora o modelo EPC ofereça numerosas vantagens, sua implementação no Brasil enfrenta desafios específicos. A burocracia, a complexidade regulatória e a volatilidade econômica são fatores que podem impactar negativamente os projetos EPC. Adicionalmente, a necessidade de capacitação técnica e a seleção criteriosa de contratados são essenciais para mitigar riscos e assegurar o sucesso dos empreendimentos.

Com a crescente demanda por modernização e expansão da infraestrutura, o contrato EPC tem um papel vital no futuro desenvolvimento do Brasil. As tendências indicam um aumento na utilização deste modelo, especialmente em projetos que requerem alta precisão técnica e gerenciamento eficaz de riscos. A adaptação contínua às melhores práticas internacionais e o fortalecimento das capacidades locais são cruciais para o aprimoramento da aplicação do EPC no Brasil.

1 PRINCIPAIS MODELOS DE CONTRATAÇÃO NA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO

Com a eclosão da Revolução Industrial e o aumento da complexidade dos empreendimentos houve mudança significativa na escala e na natureza dos projetos de engenharia. Até meados do Século XIX, os *masterbuilders* ou mestres construtores, desempenhavam um papel central na realização de obras, concentrando-se principalmente na parte técnica do projeto, sem assumir a responsabilidade pela execução, gestão, organização e custos efetivos da obra contratada.

A partir do Século XIX, buscando maior eficiência na execução e previsibilidade em relação as obras de engenharia pesada, as atividades construtivas foram centralizadas e passaram a ser executadas unicamente pela figura do *General Contractor*, exceto pela elaboração do projeto que ainda era de responsabilidade do projetista.

Ao longo dos anos a indústria da construção tem experimentado um notável aperfeiçoamento nos modelos de contratação e tal evolução reflete a busca constante por eficiência, redução de riscos e melhoria na qualidade dos projetos. Os modelos de contratação têm se adaptado às demandas econômicas, tecnológicas e legais cada vez mais complexas, moldando a forma como os empreendimentos são planejados, executados e entregues.

Neste sentido Valfredo de Assis Ribeiro Filho (2008, p. 68) define o modelo de contratação de um empreendimento (*project delivery*) como “o mecanismo usado por uma empresa para organizar e financiar o projeto, a construção, a operação e a manutenção de um empreendimento, envolvendo os instrumentos de acordo entre as partes”.

O modelo de contratação convencional, também conhecido como *Design-Bid-Build* (DBB), é um dos mais antigos e amplamente utilizados na indústria da construção. Nas palavras de Júlio Cesar Bueno (2012, p. 63-64) é definido como:

O sistema contratual *Design-Bid-Build* (também conhecido como DBB ou Design-Tender) é o mais tradicionalmente adotado no Brasil na área pública. É estabelecido por meio de etapas escalonadas e bem definidas de implantação do empreendimento, iniciando-se com a elaboração do projeto sob a responsabilidade do empreendedor (*design*), seguindo-se com o recebimento e a análise de propostas licitatórias (*bid*) e concluindo-se pela adjudicação de uma das propostas e a execução da construção (*build*). Nesse caso, o empreendedor é responsável pelo projeto, pela compra dos equipamentos e pelo gerenciamento da execução, sendo, em última análise, responsável também pelo gerenciamento das diversas interfaces do empreendimento e pelos principais riscos envolvidos. O projetista, atuando sempre em nome do empreendedor, orientará e auxiliará a construtora na fase de construção, de sua única e exclusiva responsabilidade. A gestão dos empreendimentos *Design-Bid-Build* é feita através de contratações individualizadas, sendo os custos calculados com base nos quantitativos finais e valores unitários aprovados.

Este modelo oferece uma clara separação de responsabilidades, o que pode facilitar a gestão e a fiscalização do projeto. No entanto, a DBB é frequentemente criticada por seus longos prazos de execução e a propensão a conflitos entre as partes envolvidas devido à falta de integração entre as fases de design e construção¹.

Como forma de resposta à necessidade de maior eficiência e integração no processo de construção, foi criado o modelo denominado *Design-Build* (DB) que se caracteriza por uma única empresa, ou consórcio, ser responsável por todas as etapas do projeto, desde o design até a entrega final. A concentração das responsabilidades em um único agente é denominada pela doutrina como *single point responsibility* (Alves, 2021).

Ao analisar o quadro evolutivo das modalidades de contratação, Marcelo Alencar Botelho de Mesquita (2019, p. 38) destaca:

A indústria da construção busca, então, novos métodos de contratação em prol de maior eficiência, e entre as formas de isto alcançar está a concentração de maiores responsabilidades na pessoa do empreiteiro, com o que se cria, ao lado de outros regimes, o chamado *design-build*. Por ele, reúnem-se na pessoa do contratado as atividades de elaboração do projeto e de execução das obras, talvez a maior transformação da indústria da construção nos últimos tempos.

Para Lie Uema do Carmo (2012, p. 99), no modelo DB “o proprietário contrata uma única pessoa para projetar e construir o projeto”, sendo admitidas algumas variações “com o construtor ou engenheiro sendo o principal contratado e subcontratando o arquiteto, ou vice-versa, ou ainda com a formação de *joint ventures* entre esses especialistas”.

Por sua vez, o *project finance* é uma metodologia para obter financiamento de dívida de longo prazo para grandes empreendimentos, por meio de uma “engenharia financeira” que se baseia em empréstimos garantidos pelo fluxo de caixa gerado exclusivamente pelo projeto. Esse método depende de uma avaliação detalhada dos riscos associados à construção, operação e geração de

¹ Jason Peterson (2006) analisou o famoso caso Big Dig, megaprojeto rodoviário feito em Boston entre os anos de 1982 a 2007, que teve diversos problemas como atrasos, custos excessivos, vazamentos.

receitas do projeto, e da distribuição desses riscos entre investidores, credores e outras partes envolvidas, por meio de acordos contratuais e outros mecanismos (Yescombe, 2013).

Carvalho e Castro (2016, p. 32) explicam que “em tais transações, o emprestador é geralmente pago exclusivamente pelos recursos gerados pelo contrato para os outputs do projeto, como a eletricidade vendida por uma usina”. Diferente de outras formas de financiamento, que geralmente dependem do balanço patrimonial e dos ativos da empresa patrocinadora, o *project finance* isola os riscos e benefícios do projeto em uma entidade separada, normalmente uma Sociedade de Propósito Específico - SPE.

No âmbito do contrato de *Engineering, Procurement & Construction* (EPC), o *project finance* oferece uma solução eficaz para o financiamento de grandes empreendimentos, combinando a alocação estratégica de riscos com a garantia de fluxos de caixa futuros. A estrutura integrada e a responsabilidade abrangente do EPC, que será abordada em capítulo próprio, complementam perfeitamente os princípios do *project finance*, proporcionando segurança e eficiência tanto para os patrocinadores quanto para os financiadores. Essa sinergia é fundamental para a viabilidade e sucesso de projetos de infraestrutura complexos e de grande porte, tanto no Brasil quanto em nível global².

A contratação de obras públicas de infraestrutura no Brasil é regida por um conjunto complexo de leis e regulamentos com aplicabilidades distintas, destinados a garantir a transparência, eficiência e legalidade dos processos de licitação e execução, destacando-se os dispositivos vigentes das Leis nos 14.133/21, 12.462/2011, 13.303/2016 e Decreto nº 2.745/1998.

Visto que, sob a égide da Lei nº 8.666/1993 (revogada pela Lei nº 14.133/21), não era permitida a adoção do modelo DB para execução de obras, o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás (disciplinado pelo Decreto nº 2.745/1998) viabilizou-a mediante a criação de um novo regime de contratação. No Regime de Contratação Integrada, admite-se expressamente que o contratado também seja responsável pela elaboração do projeto básico.

A elaboração de uma norma específica para regular as contratações da Petrobrás tem sua razão de ser na promulgação da Lei nº 9.478/1997, que extinguiu o monopólio da estatal no petróleo brasileiro. Com isso, permitiu-se o surgimento de um ambiente de livre mercado, no qual a Petrobrás precisaria concorrer com outras empresas petrolíferas. Para tanto, foi editado o Decreto nº 2.745/1998, que buscava modernizar as normas reguladoras dos procedimentos de contratação da estatal, de modo a deixá-lo mais ágil e com melhores condições competitivas.

O Regime Diferenciado de Contratações Públcas - RDCP, por sua vez, foi criado em virtude da necessidade de realização de obras de grande vulto para atendimento a esportivos mundiais (Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016). O Regime de Contratação Integrada foi também previsto na Lei nº. 12.462/2011, que criou o RDCP.

2 Sugestão de leitura complementar em Costa (2022).

A Lei do RDCP causou diversos debates à época de sua criação, sobretudo quanto à constitucionalidade do regime de contratação integrada sendo objeto de ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.645, ajuizada em 28/08/2011 e da ADI 4.655, ajuizada em 09/09/2011. A Lei de Licitações nº 14.133/21 revogou grande parte dos dispositivos estabelecidos na Lei RDC.

Combinando previsões da Lei nº 8.666/1993, do Regime Licitatório Simplificado da Petrobras e da Lei do RDCP (Lei nº. 12.642/2011), a Lei nº. 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios previu o Regime de Contratação Integrada em seus artigos 42 e 43.

A Lei nº. 13.303/2016 regulou com detalhes as hipóteses em que a utilização da contratação integrada é permitida, bem como as especificidades do instrumento convocatório e dos orçamentos a serem apresentados pelos concorrentes. A contratação integrada é a modalidade contratual que foi especificamente criada para dar veste jurídica às contratações da Administração Pública sob o modelo de escopo do DB.

As Parcerias Público-Privadas (PPP) têm ganhado destaque como um modelo de eficaz para a realização de grandes projetos de infraestrutura, especialmente em países em desenvolvimento. Neste tipo de contratação, o setor público e privado colaboram, onde o setor privado assume a responsabilidade pela construção, financiamento e operação de um projeto, enquanto o setor público fornece suporte regulatório e, muitas vezes, financeiro³. As PPPs permitem que os governos realizem projetos de infraestrutura essenciais sem sobrecarregar os recursos públicos, aproveitando a eficiência e inovação do setor privado. No entanto, a transferência para a iniciativa privada deve ocorrer mediante devida comprovação técnica lastreada em estudos especializados, e o sucesso das PPPs depende de contratos bem estruturados e de uma gestão eficaz dos riscos.

A evolução dos modelos de contratação na indústria da construção reflete a busca contínua por eficiência, redução de riscos e melhoria na qualidade dos projetos. Desde os modelos tradicionais aos mais contemporâneos, tais como o *Design-Bid-Build*, *Design-Build*, *Project Finance* e Parcerias Público-Privadas, há vantagens, desvantagens e desafios específicos que devem ser cuidadosamente sopesados na escolha do método mais adequado para cada projeto.

2 O CONTRATO DE ENGINEERING, PROCUREMENT & CONSTRUCTION (EPC)

Ao longo do século XX, em vez de estagnar no conceito de *design-build*, a tendência de concentração de responsabilidades na figura do construtor culminou nos atuais contratos de *engineering*. A evolução indica que o próprio contrato de execução de obras e o construtor, ao longo dos séculos, adquiriram novas obrigações e responsabilidades. Isso inclui a elaboração de projetos

³ Sugere-se a leitura complementar em: Nakamura (2019).

no modelo *Design-Build*, o fornecimento de equipamentos, a incorporação de tecnologia e treinamento, e posteriormente, a aceitação de maiores incertezas (Mesquita, 2019, p. 66).

O EPC, acrônimo para a expressão “*Engineering, Procurement and Construction*”, também denominado como EPIC⁴ ou DPC⁵, é uma espécie de *design-build* originário de países anglo-saxões, cujo desenvolvimento foi significativamente impulsionado na década de 1980, principalmente pelo setor de construção da indústria petrolífera. Seu surgimento é atribuído como meio alternativo para oferecer maior eficiência às contratações que eram normalmente realizadas até então, sendo comum à época a múltipla contratação (e, portanto, múltiplos contratos a serem administrados) feita diretamente pelo proprietário do empreendimento (Carmo, 2012, p. 101).

Joseph A. Huse (2002, p. 2) esclarece que o método *turnkey* é frequentemente referido como *Engineering, Procurement and Construction* (EPC), especialmente no contexto de *project finance*, o que demonstra a correlação dos referidos institutos.

A nomenclatura EPC é frequentemente associada às expressões *Turnkey* e *Lump Sum*. *Turnkey*, que pode ser traduzida por “virar a chave”, abrange a fase de comissionamento, garantindo que a planta esteja pronta para operar imediatamente após a conclusão da obra. *Lump Sum* refere-se a uma quantia total, que define a forma de remuneração. Embora seja comum que a contratação de grandes projetos ocorra na modalidade EPC Turnkey Lump Sum, essas três características não coexistem necessariamente (Ribeiro Filho, 2008).

Marcelo Alencar Botelho de Mesquita (2019, p. 28) ao estudar sobre o tema constatou que “não há, assim, designação universal, em prejuízo da exata compreensão do tipo contratual e, sobretudo, da identificação das características e dos elementos que diferenciam esses ajustes entre si e dos demais contratos de obra”. O autor destacou expressões sobre o negócio celebrado por meio do EPC utilizadas pela doutrina ao redor do mundo, tais como: *turnkey*, *package deal*, *design-build*, *clé en main*, *essemblier*, *appalto turnkey*, *chiavi em mano*, *llave en mano*, *chave na mão*, *commercial engineering* e *engineering clé en main*.

No Brasil o desenvolvimento dos contratos de grandes obras e equipamentos industriais é associado à tendência mundial protecionista das décadas de 1960 e 1970, entendida como política

4 Neste sentido, Joop Halman e Bernadette Braks (1999, p. 71): At the beginning of the eighties, a new contracting concept was developed: EPIC (Engineering, Procurement, Installation and Construction). Under this concept, the exposure of the interfacing and window setting between individual contractors was subdelegated to one particular main contractor, who in turn subcontracted the various work packages to the discipline subcontractors.

5 Neste sentido, E. R. Yescombe (2013, p. 164): “In the conventional contracting procedure for a major project, the project developer, or a Contracting Authority uses an architect and/or consulting engineer to draw up the design for the project, with detailed drawings, bill of quantities, etc., based on which a bid for the construction is invited: any specific equipment required is procured separately. But even if the Sponsors or Contracting Authority have the experience to arrange the work under separate contracts and coordinate different responsibilities between different parties, this is not usually acceptable to lenders in project finance who want there to be “one-stop” responsibility for completing the project satisfactorily, since they do not want the Project Company to be caught in the middle of disputes as to who is responsible for a failure to do the job correctly. Therefore the construction contract in a project-financed project is usually in the form of a contract to design and engineer the project, procure or manufacture any plant or equipment required, and construct and erect the project (i.e. a “turn-key” responsibility to deliver a complete project fully equipped and ready for operation). This is known as an engineering, procurement, and construction (EPC) contract. (It is also known as a design, procurement, and construction or DPC contract.)”.

econômica de países para implementação de ações governamentais com o objetivo de proteger os respectivos mercados internos (Silva, 1992).

O contrato de EPC ganhou espaço para crescimento no território nacional em meados da década de 1990. Após o “milagre econômico brasileiro” da década de 1970, período em que o Estado, principalmente através de estatais, executava diretamente grandes empreendimentos de infraestrutura, uma nova fase de desestatização e maior participação da iniciativa privada foi instituída. Nesse novo contexto, os empreendimentos passaram a ser contratados sob o amparo do direito privado e sua execução dependia do financiamento de órgãos internacionais, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, o que desencadeou um cenário propício para o desenvolvimento das operações de *project finance* e, consequentemente, para a utilização dos contratos de EPC no Brasil (Deus, 2019, p. 200).

A definição doutrinária sobre contratos de *engineering* é vasta e não uniforme⁶, e a jurisprudência nacional ainda é incipiente. Uma das razões da escassez jurisprudencial acerca dos Contratos EPC pode ser atribuída ao fato de que as partes desses contratos complexos adotam, na maioria das vezes, mediação e conciliação, como *dispute boards* e arbitragens, a para a resolução de conflitos (Pineise, 2015).

Trata-se de contrato firmado em caráter sinalagmático, consensual e de execução continuada (Baptista, 2011), relativo ao negócio jurídico onde há uma alocação centralizada das responsabilidades na figura da parte contratada, desde a concepção do projeto até a sua entrega final inteiramente construído e em operação (Mesquita, 2019, p. 25).

Ao ser considerada a liberdade que os contraentes possuem na modulação dos efeitos de um contrato de EPC, por força dos princípios da autonomia privada e da liberdade de contratar, conclui-se, ainda, tratar-se de um negócio jurídico bilateral, de natureza comutativa. A denominação pela doutrina às partes que celebram um contrato EPC são geralmente designadas de proprietário, dono da obra ou contratante, de um lado, e empreiteiro, contratado ou “epecista”, de outro lado (Pineise, 2015).

Da lição do doutrinador italiano Guido Alpa (2000 *apud* Carmo, 2012, p. 30-31) é possível extrair definição genérica sobre o contrato de *engineering*, que o conceitua como:

Um contrato pelo qual uma parte (normalmente uma sociedade) obriga-se, em relação a outra, a elaborar um projeto de natureza industrial, arquitetônica, urbanística e, eventualmente, a realizá-lo, ou a realizar o projeto elaborado por outra empresa, obrigando-se ainda, se assim for pactuado, a desenvolver prestações acessórias de assistência técnica recebendo, a título de contraprestação, um montante em dinheiro, eventualmente integrado (ou substituído) por “royalties”, ações ou participações nos resultados da atividade empresarial a ser desenvolvida quando da consecução do projeto.

⁶ Para aprofundamento teórico sobre as definições, terminologias e qualificação do contrato de *engineering*, sugere-se como leitura complementar: Carmo (2012, p. 30-49) e Deus (2019, p. 241-284).

Para Maria Helena Diniz (2023) o objetivo do *engineering* é obter uma indústria construída e operacional, sendo que o contrato que instrumentaliza a relação jurídica estabelece que uma das partes (empresa de engenharia) se obriga não apenas a elaborar o projeto para a instalação da indústria, mas também a supervisionar a construção dessa instalação e garantir seu pleno funcionamento, entregando-a pronta para a outra parte (pessoa ou sociedade interessada) que, em contrapartida, se obriga a fornecer todos os materiais e equipamentos necessários à empresa de engenharia e a remunerá-la conforme os honorários acordados, além de reembolsar as despesas realizadas.

Clóvis V. do Couto e Silva (1992, p. 516) destaca a sofisticação do contrato de *engineering* ao defini-lo como um “negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico”.

O contrato de EPC é geralmente celebrado entre uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), como contratante, e uma construtora ou consórcio de empresas liderado por uma construtora, como contratada. Na perspectiva da parte contratante, a constituição de uma SPE para buscar o parceiro contratual responsável pela execução do empreendimento está frequentemente relacionada ao financiamento desses grandes projetos. No entanto, mesmo sem o financiamento por *project finance*, nada impede que a contratação ocorra diretamente entre a pessoa jurídica de direito público ou privado e a contratada. Em contrapartida, na perspectiva do epcista, é comum a constituição de consórcios para a execução do empreendimento (Seibert, 2017).

Na prática, o contratado (doutrinariamente denominado epcista) assume a responsabilidade total pelo projeto, pelos serviços de engenharia e gestão, pela execução da construção do empreendimento, pelo fornecimento de materiais e equipamentos, sejam eles provenientes de fontes próprias ou de terceiros subcontratados, pela montagem e instalação dos equipamentos, pelos testes e comissionamento dos mesmos, e por todos os demais aspectos necessários para a conclusão e entrega da obra, conforme as especificações e diretrizes estabelecidas pelo contratante (Enei, 2007, p. 32).

Dentre as prestações típicas do contrato EPC, é usual constar ainda treinamento do pessoal do contratante, atualizações de *know-how*, licenciamento de patentes e outros atributos tecnológicos do empreendimento (Mesquita, 2019).

Nas palavras de Luis Alberto Gómes (2006, p. 9) “a proprietária (contratante) transfere para a contratada (chamada “epcista”) os riscos e a responsabilidade da entrega do projeto concluído na data contratual, em funcionamento e com a performance estabelecida no contrato”.

Há, portanto, uma cumulação de deveres no epcista, característica denominada pela doutrina como *single point responsibility*⁷ que se destaca como uma das vantagens inerentes ao tipo contratual estudado.

7 Neste sentido, Hansen (2015).

Neste sentido, além de ser um fator que confere vantagem em detrimento de outras modalidades de contratação, Leonardo Toledo da Silva (2015, p. 29) defende que justamente “em decorrência dessa alocação de diversos riscos a um único agente agregador, o EPC distingue-se em função do chamado *single point responsibility* (“ponto único de responsabilidade”), o qual é o aspecto que diferencia essa modalidade de contratação”.

Para Adriana Regina S. de Deus (2019, p. 202) são “as características relacionadas à extensão do escopo e à estrutura de alocação de riscos que tornam o EPC uma modalidade de contratação individualizada”.

As atribuições inerentes ao epecista, como visto, possuem escopo extenso que comprehende desde a realização dos projetos de implantação até a entrega efetiva e em plena operação do empreendimento. A amplitude das responsabilidades do contratado pode ser sintetizada pela própria denominação *engineering, procurement and construction*, sendo que as partes delimitarão no respectivo instrumento todos os deveres relacionados a cada etapa da implementação⁸.

A alocação de riscos concentrada no epecista é decorrente do próprio objetivo precípua da contratação EPC, que é o de conferir ao contratante um grau de certeza em relação ao preço, prazo de entrega e qualidade do empreendimento. Apesar de não ser o objetivo do presente artigo, merece ser pontuado que há grande discussão doutrinária e jurisprudencial em relação à aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva aos contratos de *engineering* em detrimento da centralização de responsabilidades imposta a um dos contraentes⁹.

O contrato EPC adota como forma de remuneração mais usual o preço fixo global (*Lump Sum*) que abrange tudo o quanto seja necessário para a execução do escopo especificado no contrato. De acordo aos ensinamentos de Alfredo de Almeida Paiva (1997, p. 19) nesta modalidade de remuneração “o preço é fixado, antecipadamente, em quantia certa e invariável, sem possibilida-

⁸ “A seguir, serão indicadas as principais atividades e responsabilidades do epecista com relação a cada um desses três núcleos. Cumpre observar que se trata de um rol exemplificativo, visto que os casos concretos poderão apresentar variações conforme as particularidades do ajuste entre as partes. Sob a rubrica do *engineering*, responsabiliza-se o epecista pelos projetos do empreendimento. Isso inclui tanto os projetos básicos por meio dos quais há a concepção da obra e a definição das soluções técnicas adotadas, quanto os projetos executivos e, ao final, os projetos *as built*. Importante precisar que, em se tratando da execução de um empreendimento completo, os projetos não se limitam às obras de construção civil, havendo também os projetos relacionados aos equipamentos e às demais instalações (citem-se, por exemplo, os sistemas de exaustão, combate a incêndio, ar condicionado, monitoramento e automação). [...] Com o termo *procurement*, faz-se referência às obrigações do epecista relacionadas ao fornecimento de materiais e equipamentos. Cabe ao epecista, primeiramente, providenciar tanto os materiais que utilizará na construção das obras civis, quanto os equipamentos de operação do empreendimento. Sobretudo no que diz respeito aos últimos, a obrigação do epecista não se resume a fabricar ou contratar a fabricação dos equipamentos. Considerando que seu escopo é a entrega do empreendimento em condições de pronta operação, também deve o epecista realizar a montagem e a instalação dos equipamentos, a colocação em funcionamento e a execução dos testes de comissionamento. Observe-se que essa obrigação de entrega em condições de pronta operação é referida pelo termo *turnkey*, ou seja, cabe ao construtor fornecer tudo o quanto necessário para que, uma vez concluído o empreendimento, baste ao dono da obra entrar e “virar a chave”. Além disso, como já mencionado, o epecista também se responsabiliza pelo desempenho dos equipamentos, que devem atingir os parâmetros especificados pelo dono da obra ainda que sua fabricação seja subcontratada com um terceiro. [...] O terceiro grupo de obrigações do epecista é sintetizado pelo termo “*construction*” e se refere à construção do empreendimento. Nesse sentido, cabe ao epecista providenciar a mão de obra, os instrumentos e os equipamentos que irão executar os trabalhos necessários à construção do empreendimento, inclusive preparando e aplicando os materiais fornecidos” (Deus, 2019, p. 203-207).

⁹ Sugere-se a leitura complementar de: Gil (2007).

de de alteração ainda que a mão-de-obra e os materiais encareçam, ou que, por qualquer motivo, a obra venha a ficar mais cara do que fora previsto”.

Por outro lado, deve ser destacado que o preço fixo global não é absolutamente imutável, sendo admitidas alterações no seu valor para fins de reajuste de correção monetária ou por força de mudanças de escopo e eventos de caso fortuito ou força maior cujo risco tenha sido atribuído ao dono da obra (Deus, 2019).

De fato, os riscos que o contratado assume de forma consciente e deliberada devem ser previamente quantificados e refletidos no preço, não podendo justificar a revisão do contrato apenas por sua ocorrência. A modalidade EPC exige que o epcista preveja contingências, o que faz com que o preço cotado para uma obra nesse regime seja sempre maior do que o preço cotado para a mesma obra nas modalidades por administração, preço unitário ou outras (Ribeiro Filho, 2008).

Diante da complexidade das operações desempenhadas na indústria da construção, com a participação de múltiplos agentes e cifras vultuosas, há uma necessidade premente pela promoção de segurança jurídica nas relações jurídicas e procedimentos. Nesse contexto, diversas associações de classe e entidades internacionais publicaram modelos contratuais padronizados para facilitar a transposição, para o plano jurídico, da estrutura do DBB ou DB, sendo pertinente destacar o modelo de contrato padrão do EPC: *Conditions of Contract for EPC/turnkey Projects* (denominado *Silver Book*)¹⁰.

O *Silver Book* foi elaborado pela *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), organização internacional que congrega entidades congêneres de 80 países, fundada em 22 de julho de 1913. O livro possui duas versões publicadas em 1999 e 2017, e o estruturamento padrão concebido para o Contrato EPC é dividido em duas grandes partes: as Condições Gerais e as Condições Particulares. Pretende-se, com isso, que as adaptações do contrato padrão às peculiaridades de cada caso concreto sejam realizadas mediante modificações apenas nas Condições Particulares¹¹.

Em relação as principais vantagens e desvantagens do EPC, são destacados os pontos positivos quanto ao maior grau de certeza que o dono da obra possui com relação às diversas variáveis envolvidas na execução do empreendimento, maior eficiência no planejamento e execução da obra, viabilização de prazos de entrega potencialmente menores e aproveitamento da expertise do epcista nas diversas etapas de implantação do empreendimento. Por outro lado, os principais pontos negativos são relacionados ao preço elevado do contrato dadas as suas particularidades, menor controle sobre a execução dos trabalhos por parte do contratante e menor flexibilidade para alterações no escopo do empreendimento.

A conclusão dos trabalhos é um aspecto essencial em toda obra conduzida sob o regime do contrato EPC. É com a finalização e entrega da obra que, entre outros efeitos, o empreendimento é

10 Citam-se, como exemplo, os organismos internacionais *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), *Institution of Civil Engineers* (ICE), *Joint Contracts Tribunal* (JCT), *American Institute of Architects* (AIA), *Royal Institution of Chartered Surveyors* (RICS).

11 Sugere-se como leitura complementar: Nanni (2021) e Seibert, (2017).

assumido pelo proprietário (*taking over*), iniciando-se o prazo de responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos verificados na obra (*defects liability period*). As partes pactuam livremente os termos, condições e prazos para entrega, e a depender das características de determinados empreendimentos, é usual que sejam estabelecidas entregas de partes distintas da obra com prazos e requisitos mínimos diversos para entrega (Pinese, 2015).

3 CONTRATO DE EPC: SINÔNIMO DE EMPREITADA?

Os contratos de empreitada e os contratos *de Engineering, Procurement & Construction* (EPC) são amplamente utilizados na execução de projetos de construção e infraestrutura. Ambos os modelos possuem características específicas que os tornam adequados para diferentes tipos de projetos e objetivos. A recondução do contrato de EPC ao tipo contratual legal da empreitada é amplamente debatida pela doutrina, razão pela qual é valoroso destacar as principais peculiaridades destes instrumentos com intuito de apurar suas similitudes ou divergências.

Ao comparar os conceitos de contrato EPC e contrato de empreitada, normalmente focados na descrição das obrigações contratadas, percebe-se que há uma similaridade nas relações estabelecidas. No entanto, do ponto de vista tipológico, nenhum dos indicadores determina por si só a qualificação final desses ajustes (Seibert, 2017).

A empreitada, tipificada em nosso ordenamento nos artigos 601 a 626 do Código Civil, é definida como o negócio jurídico onde uma das partes se compromete, sem subordinação, dependência ou vínculo empregatício, a entregar à outra o resultado de sua atividade, seja pessoalmente ou por meio de terceiros, utilizando material próprio ou fornecido, mediante remuneração fixa ou proporcional ao trabalho realizado (Fiuza, 2003).

Maria Helena Diniz (2023, p. 120) destaca que “a empreitada se caracteriza pelo fato de considerar o resultado final – p. ex., a construção de uma obra material, a criação intelectual ou artística – e não a atividade do empreiteiro, em si, como objeto da relação contratual”. Além disso, a autora leciona que este contrato ainda possui como traços característicos a bilateralidade, comutatividade, onerosidade, consensualidade, indivisibilidade e execução sucessiva.

A empreitada pode abranger qualquer tipo de trabalho ou atividade humana, incluindo aquelas de natureza artística ou intelectual, como a criação de obras musicais ou literárias (Sbano, 2022). Todavia, para os fins buscados no presente capítulo, é importante promover um recorte para abordar a empreitada no contexto da construção de obras.

Segundo Lie Uema do Carmo (2012, p. 25, 36):

Os contratos de construção, também conhecidos como de *engineering*, são os instrumentos jurídicos que dão substrato à realização de obras de infraestrutura e de unidades fabris ou comerciais de porte [...] Para fins desta tese, define-se contrato de construção em sentido amplo como aquele celebrado pelo proprietário ou dono da obra, como contratante, com uma pessoa física ou jurídica especializada

em engenharia ou arquitetura, como contratada, que, em contrapartida ao preço, obriga-se a elaborar um projeto de engenharia ou arquitetura e a executar a obra, ou tão-somente a executar a obra, ou a realizar supervisão, monitoramento ou administração de uma obra, ou, ainda, se convencionado, a prestar assistência e a operá-la.

A partir da ampla e sistematizada definição de contratos de construção proposta por Lie Uema do Carmo, acima transcrita, Thiago Soares Sbano (2022, p. 18) extraiu quatro categorias contratuais:

(i) prestação de serviços – assessoria e consultoria, com subtipos na fase pré-construção e elaboração de projetos; (ii) prestação de serviços – administração e gestão, com subtipos administração de projetos, *at-risk*, representante do proprietário e EPCM; (iii) empreitada (de lavor, mista e integral); e (iv) outras modalidades (e.g., EPC, aliança de projetos e aliança de parceria).

Já o contrato EPC, como visto no capítulo anterior, é caracterizado principalmente pela sua abrangência e pelo grau de responsabilidade assumido pelo contratado (epecista). Quando se trata da discussão da recondução desse tipo de contrato à empreitada, emergem duas grandes correntes doutrinárias sobre o tema.

A primeira corrente¹² defende que o contrato EPC deve ser qualificado como legalmente típico, associando-o ao tipo contratual legal de empreitada, especialmente ao contrato de empreitada global. Neste sentido, Luiz Olavo Baptista (2011, p. 39) afirma que “os contratos EPC apresentam características que nos permitem qualificá-los como sendo contratos de empreitada”.

No sentido contrário, a segunda corrente¹³ defende que o contrato EPC é legamente atípico e não pode ser reconduzido à empreitada. À vista deste entendimento José Emílio Nunes Pinto (2002) elucida:

No Brasil, a melhor doutrina nos fornece uma classificação ampla dos contratos atípicos. Dentre estes, vale ressaltar os contratos atípicos mistos categoria em que se inserem, a nosso ver, os EPCs, já que englobam obrigações das partes que são encontradas em mais de um contrato típico. No entanto, a correlação entre essas obrigações e respectivas contraprestações faz com que se crie um arranjo contratual diverso dos dois ou mais de que essas obrigações se originam, representando uma verdadeira fusão das disposições de ambos num todo unitário.

Orlando Gomes (2022, p. 133) destaca que os “contratos atípicos formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos”. O autor ao abordar especificamente sobre contrato de *engineering* aduz que “é considerado um contrato atípico da espécie contrato misto, no entendimento de que resulta da justaposição de prestações características de vários contratos típicos”.

12 Citam-se como exemplo os seguintes autores: Baptista (2011, cap. I, p. 39-40), Enei (2005), Gil (2007, p. 56) e Mesquita (2019, p. 162-164).

13 Citam-se como exemplo os seguintes autores: Carmo (2012, p. 48-49), Pinto (2002) e Silva (1992, p. 509-526).

Valfrêdo de Assis Ribeiro Filho (2008, p. 87) ao analisar o Contrato EPC no direito brasileiro fez uma provocação em busca de encontrar o resultado prático da divergência doutrinária existente em relação à natureza jurídica deste instrumento contratual. Como resposta, o autor entendeu que “considerando que a interpretação dos contratos segue a teoria da aplicação analógica, [...] a resposta é que não existe diferença relevante no resultado prático, com relação às condições de contorno para elaboração e para o entendimento do Contrato EPC”.

Apesar da jurisprudência ser incipiente em se tratando do tema de EPC, é possível verificar que o Tribunal de Justiça de São Paulo privilegia o entendimento da segunda corrente, no sentido da atipicidade daqueles instrumentos, ao examinar o acórdão (São Paulo, 2022) ementado nos seguintes termos:

Ação anulatória. Débito fiscal. AIIM lavrado por falta de emissão de documentos fiscais (CTRC's). Transporte de materiais em contratos EPCI (“Engineering, Procurement, Construction and Instalation” / “Engenharia, Aquisição, Construção e Instalação”), firmados pela autora para o fornecimento de bens, execução do detalhamento do projeto de engenharia e do projeto executivo, a construção e a instalação de gasodutos submarinos, a serem disponibilizados para operação pela contratante. Contrato atípico, com preponderância das atividades de engenharia por ‘empreitada global’. Vigência que se dá ao § 2º do art. 1º da Lei Complementar 116/2003 c.c. item 7.02 da Lista de serviços anexa. Não sujeição ao ICMS. Além, prova sobre emissão dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC's) pelas empresas transportadoras subcontratadas, com pertinente destaque do ICMS. Descabida autuação por infração a obrigações acessórias. Presunção de legitimidade dos atos administrativos que não pode prevalecer. AIIM anulado. Critério para verba honorária. Vigência que se dá ao artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil. Desprovidos o recurso da Fazenda do Estado e o reexame necessário, dá-se parcial provimento à apelação da autora.

A Décima Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou recurso de apelação movido pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de sentença proferida nos autos de Ação Anulatória de Auto de Infração Tributário. Sem adentrar ao mérito recursal, merece ser destacado que o caso em questão envolvia transporte de materiais em decorrência de avenças firmadas pela Petrobrás e Saipem S.A. na modalidade EPCI (*Engineering, Procurement, Construction and Instalation*), sendo indicado expressamente na ementa e no voto do relator a natureza atípica do contrato celebrado.

Outro caso analisado pelo presente estudo foi uma resposta à consulta tributária publicada pela Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, que também demonstra aderência do órgão fazendário ao entendimento da segunda corrente doutrinária ao tratar da natureza jurídica do Contrato EPC:

8. Ademais, saliente-se que os denominados contratos EPC (“Engineering, Procurement and Construction”) envolvem, em um só instrumento, o projeto, a construção, a montagem e a compra de equipamentos para consecução de uma determinada obra. Cabe ao contratado, portanto, entregar a obra, em geral uma instalação industrial,

totalmente pronta e em pleno funcionamento, para que então o contratante necessite tão somente “ligar a chave do empreendimento” (“turn key”).

8.1. No direito brasileiro não existe uma legislação específica para esse contrato, sendo, assim, considerado um contrato atípico, com disciplinas, para fins civis, tanto de empreitada (artigo 61 e seguintes do Código Civil), como também de compra e venda (artigo 481 e seguintes) e de prestação de serviço (artigos 593 e seguintes) (São Paulo, 2023).

A doutrina se divide ao apontar métodos para a interpretação e aplicação do direito nos casos em que o contrato não possui regulamentação específica no ordenamento jurídico, indicando como soluções possíveis a aplicação da teoria da combinação, da teoria da absorção e da teoria da aplicação analógica. Contudo, para Orlando Gomes (2022, p. 136):

Só a teoria da aplicação analógica oferece critério aceitável para a disciplina jurídica dos contratos atípicos “*stricto sensu*”, igualmente aplicável aos contratos mistos. Consiste esse critério na aplicação do processo analógico de interpretação. A tarefa do intérprete é procurar o contrato típico do qual mais se aproxima o contrato atípico para aplicar a esse as normas que disciplinam aquele; se esse recurso falha, por não haver contrato típico com o qual tenha o contrato atípico maior afinidade, emprega-se a analogia *juris*, invocando-se os princípios gerais de Direito Contratual.

A analogia não é apenas um recurso secundário, mas uma necessidade dentro do sistema jurídico. Ela assegura a completude do direito, permitindo que os princípios e valores subjacentes ao ordenamento jurídico sejam aplicados de maneira coerente e justa, mesmo na ausência de uma previsão legal específica. Desse modo, a analogia serve como um meio de interpretação e integração da norma, garantindo que situações similares sejam tratadas de forma equivalente, respeitando a lógica e a harmonia do sistema jurídico.

A escolha entre um contrato de empreitada e um contrato EPC depende de vários fatores, incluindo a complexidade do projeto, a capacidade de gestão do contratante, a alocação de riscos e os objetivos específicos do empreendimento. Enquanto o contrato de empreitada proporciona flexibilidade e controle direto para o contratante, o contrato EPC oferece uma solução integrada com maior previsibilidade de custos e prazo, transferindo a maior parte dos riscos para o contratado.

Assim a evolução contínua dos instrumentos contratuais e a adaptação às melhores práticas internacionais são essenciais para o fortalecimento da segurança jurídica e o desenvolvimento econômico, tanto no Brasil quanto no contexto global.

CONCLUSÃO

A partir do estudo de instrumentos contratuais foi analisado o contrato de *Engineering, Procurement & Construction* (EPC), espécie de modelo *Design-Build*, surgiu na década de 1980 no setor de construção da indústria petrolífera. No Brasil, os contratos EPC ganharam espaço na década de 1990, com a desestatização e maior participação da iniciativa privada em grandes empreendimentos.

A indústria da construção tem evoluído significativamente, adaptando-se a demandas econômicas, tecnológicas e legais cada vez mais complexas. A Revolução Industrial trouxe consigo uma transformação radical na escala e na complexidade dos projetos de engenharia. Antes do século XIX, os *masterbuilders* se encarregavam principalmente da parte técnica dos projetos, sem a responsabilidade pela execução, gestão ou custos. Com o advento do século XIX e a busca por maior eficiência, as atividades construtivas passaram a ser centralizadas na figura do *General Contractor*, separando a elaboração do projeto, que ainda ficava a cargo do projetista.

Essa evolução busca eficiência, mitigação de riscos e melhoria na qualidade dos projetos, sendo que modelos de contratação como o *Design-Bid-Build* (DBB) e o *Design-Build* (DB) são exemplos dessa adaptação.

O modelo DBB é um dos mais antigos e amplamente utilizados, caracterizado por etapas bem definidas: elaboração do projeto, recebimento e análise de propostas licitatórias, e execução da construção. Este modelo facilita a gestão e fiscalização, mas é criticado por seus longos prazos e conflitos entre as partes devido à falta de integração entre as fases de design e construção.

Em resposta à necessidade de maior eficiência e integração, surgiu o modelo Design-Build (DB), onde uma única entidade é responsável por todas as etapas do projeto. Este modelo é caracterizado pela concentração de responsabilidades em um único agente, proporcionando maior integração e eficiência.

Outro método importante é o *project finance*, que se baseia em empréstimos garantidos pelo fluxo de caixa gerado pelo próprio projeto, isolando os riscos e benefícios em uma Sociedade de Propósito Específico (SPE). Este método é eficaz para financiar grandes empreendimentos, especialmente quando combinado com contratos de *Engineering, Procurement & Construction* (EPC), que centralizam responsabilidades e garantem fluxos de caixa futuros.

A contratação de obras públicas no Brasil é regida por um complexo conjunto de leis e regulamentos, como as Leis nº 14.133/21, 12.462/2011, 13.303/2016 e o Decreto nº 2.745/1998. Esses dispositivos garantem a transparência, eficiência e legalidade nos processos de licitação e execução.

A Lei nº 8.666/1993, revogada pela Lei nº 14.133/21, não permitia o modelo DB, mas o Decreto nº 2.745/1998 criou um novo regime de contratação para a Petrobrás, permitindo a adoção do modelo. A Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, criada para atender a eventos esportivos de grande vulto, também permitiu a contratação integrada, e foi objeto de grande debate público quanto à sua constitucionalidade.

A Lei nº 13.303/2016 regulou com detalhes a contratação integrada, permitindo que a Administração Pública contrate sob o modelo DB. As Parcerias Público-Privadas (PPP) também se destacam como um modelo eficaz para grandes projetos de infraestrutura, permitindo a colaboração entre setor público e privado.

O contrato EPC é um acordo complexo, onde a parte contratada (denominada epecista) assume responsabilidade total pelo projeto, desde a concepção até a entrega final. Este contrato é caracterizado pela *single point responsibility*, concentrando riscos e responsabilidades no contratado. A remuneração é geralmente feita por preço fixo global, proporcionando maior certeza quanto ao preço, prazo e qualidade ao contratante.

Os contratos EPC são frequentemente utilizados em grandes projetos de infraestrutura, e, com o objetivo de conferir reduzir conflitos e promover maior segurança jurídica, modelos contratuais padronizados, como o *Silver Book* da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, foram publicados.

O cotejo comparativo entre o contrato EPC com a empreitada demonstra algumas similitudes entre tais instrumentos, todavia o EPC se destaca pela alocação de riscos e pela complexidade e pluralidade dos projetos envolvidos. A empreitada, prevista nos artigos 601 a 626 do Código Civil, é focada no resultado final e não na atividade em si.

Em relação à discussão sobre a natureza jurídica dos contratos EPC, verificou-se a existência de duas grandes correntes doutrinárias. A primeira corrente defende que os contratos EPC devem ser considerados contratos de empreitada, especialmente na modalidade de empreitada global, devido às suas características semelhantes. A segunda corrente, em contrapartida, argumenta que os contratos EPC são legalmente atípicos e não podem ser reconduzidos à categoria de empreitada.

A teoria da aplicação analógica, conforme proposta por Orlando Gomes (2022), desponta como critério aceitável para a interpretação e aplicação do direito aos contratos atípicos, como é o caso do Contrato de EPC. Esse critério envolve a aplicação do processo analógico de interpretação, onde o intérprete deve procurar o contrato típico mais semelhante ao atípico para aplicar suas normas ou, se não for possível, utilizar-se a analogia *juris*, invocando os princípios gerais do Direito Contratual. Assim, a adoção da teoria da aplicação analógica garante que situações semelhantes sejam tratadas de forma equivalente, respeitando a lógica e harmonia do sistema jurídico.

Tem-se, portanto, que a evolução dos modelos de contratação na indústria da construção, desde o *Design-Bid-Build* até o *Engineering, Procurement & Construction*, reflete uma busca contínua por eficiência, redução de conflitos e melhoria na qualidade dos projetos. Cada modelo tem suas vantagens e desvantagens, devendo ser escolhido com base nas características específicas de cada empreendimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, André C. **Contrato de construção FIDIC new red book**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida. **Construção civil e direito**. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BUENO, Julio Cesar. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). **Direito e infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de construção de grandes obras**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022013-113746/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2024.

CARVALHO, André Castro; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. Manual de project finance no direito brasileiro. Paris: Quartier Latin, 2016.

COSTA, Milla Rocha da. **Project finance: uma análise sobre a prática internacional e brasileira através da perspectiva jurídica**. 2022. 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11422/18939>. Acesso em: 23 jun. 2024.

DEUS, Adriana Regina Sarra de. **O contrato de EPC: engineering, procurement and construction**. São Paulo: Grupo Almedina. 2019. (Coleção Direito da Construção - IBDiC).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. v. 3.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Financiamento de projetos: aspectos jurídicos do financiamento com foco em empreendimentos**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project finance**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2007.tde-24052011-143442>.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

GÓMEZ, Luiz Alberto. **Contratos EPC Turnkey**. São Paulo: Saraiva, 2006.

HALMAN, Johannes I. M.; BRAKS, Bernadette F. M. Project alliancing in the offshore industry. **International Journal of Project Management**, Guildford, v. 17, n. 2, p. 71-76, 1999. Disponível em: <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Halman-J.-and-Braks-B.-1999-Project-Alliancing-in-the-Offshore-Industry%20%99.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2024.

HANSEN, Seng. Study on the management of EPC projects. **International Journal of Civil, Structural**, Hyderabad, v. 5, p. 11-22, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/337240567_Study_on_the_Management_of_EPC_Projects. Acesso em: 2 jun. 2024.

HUSE, Joseph A. **Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts**. London: Sweet & Maxwell, 2002.

MESQUITA, Marcelo Alencar Botelho de. **Contratos chave na mão (Turnkey) e EPC (Engineering, Procurement and Construction)**: primeira aproximação – conteúdo e qualificações. São Paulo: Grupo Almedina, 2019. (Coleção Direito da Construção – IBDiC). E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556278872/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. As parcerias público-privadas e a infraestrutura no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 131–147, 2019. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/80052>. Acesso em: 23 jun. 2024.

NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre as condições particulares nos contratos de construção FIDIC. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 131-152, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/658>. Acesso em: 22 jun. 2024.

PAIVA, Alfredo de Almeida. **Aspectos do contrato de empreitada**. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 1997.

PETERSON, Jason H. The big dig disaster: was design-build the answer. **Suffolk University Law Review**, Boston, v. 40, p. 909, 2006.

PINESE, Paulo Henrique Signori. **O regime jurídico do contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no financiamento de projetos (Project Finance)**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/D.2.2015.tde-09122015-145013>.

PINTO, José Emílio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo código civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2806>. Acesso em: jun. 2024.

RIBEIRO FILHO, Valfredo de Assis. **Modelo de contrato EPC - Engineering, Procurement and Construction**: como instrumento de redução de riscos e custos em Project Finance de geração de energia Hidrelétrica no Brasil. 2008. Dissertação (Mestrado em Energia) - Universidade Salvador, Salvador, 2008. Disponível em: <http://tede.unifacs.br/tede/handle/tede/334>. Acesso em: jun. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Fazenda e Planejamento. **Resposta à Consulta Tributária 28218/2023, de 26 de outubro de 2023**. São Paulo: SEFAZ, 2023. Disponível em: https://legislação.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC28218_2023.aspx. Acesso em: 5 jun. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL: 10683734320198260053 SP 1068373-43.2019.8.26.0053**. Jurisprudência que cita Contrato de Engineering. Relator: Borelli Thomaz, 13^a Câmara de Direito Público, Data de Publicação, 02 de fevereiro de 2022.

SBANO, Thiago Soares. **Declarações e garantias em contratos de empreitada**: prevenção e solução de litígios. 2022. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/32980>. Acesso em: 24 jun. 2024.

SEIBERT, Guilherme. **Os contratos de EPC**: entre tipicidade e atipicidade. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/170681>. Acesso em: 4 jun. 2024.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Contrato de “engineering”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 115, p. 509-526, jul./set. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176014>. Acesso em: 4 jun. 2024.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Contratos de aliança**: direito empresarial e ambiente cooperativo. 2015. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

YESCOMBE, Edward R. **Principles of project finance**. Cambridge: Academic Press, 2013.

COMO CITAR: MORAIS, Danylo Oliveira de; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Contrato de engineering, procurement & construction (epc): aspectos jurídicos e regulatórios no ordenamento brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 95-114, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p95-114. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 24/07/2024

Aprovado em: 18/10/2024

PRIVATE AUTONOMY AND POST-MORTEM TRANSMISSIBILITY OF DIGITAL ASSETS OF EXISTENTIAL/HYBRID NATURE

Jeferson Jaques Ferreira Gonçalves*

Leonardo Macedo Poli*

COMO CITAR: GONÇALVES, Jeferson Jaques Ferreira; POLI, Leonardo Macedo. Private autonomy and post-mortem transmissibility of digital assets of existential/hybrid nature. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 115-131, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p115-131. ISSN: 2178-8189.

Abstract: The present article aims to evaluate the role played by the concept of private autonomy and the principle of informative self-determination, as encompassed in the LGPD (General Law of Data Protection), regarding the possible transmissibility of digital assets of existential and hybrid nature, which is negated by some part of the doctrine and the digital conglomerates. It was concluded that total intransmissibility based only in contractual terms, adhered through electronic means, comprises of mitigation of an individual's private autonomy, as well as consisting of tangible influence on an individual's personality development. In order to develop this article, the method adopted was the hypothetical-deductive approach and the bibliographic research, through books and scientific articles.

Key-words: Digital Assets; Digital Heritage; Informative Self-Determination; Private Autonomy.

*Mestre em Direito Privado
(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS)
Email: jefersonjaques.adv@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7207-0265>

**Doutor em Direito (Universidade Federal de Minas Gerais- UFMG)
Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS)
Email: leonardopolis@pucminas.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9632-0225>

INTRODUCTION

The main goal of this article is to investigate the prevalence of private autonomy on the transmission of digital assets of hybrid/existential nature, considering that a significant part of the present doctrine and of the digital conglomerates advocate for total intransmissibility of assets of such nature, be it anchored in the electronic adhesion of contractual terms or the existence of a deceased person's right to privacy.

As such, the article intends to answer the following question: does the intransmissibility of digital assets of hybrid/existential nature constitute a mitigation of an individual's private autonomy? Since most assets of this nature are acquired and stored through online services, and the rules for access and transmission are dictated through the non-negotiable adhesion of a digital contract regarding terms of use and services, it would seem reasonable to assume a positive answer, meaning a mitigation of the user's private autonomy as a necessary result.

Therefore, to further answer said questions, the first section is dedicated to tracing the concepts of digital heritage, digital assets and its regarding classifications, focusing on assets of hybrid/existential nature, since there is no dissension in regards to the transmissibility of digital assets of patrimonial nature.

The investigation unfolds in the second section with respect to establishing the stances adopted by the doctrine, the legislation and the digital conglomerates, indicating the main lines of thinking in Brasil, exposing the complete lack of specific legislative ruling on the subject(leaving aside the proposition of many law proposals in the Brasilian Congress) and analyzing said digital contracts from a few of the major digital platforms.

At the third section, a pivotal point in the article, it will be discussed the role of private autonomy in the transmission of said digital assets, whether there exists a correlation between private autonomy and the principle of informative self-determination, as present in the general law of data protection(LGPD), as well as debating whether the terms of use and service, as adopted by major digital conglomerates, results in a mitigation of individual private autonomy.

Finally, it is envisioned that this article can offer some contribution to the study of transmissibility of digital assets of existential/hybrid nature in Brasil, taking into account a nuanced view that would otherwise be lost in a dogmatic defense of any position, be it the principles of private autonomy or informative self-determination. In order to offer possible answers for the question at hand, the hypothetical-deductive approach was the method adopted, in conjunction with the bibliographical research and analysis of books and scientific articles regarding the subject.

1 DIGITAL ASSETS THEORY

Before we go any further on dissecting the concept of digital assets, it would be fitting to introduce the concept of digital heritage, considering its relevance in this era. As underlined by Bruno Zampier (2016), as time goes by, millions of people will interact through the internet in an ever increasing number, emitting opinions, sharing videos and photos, acquiring goods and services (tangible or intangible). As such, each user will own a digital patrimony which may need protection, be it in case of passing, incapacitation or of violation of one's legacy left online.

That being so, Marcos Ehrhardt Júnior (2020) conceptualizes digital heritage as post-mortem transmission of digital assets, and Gustavo Santos Gomes Pereira (2020) adds to that assertion arguing that it consists of that same traditionally known heritage, only the object here is more definite, that is, the deceased's digital estate.

After establishing digital heritage as the transmission of digital patrimony, one must reflect on the nature of such transmissible assets, that may include personality, copyright or patrimonial rights. According to Bruno Zampier (2016), digital assets are incorporeal goods¹ progressively loaded on the internet, consisting of personal information of some sort of relevance to the user, not necessarily containing any economic value. Therefore the author suggests two different categories for said assets: patrimonial² and existential. The first category would include assets which could generate immediate economic repercussions, while the second would reveal itself in assets containing information directly related to personality rights, while still noting the possibility of assets of mixed nature (LACERDA, 2016).

Such bipartisan division, as proposed by Zampier, is considered adequate when taking into account what also is done in a variety of intellectual rights, such as copyright, that also have a dialectical juristic nature, when considering that intellectual work has both personal and material aspects. The personal aspect links the author to their work and the material aspect assures their economic exploitation. The former is of non-pecuniary nature while the latter of patrimonial nature. The former intends to protect the author's personality, as externalized on their work, the latter to protect any material legal assets produced.³

1 We note the use of such terminology by the notable author of the classic roman expression configuring the classification of assets as corporeal and incorporeal, however we consider more adequate the expression of intellectual assets (as perceptible by human intellect), in order to avoid any questioning regarding the idea that the res incorporalis in the digital era should necessarily do without not only the existence of a material body, but also a digital body. To a broader explanation on the concept of intellectual assets we suggest the following work: POLI, Leonardo. *Direito Autoral: Parte Geral*. Belo Horizonte: Del rey, 2008.

2 A few examples of digital assets of patrimonial nature would be digital currency, that is any form of cryptocurrency, game tools, e-books, music, movies, and any reward program (airline and credit card mileage). (LACERDA, 2016, p. 86-88).

3 "Por ultimo, merece ser citada la teoria dualista, que intenta conciliar las tesis anteriores, y distingue, para proteger la creacion, dos derechos diferentes, interdependientes, pero distintos uno del otro: el patrimonial, transferible, y el personal, insubrogable" (EMERY, Miguel Angel. *Propiedad intelectual*. Astrea: Buenos Aires, 1999. p. 6).

In this day and time, there is a lot of debate regarding the possibility of transmission of digital assets, be it from a perspective linked to the doctrine or the jurisprudence. In regards to digital assets of patrimonial nature, there is not much space for controversy, since most doctrine theorists and judicial decisions point towards normative transmissibility, considering its straightforward economic nature, meaning these assets can easily be converted into cash.

Therefore, in order to work with a more acute perspective, the transmission of assets of said nature will not be accounted for in this manuscript.⁴

In contrast with that, there is no consensus on whether digital assets of existential/hybrid nature should be a part of what is called digital heritage. The prevalent interpretation does not consider important principles such as private autonomy and informative self-determination, that can offer relevant nuances regarding the question at hand. On that note, the following topic on this article will account for the main standpoints on the subject, according to the doctrine, the legislation and the digital conglomerates, relating each one to the principles mentioned above.

2 TRANSMISSIBILITY OF DIGITAL ASSETS OF HYBRID/EXISTENTIAL NATURE

2.1 DOCTRINE VIEWPOINTS

In the foreground, we intend to establish the main line of reasoning, which argues for the intransmissibility of assets of existential nature. In short, according to this viewpoint, assets of said nature should not be passed on, due to the need for preservation of the deceased's privacy, and therefore only assets of unmistakably patrimonial nature should follow the laws of legal succession. In the list of adopters of this viewpoint are included Lívia Teixeira Leal, Maici Barboza dos Santos Colombo, Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida⁵ e Pablo Malheiros Cunha Frota.

A second perspective, which has been gaining momentum in Brasil, claims that the totality of what constitutes someone's digital patrimony is liable to be a part of their heritage, except if the contrary is expressed by the owner while still alive. Authors such as Karina Nunes Fritz, Laura Schertel Mendes and Laura Marques Gonçalves are the main endorsers of this perspective.

Finally, there also exists an intermediary position, which stands for the transmission of assets of existential nature only when said transmission is authorized by the holder while still alive, and only when said consent does not violate another's right for privacy or intimacy. Supporters of this view include Cintia Burille, Gabriel Honorato e Gustavo Gomes Pereira.

⁴ The jurisprudential position on the subject will also not be addressed here, since there does not yet exist an established position by the supreme courts, given that there only exists a few isolated judged cases, that until this moment do not contribute to the writing of this manuscript.

⁵ Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida (2021) share an understanding that, since these are subjective legal situations of existential and personal character, the subject should not be freely transmitted, meaning their extinction.

In all cases, regardless of whatever viewpoint is adopted, there is a need to look into the possible impact of transmissibility on the privacy of third parties. Juliana Evangelista de Almeida (2019) argues that the Brazilian legal system allows for tutelage of some extent regarding personality rights. However, in contemporary network society, protection should not be restricted to violations against someone's reputation, but ought to include dissemination of personal data after one's passing, considering the complexity of privacy after death. Although post-mortem privacy is, as of now, not admitted, situations regarding the privacy of third parties involved in a private manner with the deceased could easily arise. (ALMEIDA, 2019, p.95).

On an important note, the idea of transmissibility of rights of existential nature does not seem to be the most suitable. There ought to be some examination of whether that would include transmission of intellectual rights or only transmission of legitimacy of use and defense, meaning what is transferred to the heirs is only the defense of said rights. (POLI, 2008, p.32)

Following the same line of thought, Ascensão (2020, p.277) asserts that the right called upon by the heir is not their own. According to Perlingieri (2007, p. 181), since the concern is not of patrimonial nature, the word transmission is used improperly, when in reality it constitutes extraordinary procedural legitimacy. As stated by Debois (1973, p. 645), after death, existential rights continue in service of the former holder, not of their heirs.

2.2 LEGAL VIEWPOINTS

On the legal aspect, already three law projects were submitted in regards to regulating digital heritage in Brasil. On the Chamber of Deputies, said projects have been protocoled as: PL 4.099/2012, PL 4847/2012 e PL 7.742/2017.

PL (Law Project) 4.099/2012 aimed to include a single paragraph to the Article 1.788 of the Civil Code (Código Civil), while PL 4837/2012 aimed to include chapter II - A to the Civil Code, regarding heritage and its administration. This chapter would bring three new articles (Art. 1.797-A a 1.797-C) to the civil code, with intention to specifically regulate digital heritage. Finally, project nº 7.742/2017 ambitioned to alter the Internet Civil Mark (Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014), with the inclusion of Art. 10 - A.

Both law projects have been archived due to the end of the legislative term. Unfortunately, the National Congress did not concede the matter its due attention, and as each day goes by more conflicts brought forth by digital succession arise, indicating the urgency, in Brasil, to consolidate some sort of legislation that encompasses the ever more relevant topic of digital heritage, so that the conflict resolution can be done in concrete and equalitarian terms.

Following the archival of the aforementioned law projects, new proposals have been presented, some which literally replicate the aforementioned objectives, and some which bring a few innovations, however all have the same goal: to regulate the transmission of digital heritage in

Brasil. The following projects have been (re)submitted: PL 1.331/2015, PL 7742/2017, PL 8.562/2017, PL 6.468/2019, PL 3.050/2020, PL 410/2021, PL 1.144/2021 e PL 1.689/2021. Nonetheless, none of these projects have been effectively converted into legislation, as far as the date of publishing of this manuscript.

Furthermore, when evaluating law 12.956/2014 (Internet Civil Mark) and law 13.709/2018 (General Law of Data Protection), all recent legislation regulating internet use in Brazil, it is notable that neither digital heritage or the transmission of digital assets are encompassed in the aforementioned legislation.

Hence, given the absence of Brazilian regulation that differentiates assets stored virtually, transmission of said assets occurs according to the hermeneutic approach. From this perspective, digital assets stored through drives of *cujus* property can be easily transmitted to the respective heirs, since they are composed of tangible media, such as photos and videos archived in a notebook. However, most digital assets are stored or acquired through online services, as is the case for digital assets of existential nature, and thus the rules for access and transmission are dictated on the app's terms of use and service. (COSTA FILHO, 2016, p 34-35).

2.3 THE DIGITAL CONGLOMERATES VIEWPOINTS

Effectively, the big digital conglomerates dictate the rule for use, access and transmission of digital assets of existential nature. Part of the doctrine considers the stance adopted by these digital platforms as a third standpoint. In most cases, these platforms stand for the impossibility of transmission digital assets of any nature, be it of patrimonial, existential or hybrid nature, arguing that since these are strictly personal contracts, transmission is not an option. As far as the position adopted by these digital conglomerates goes, the user is entitled only to the right of use, which does not correspond to property rights. (BURILLE; HONORATO, LEAL, 2021).

Apple, through its Media Services Terms and Conditions, underlines that it gives only a “non-transferable license”⁶, while iCloud services⁷ predicates expressly a clause of “non existence of succession rights”. Therefore, any rights or content encompassed in any account are terminated after the holder's eventual death.

Furthermore, Google offers a service called “Inactive Account Manager”, a tool which can be used by the user to share a part of their data or to delete their accounts after a period of inactivity. The user can select a period from three to eighteen months as a time limit for the exclusion. Up to ten family members or friends can be called upon through this procedure, all which will be notified after the account's termination. On the possibility of sharing data, a trusted contact will receive an email with a list of shared data, including access to YouTube, Gmail, Google Drive

⁶ Apple Media Services Terms and Conditions. Available here: Legal - Apple Media Services - Apple. Accessed 08/02/2022.

⁷ iCloud Terms of Use. Available here; Legal - iCloud - Apple. Accessed 08/02/2022

and Blogger accounts⁸, although there is no transfer of the actual accounts, only transmission of permission for use.

In a similar way, Facebook allows for the user to choose a contact that will inherit one's account and manage it. On the app's settings it is possible to add the "heir contact" or to choose an option for the account's termination after the user's passing.⁹

When consulting Instagram's terms of use one can notice that the app allows for two different solutions in case of an user's passing: the account's termination or its conversion into a memorial. In the case of the account's transformation into a memorial, said accounts are displayed as a digital space for honoring one's life. After the account's conversion there can be no alteration of the information published there. Thus, photos, videos, comments, privacy settings, profile picture, followers and followed shall remain intact¹⁰, meaning the accounts transmission is prohibited.

TikTok, another social media which has gained incredible popularity in recent years, asserts only an intransmissible license of use of the platform¹¹. Accordingly, Twitter acts in a similar way, claiming a "non-attributable" license of use¹².

Therefore, it should be made clear that, even though a few platforms, such as Facebook, offer the possibility of a heir contact, most digital conglomerates do not accept the transmission of assets of existential nature, basing that alone on the grounds of it being a personal contract of intransmissible use, without any regards to an user's private autonomy to decide in favor of transmission of their assets to any heirs/third parties.

3 PRIVATE AUTONOMY AND THE TRANSMISSIBILITY OF DIGITAL ASSETS

After thoroughly comprehending what constitutes all three viewpoints, derived from the doctrine, the legislation and the digital conglomerates position, a proper analysis of the role played by private autonomy in the possibility of transmission of digital assets is due. Historically, the most prominent term used has been autonomy of the will, rather than private autonomy. The former appears in the context of the Industrial Revolution, when the concept of legal theory itself was coined under the lens of the moral principle of autonomy of the will, meaning that will was considered the essential aspect for the configuration of the state, the undertaking of obligations, etc. (FIUZA, 2021)

8 Information available on Google's account help section. Available here: Sobre o Gerenciador de contas inativas - Google Account Ajuda. Accessed 08/02/2022

9 Account termination after death. Available here: <<https://canaltech.com.br/seguranca/como-garantir-que-suas-contas-online-serao-deletadas-quando-voce-morrer/>>. Accessed 08/02/2022

10 Instagram's help section. Available here: What happens when a deceased person's Instagram account is memorialised? | Instagram Help Centre (facebook.com)

11 Tik Tok 's terms of use. Available here: Terms of Service | TikTok

12 Twitter 's terms of use. Available here: Twitter Terms of Service

Philosopher Immanuel Kant, through his theory of man's creative will, set aside notable contributions to the concept of autonomy of the will, thus exerting influence on the French Civil Code, which eradicated formalities so that simple consensus could be enough to transmit property. Furthermore, Kant also had an influence on German Pandect scholars, which articulated the concept of legal business as a manifestation of the will capable of producing effects. (FIUZA, 2021)

According to Cézar Fiúza (2021), Planiol, in 1899, declared the parties' will as the formative element in the obligation tied to a contract, in a way that the law plays only a sanctioning role of said will. Following the onset of the welfare state, in the twentieth century, when politicians and economists had already abandoned the idea of liberalism, jurists were still attached to the idea of autonomy of the will, since it expressed the paradigmatic model of contract that prevailed at the time.

However, following the ever growing capitalist hoarding, contracts went through a process of massification, thus revealing the need to reconsider whether the principle of the autonomy of the will would be enough to produce lawful effects. Said massification was responsible for altering the basic principles that structured contractual law. From that on, the contractual bind was no longer based only on will, since contracts began to be seen under the economic and social lens. (FIUZA, 2021).

Hence, the principle of autonomy of the will ceased to be the main factor in the development of contracts, no longer seen under a liberal lens, but rather as a social-economic phenomena. Nonetheless, it should be noted that said principle has not been completely discarded and that it has been and continues to be adopted, not as a protagonist, but rather playing a secondary role in the formation of contractual binds.

Furthermore, Francisco Amaral (2018) mentions that private autonomy should not be mistaken as autonomy of the will, since while the former expresses the power of will in law, in a concrete and real manner, the latter has a subjective and psychological connotation. Hence, whilst the former ought to be considered as cause of legal business (Art. 104, CC) and the main source of obligations, the latter ought to be considered as cause of legal action (Art. 185, CC). That being so, according to the author's lesson, private autonomy would be:

The power that individuals have to regulate, through their own will, the relationships they partake in, establishing their content and respective legal framework. It is one of the most significant representations of freedom as a legal value, expressed in the Preamble of the constitutional text, in the principle of economic initiative freedom (Brazilian Constitution, Article 170), and in the principle of contractual freedom.(AMARAL, 2018, p. 131).

According to Bruno Torquato de Oliveira Neves (2014), private autonomy stems from a fundamental tension, so that only a concrete case gives form to the actual content of private autonomy. The author underlines that said autonomy plays a part both in existential and patrimoni-

al lawful situations, and can be understood as an integrating part of personality self-construction, once it is constituted by both action and critical autonomy¹³.

Following this concept of autonomy as a personality self-construction, Francisco Amaral asserts that said autonomy possesses a projection on the ethical personalism, that is, on the axiological concept of an individual as the center of normative indictment. Hence, a human being without autonomy, while may be formally considered as a lawful holder, would be nothing more than a mere service provider to society.

3.1 PRIVATE AUTONOMY AND INFORMATIVE SELF-DETERMINATION: A LOGICAL CORRELATION?

The LGPD (General Law of Data Protection) came into being with the intention of regulating how personal data is treated, regarding both natural and juridical persons of private and public law, with its primary goal to protect fundamental rights regarding liberty, privacy and free personality development (Art. 1). Among the law's fundamental points, a few stand out: informative self-determination, freedom of expression, image and intimacy inviolability, economic development, free initiative, free personality development, etc (Art. 2).

In order to put forward a more productive dialogue, the following argument limits itself to only one of the fundamentals aforementioned: informative self-determination. According to Laura Mendes (2020), this concept originated in the german doctrine, through a report written by Steinmüller in 1971, following a request from Germany's Federal Ministry of the Interior, and was thereupon employed in following works regarding data protection rights.

In German jurisprudence, said concept became law following a sentencing regarding a census that included population, professions, residences and workplace. On said decision, Germany's Constitutional Court tackled the constitutionality of the 25th of march of 1982 law. The central point of the deal was founded in the processing of electronic data and the possibility of storing and transmitting data in unknown proportions (MENDES, 2020).

To said court, the automatic processing of data would endanger the individual's decision power, as well as their will to provide personal data to third parties, since this data processing would create a "complete personality profile" through systems, without any ways for the concerned party to manage its correction and use (MENDES, 2020). The automatic processing of data made by the census would

expand the influence of the State over individual behavior, as individuals would no longer be able to make free decisions due to the "psychological pressure of public involvement." A society "in which citizens are no longer able to know who knows what about them, when, and in what situation," would be contrary to the

13 Critical autonomy refers to man's ability to comprehend themselves and the world around them, thus establishing links derived from previously formed concepts. Autonomy of action is the ability to act in a certain way as determined by one's world view, that is, acting through one's critical autonomy. (NAVES, 2014).

right to informational self-determination, something detrimental to both individual personality and the common good of a democratic society. (VerfGE 65,1 (42), Recenseamento apud MENDES, 2020, p. 11).

Thus, the Constitutional Court combined two articles of said country's Fundamental Law, art. 2, §1 (free personality development) and art. 1, §1 (human dignity), to ensure a right to informative self-determination that would guarantee "an individual's power to decide on the gathering and use of their personal data". (BVERFGE 65,1 (43), census)

In conclusion, informative self-determination can be defined as a holder's right to determine whether or not they wish for their personal data to be collected, what are the limits of said approval and its subsequent utilization, transmission, storing and disposal. According to Tarcísio Teixeira, "it's every individual's right to manage and protect their private information, which can be read as an extension to the right to privacy" (TEIXEIRA, 2022, p. 40).

Maria Cachapuz (2014) underlines that the concept of informative self-determination, in the German Court's terms, authorizes a benchmark for the objectification of will, meaning it creates a possibility to make public something that belongs exclusively to the holder of personal data.

Therefore, it becomes patent that the power of will has a significant presence in the concept of informative self-determination, since the individual is capable of self-determination through his own will. On the process of exteriorization of said principle, it becomes noticeable that said will does not derive from a psychological and subjective connotation, but rather from a concrete, real and freely declared will, which encompasses a true expression of private autonomy. This affirmative is supported by Laura Mendes understanding, who asserts that

In order for the individual to exercise their power of informational self-determination, a legal instrument is necessary through which their will to authorize or not the processing of personal data can be expressed, their consent.. This is the mechanism that the law provides to uphold the private autonomy of the citizen. (MENDES, 2014, p. 60).

Since private autonomy can be seen as a source of legal business, and since the practice of informative self-determination presumes consent¹⁴ through a legal mechanism, it can be concluded that informative self-determination is the corollary of private autonomy, only directed specifically to data treatment.

On this matter, it is necessary to weave a few critical points regarding informative self-determination, in order to guarantee that the resulting concept can indeed represent a substantial protection to the individual, and not a mere following of protocoled legal formalities.

At first, it is important to emphasize that the principle of private autonomy, seen here as a principle of existential self-determination, cannot be restricted to a neoliberal and voluntaristic

¹⁴ Souza e Silva (2020) assert that consent acts as the exteriorization of the concept of informative self-determination, which therefore does not constitute as an element of said construct, but rather as an instrument for its realization.

tic theoretical construction, that seeks to confine self-determination to a mere idea of free consent. Existential self-determination presumes free, informed and discerned consent, and therefore informative self-determination, which derives from existential self-determination, cannot presume to restrict it.

Secondly, self-determination can no longer reside in the idea of power, faculty, interest, or even individual freedom. In a relational perspective of alterity, self-determination, as derived from said alterity, guarantees a set of freedoms and imposes a set of non-freedoms to the holder of a subjective individual right.

Thirdly, the concept of free consent should also not be restricted to the absence of vices of consent. The existence of freedom entails an exercise of possibilities. The more restricted the possibilities are, the more restricted autonomy is. The more ample the possibilities are, the more ample autonomy is. Thus, it is not enough for free consent to be absent of vices, it is crucial that there exists a real guarantee for the exercise of possibilities, under the penalty of not being able to speak of freedom, but freedoms, and not being able to speak of autonomy, but autonomies.

Finally, we can no longer speak of existential self-determination other than as a guarantee of space for free personality development and formation of dignity.

3.2 INTRANSMISSIBILITY FOUNDED ON CONTRACTUAL TERMS: MITIGATION OF PRIVATE AUTONOMY?

As aforementioned, private autonomy is seen as the cause of legal business and one of the main sources of obligations. In its majority, digital assets, be it of patrimonial or existential nature, are regulated only according to online terms of use and services, specifically through contracts of virtual adhesion which do not allow for discussion of the contractual terms, thus leaving the user with no choice but to accept the contract as imposed by the digital conglomerates.

According to Cintia Lima (2009, p. 507), contracts of virtual adhesion can take one of three forms: shrink-wrap, click-wrap and browse-wrap. Shrink-wrap contracts represent a form of adhesion which contain the conditions for use of a computer program distributed through a specialized establishment, so that the clauses are unilaterally laid out by the copyright holder. In turn, click-wrap type contracts describe a form of adhesion in which the service provider determines the contractual clause, which in turn have to be acknowledged in full by the adhering part, whereas the object referred is an asset of immaterial or material nature. On the other hand, browse-wrap contracts are defined as a commercial practice in which the owner of an internet page binds the terms of use and conditions for access to the site in an unilateral way, making use of a page's corner or a hyperlink, in order for the user to acknowledge the term's content (LIMA, 2009).

Article 424 of the Civil Code professes that “on contracts of adhesion, are to be considered null any clauses that prescribe for the anticipated renouncement of any rights derived from the nature of the matter”. Thus arises a necessary question: what are the rights derived from

the nature of a legal business as substantiated in assets of existential/hybrid nature? As aforementioned at the start of the present manuscript, said assets not only hold elements of existential nature, meaning actual projections of personality, but could also, at the same time, hold elements of patrimonial nature.

Maria Paula Sibilia (2008) asserts that intimacy has gone through a process of spectacularization in contemporary society, thus revealing our lives as a “spectacle of the ego” in which the centrality of ego (what I like, what I want, what I need for my life) is now present in an overblown and unproportioned way in public/virtual spaces, representing a constant need to share and be seen by a public as if one’s life were the center of a spectacle, where everyone can be a part of their own Truman Show. This of course can only be possible in the context of social media networks, responsible for the “democratization” of a connectivity space, where everyone can finally be seen,

Bruno Zampier, adopting Debord (1997) lessons, declares social relations mediated through self-appointed images as part of “the society of the spectacle”, mentioning social media as the biggest example of said phenomena.

Undoubtedly, people engage through social media as a way to be seen, noticed and remembered, and to interact, albeit in an instantaneous and superfluous manner, with an audience. It is evident that people have always feared being forgotten, in life or after death, and that technology allows for the illusory possibility of escaping just that, through a perpetual exposure of our image in said “society of the spectacle”, whether that takes the form of sharing content or techniques of digital resuscitation.

Accordingly, if social media plays a notable part in the spectacularization of life and as a form of social interaction, the aforementioned adhesion contracts regulating said activity could not contain terms that prohibit the transmission of the legitimate exercise of said rights¹⁵, both regarding transmissions done antemortem and postmortem. In legal terms, said clauses are considered null.

Therefore it is right to attest that the intransmissibility of the legitimate use of digital assets of existential/hybrid nature, as championed by the digital conglomerates, implies genuine mitigation of private autonomy, since it imposes an anticipated renouncement of the users rights, as derived from the nature of the legal business.

Finally, we emphasize the logical contradiction that exists in, on one hand, allowing the free handling of personal data, while, on the other hand, not allowing the transmission of digital assets of existential nature, since a digital asset is, from a macro perspective, nothing more than a set of data regarding an individual. Therefore, we conclude that the endorsement of intransmissibility weakens existential self-determination itself.

¹⁵ It is important to reinforce that the present work stands for the transmissibility of legitimacy for exercise of rights, not for the transmission of said rights.

FINAL CONSIDERATIONS

As devised, the doctrine foresees the conceptualization of digital assets and its following division in assets of patrimonial, existential and hybrid nature. The discussion involving the concept of digital heritage brings out many questions to legal studies, especially regarding the possibility of transmission of assets of existential and hybrid nature.

In Brasil, there are three diverse viewpoints that argue on the transmissibility of digital assets of said nature, the most prevalent one which stands strictly for the transmissibility of assets of patrimonial nature, following an understanding that perceives the transmission of assets of existential/hybrid nature as a post-mortem violation of one's right to privacy. Therefore, the absence of viability of said viewpoint becomes visible, since to argue favorably to that would be the same as recognizing a dead person's right to privacy, when in reality what exists is a sphere of negative freedom.

The second viewpoint presented here, still outnumbered in Brasil, but ever growing in the past years, argues that all assets that compose someone's digital patrimony should be transmitted, except when there exists a contrary disposition expressed by the holder. We stress that said viewpoint seems to be the most adequate for the current context, which allows for the holder to exert their private autonomy by restricting future access to their assets of existential and hybrid nature.

There also exists an in-between position, which acknowledges that assets of existential/hybrid nature can only be transmitted when the holder has expressed consent in that regard, and when said consent does not violate a third party's right to privacy and/or intimacy. Thus it would seem this middle position prioritizes the privacy of others in detriment of the individuals private autonomy and their right to self-determination.

In the legislative area, albeit considerable parliamentary efforts regarding the proposals of law projects and the configuration of specific laws regulating use of internet and data protection in Brasil, there are still no clear specific rules that acknowledges the transmissibility of digital assets of any nature. Therefore, even though and since there exists no specific regulation on said transmissibility, the rules of succession law adopted in internal law practice should prevail. Thus, if we consider the totality of the deceased's assets as composing succession rights, as constitutionally guaranteed, the aforementioned transmission could not be fully barred, and the resolution point of the problem discussed here should be anchored in the fixation of clear criteria for transmissibility.

Considering that most assets of existential/hybrid nature are regulated based on contractual terms, and through a dedicated analysis of said terms, it becomes clear that the main viewpoint adopted by tech conglomerates goes against the transmission of digital assets, arguing the existence of only a license to use that does not render any property rights.

However, as has been pointed out before, both the position adopted according to the doctrine and the one represented by the tech conglomerates do not take into account what has

been defined as an individual's private autonomy, or even what has been called informative self-determination. Both principles have been coined under the lens of the concept of free personality development, and thus, in current day's information society, the adhesion of rules that restrict the exercise of one's private autonomy effectively evidentiates the acknowledgment, by big tech conglomerates, of a human person only as a means to obtain profit.

It became apparent that a defense of total intransmissibility based only on contractual terms reinforces the authority that big digital conglomerates hold in dictating the rules for succession law, doing so in direct confrontation with the rules previously established in internal law practice. More so, it would seem that contractual clauses that bar the transmission of digital assets are to be considered null, legally speaking, since they entail an anticipated abdication of the user's right as derived from the nature of the law business in question.

Even more, if it is made possible to establish the destination of personal data (through informative self-determination), for what reason would it not be possible to establish the destination of digital assets of existential/hybrid nature? Are digital assets not composed of data? That is, it is possible to define the destination of separate data, but not when it is combined? If, as established, in today's information society there exists a "show of ego", why stop the individual from continuing with the show after death? Should it not be possible to hold control over your own personality's digital projection?

Considering the concept of free personality development as interlinked to the ideas of private autonomy and informative self-determination, the prohibition of transmission of digital assets means actual influence in an individual's personality development. Therefore, even though there currently exists a legislative gap regarding specifically the transmission of digital assets, through the conjugation of both principles mentioned, it is possible to reach the conclusion that there cannot exist a fencing to said transmission, at least in cases when there exists a document of expressed consent signed by the holder, under penalty of completely disregarding one of the core figures of normative imputation, that is, the person.

REFERENCES

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital: como se dá a sucessão dos bens digitais.** Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

ALVES, Jones Figueiredo. **Herança Digital.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Available here: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1006/Heran%C3%A7a+digital>>. Acesso em: 27/04/2021.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 10 ed. revista e modificada. São Paulo: Sarai-va Educação, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Tecnologia, Morte e Direito: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”.** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LE-

AL, Livia Teixeira. **Herança Digital: Controvérsias e Alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Foco, 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Câmara dos deputados: Brasília, DF, 2012. Available here: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>>. Access : 02/04/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Câmara dos deputados: Brasília, DF, 2012. Available here:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>>. Access : 02/04/2021.

BRASIL. **Código Civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**: Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília: Presidência da República, 2014.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília: Presidência da República, 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 7742/2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Câmara dos deputados: Brasília, DF, 2012. Available here: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>>. Access: 02/04/2021.

BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP)**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 28, p. 207-227, abr./jun. 2021.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa**. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 15 n. 107 Out. 2013/Jan. 2014, p. 823 a 848.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. **Patrimônio Digital: Reconhecimento e Herança**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2016.

DEBOIS, Henri. **Le droit d'auter en France**. Imprenta: Paris, Dalloz, 1973.

EMERY, Miguel Angel. **Propiedad intelectual**. Astrea: Buenos Aires, 1999.

FIUZA, Cesar. **Crise e interpretação no direito civil**. In: Direito civil : curso completo / César Fiúza. - 22. ed. – Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2021. p. 113-120.

GONÇALVES, Laura Marques. **Transmissão post mortem de patrimônio digital: em defesa da ampla sucessão.** Belo Horizonte, 2021. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito.

JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Herança digital: especialista analisa recepção do tema no ordenamento jurídico.** Assessoria de Comunicação do IBDFAM, 16 de julho de 2020. Available here: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7499/Heran%C3%A7a+digital:+especialista+analisa+recep%C3%A7%C3%A7%C3%A3o+do+tema+no+ordenamento+jur%C3%ADcico>>. Access: 27/04/2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário.** Belo Horizonte, 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá.** 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2022-07-26.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Autodeterminação informativa: a história de um conceito.** Revista Pensar, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental.** São Paulo, Saraiva, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil: os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POLI, Leonardo. **Direito Autoral: Parte Geral.** Belo Horizonte: Del rey, 2008.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SIBILIA, Paula. **O show do eu: a intimidade como espetáculo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **Proteção de dados pessoais e os contornos da autodeterminação informativa.** Revista Informação & Sociedade: Estudos, João Pessoa, v.30, n.2, p. 1-19, abr./jun. 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 6. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022.

COMO CITAR: GONÇALVES, Jeferson Jaques Ferreira; POLI, Leonardo Macedo. Private autonomy and post-mortem transmissibility of digital assets of existential/hybrid nature. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 115-131, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p115-131. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 06/08/2024

Aprovado em: 01/11/2024

A ESCRITURA PÚBLICA COMO PILAR DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS ECONOMICAMENTE RELEVANTES: A REDEFINIÇÃO DA ATIVIDADE NOTARIAL À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE PUBLIC DEED AS A PILLAR OF ECONOMIC EFFICIENCY IN ECONOMICALLY RELEVANT PARITY CONTRACTS: REDEFINING NOTARIAL ACTIVITY IN THE LIGHT OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Ricardo Correia de Melo*

Marcelo Juan Amorín Pisa**

*Mestrando em Direito Econômico e Relações Empresariais (Universidade de Marília - UNIMAR)
Email: ricardo@cartoriomelo.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7291-2293>

** Doutor em Direito e Ciências Sociais (Universidad de la República Uruguay – UDELAR)
Email: mamorin@asfmabogados.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4150-3598>

Como citar: MELO, Ricardo Correia; PISA, Marcelo Juan Amorín. A escritura pública como pilar de eficiência econômica nos contratos paritários economicamente relevantes: a redefinição da atividade notarial à luz da análise econômica do direito. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 132-154, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p132-154. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo científico empreende a análise da validação da hipótese de que a escritura pública se revela como instrumento jurídico e econômico adequado para garantir a eficiência econômica dos contratos nela formalizados, adotando, para tanto, o método hipotético dedutivo. Num contexto em que contratos são celebrados com maior celeridade e desapego às formalidades, os contratos paritários economicamente relevantes ainda remanescem, exigindo, entretanto, um novo modelo de tutela para a garantia não apenas de sua juridicidade, mas, igualmente, de sua eficiência econômica. Propõe-se, então, a adoção de um novo paradigma da função notarial para atender essas novas exigências jurídicas, sociais e econômicas do âmbito contratual: o aprimoramento do notário por meio da adesão à metodologia da *Law and Economics*, e, por consequência, a evolução da escritura pública como resultado da aplicação da teoria econômica ao direito. Este estudo explora de que maneira o Notário desempenha um papel fundamental na promoção da integridade, validade, sob esse novo perfil, também a eficiência nas relações negociais. O artigo ressignifica o papel do Notário, tradicionalmente associado à segurança jurídica, desta vez, como agente econômico regulador jurídico. A análise propõe a compreensão do novo modelo de atuação que resulta na escritura pública como instrumento de maximização da eficiência econômica dos contratos. A investigação, fundamentada no método hipotético dedutivo, colima apresentar um novo paradigma para compreensão da atuação do Notário como um arquiteto da tomada de decisões, que, com o auxílio do ferramental teórico da economia comportamental, baliza o aprimoramento jurídico e econômico das relações negociais privadas. Adicionalmente, o estudo incorpora dados provenientes de pesquisa bibliográfica de cunho filosófico, jurídico e econômico, normativa, analisados criticamente à luz da experiência profissional do autor. Essa abordagem multidisciplinar

visa enriquecer a compreensão do papel do Notário como agente central na construção de uma nova cultura negocial e alinhada com os valores sociais, econômicos e jurídicos contemporâneos.

Palavras-chave: contratos; escritura pública; eficiência econômica; *law and economics*.

Abstract: This scientific article analyzes the validity of the hypothesis that the public deed is an adequate legal and economic instrument to guarantee the economic efficiency of contracts formalized in it, using the hypothetical deductive method. In a context in which contracts are concluded with greater speed and detachment from formalities, economically relevant parity contracts still remain, requiring, however, a new model of protection to guarantee not only their legality, but also their economic efficiency. We therefore propose the adoption of a new paradigm for the notarial function in order to meet these new legal, social and economic requirements in the contractual sphere: the improvement of the notary through adherence to the methodology of Law and Economics and, consequently, the evolution of the public deed as a result of the application of economic theory to law. This study explores how the notary plays a fundamental role in promoting integrity, validity and, under this new profile, efficiency in business relations. The article reframes the role of the notary, traditionally associated with legal certainty, this time as a legal and economic regulator. The analysis proposes an understanding of the new model of action that results in the public deed as an instrument for maximizing the economic efficiency of contracts. The investigation, based on the hypothetical deductive method, aims to present.

Keywords: contracts; public deeds; economic efficiency; law and economics.

INTRODUÇÃO

Na era contemporânea, marcada pela rápida evolução tecnológica, globalização dos mercados e complexificação das relações comerciais, a questão da eficiência econômica torna-se uma preocupação central para os atores envolvidos no universo contratual. A busca por soluções que não apenas garantam a segurança jurídica das partes, mas também promovam a otimização dos recursos e a maximização dos resultados, é um desafio premente que demanda uma análise cuidadosa, sistematizada e inovadora.

Nesse cenário, o modelo clássico de contratação paritária, embora tenha resistido ao teste do tempo, enfrenta novas pressões e exigências. A crescente velocidade das transações, a expansão das fronteiras comerciais e a complexidade das relações contratuais exigem uma adaptação constante e uma abordagem mais refinada para garantir sua relevância e eficácia no cenário contemporâneo.

É dentro desse contexto, mais precisamente no âmbito dos contratos economicamente relevantes, que surge a hipótese que concebe a escritura pública como um instrumento fundamental na busca pela eficiência econômica sobretudo dos contratos paritários, não apenas, como requisito de validade para determinados atos jurídicos, consoante determinação legal.

Conforme será analisado nos próximos capítulos, para a validação da plausibilidade daquela hipótese, será imprescindível a superação do modelo clássico de atuação dos notários, por meio da adoção de uma metodologia que consiga agregar a aplicação do instrumental teórico das ciências econômicas ao labor jurídico daquele profissional do direito, no caso, referimo-nos à adoção da Análise Econômica do Direito (AED) como arcabouço metodológico jus-econômico, vale dizer, “[...] usar as ferramentas da ciência econômica para compreender, explicar e resolver problemas jurídicos” (Timm; Guarisse, 2023, p. 301).

Deste modo, por essa perspectiva, os tabeliões de notas são orientados a deixar de atuar como mero redatores de atos notariais para se tornarem verdadeiros regentes do direito contratual, tal como o ordenamento jurídico há muito preconiza, conferindo máxima eficácia à norma disposta no art. 6º da Lei n. 8.935/1994 (Estatuto dos Notários e Registradores - ENR) (Brasil, 1994).

A escritura pública, com efeito, deixa de ser mera forma de autenticação e formalização de acordos, para adicionalmente oferecer uma série de vantagens que podem contribuir significativamente para aprimorar a eficiência econômica dos contratos e fortalecer as relações comerciais, mormente, as empresariais.

Nos próximos capítulos, iremos explorar mais detalhadamente as vantagens e desafios associados ao uso da escritura pública na formação e execução dos contratos paritários, bem como propor estratégias e recomendações para maximizar seus benefícios e minimizar seus riscos.

Ao fazê-lo, esperamos contribuir para o avanço do conhecimento e práticas relacionadas ao direito contratual e para o fortalecimento das relações comerciais em um ambiente cada vez mais complexo e desafiador.

1 A RELAÇÃO ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

1.1 EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Antes de adentrar no cerne da questão acerca de que modo a escritura pública pode ser concebida como um pressuposto de eficiência econômica dos contratos nela formalizados, é necessário antes compreender conceitos basilares tais como: que seria eficiência, eficiência econômica dos contratos, economia comportamental e como, tais elementos, se relacionam com a Análise Econômica do Direito ou Juseconomia.

A assertiva de que eficiência é um princípio econômico é de fácil assimilação, considerando que o conceito de eficiência tem sua origem na teoria econômica.

Conforme a definição de Fux e Bodart (2021, p. 27), “Economia é o estudo da alocação de recursos escassos em seu uso mais eficiente, considerando o comportamento de diferentes agentes na busca pela maximização do atendimento de suas preferências pessoais”.

Economia é, pois, a “[...] ciência das consequências do comportamento humano” (Posner, 2011, p. 47), enquanto “[...] o direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano” (Gico Junior, 2023, p. 20).

Destarte, segundo Gico Junior (2023, p. 37):

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.

De acordo com o escólio de Mackaay e Rousseau (2014, p. 665):

A análise econômica do direito, usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das reformas propostas. É, por isso, ferramenta preciosa para o legislador, para o juiz e para a doutrina convidada a exercer a nobre missão de trazer à luz os fundamentos do direito e mostrar os caminhos para sua adaptação às novas realidades.

A eficiência, no contexto econômico, refere-se, em apertada síntese, à capacidade de otimizar a alocação de recursos para atingir objetivos específicos, buscando maximizar resultados com a utilização mais adequada dos recursos disponíveis.

Noutras palavras, eficiência é o método de escolhas orientado no sentido da obtenção dos melhores resultados com o menor dispêndio de recursos escassos, nos limites das possibilidades de cada situação.

A doutrina especializada ainda classifica a eficiência em “eficiência produtiva” e “eficiência alocativa”.

Eficiência produtiva consiste na capacidade de produzir mais com os mesmos recursos (produtividade) ou produzir o mesmo com menos recursos (economicidade), elementos essenciais e interligados na busca pela otimização.

No âmbito da eficiência produtiva, o enfoque recai sobre a organização do processo produtivo visando alcançar maior produção com os mesmos recursos (produtividade) ou manter a produção anterior com menor dispêndio de recursos (economicidade). Não basta aumentar a produção gastando mais, ou economizar sem atingir o nível desejado de bens e serviços; a verdadeira eficiência produtiva demanda a conjunção desses elementos, conforme preleciona Gico Junior (2023, p. 104).

De outro turno, a eficiência alocativa concentra-se na análise da utilidade decorrente do conjunto de bens e serviços produzida, considerando as preferências da sociedade. Enquanto a eficiência produtiva aborda o processo de produção (como produzir), a eficiência alocativa investiga o bem-estar proporcionado por cada produto (o que produzir).

Deste modo, alcança-se eficiência alocativa quando a distribuição de bens e serviços maximiza a utilidade social, ou, noutras palavras, “[...] uma escolha será alocativamente eficiente se não houver qualquer outra alocação possível que gere um bem-estar maior para a sociedade” (Gico Junior, 2023, p. 104).

1.2 EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Segundo o escólio de Konder e Bandeira (2020, p. 5), considera-se o contrato o “negócio jurídico bilateral em sua formação e patrimonial no seu objeto, destinado a autorregulamentar interesses”.

De outro lado, Timm e Guarisse (2023, p. 113), tomando como premissa que contratos são autênticos instrumentos para a criação de riquezas, lecionam que “[...] um contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes. É, assim, um meio de troca entre pessoas. Os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente”.

Para Azevedo (2005, p. 113), sob a perspectiva econômica, “[...] um contrato é um acordo, entre duas ou mais partes, que transmite direitos a elas, assim como estabelece, exclui ou modifica deveres”.

Destarte, contrato é, em seu aspecto econômico ideal (leia-se, eficiente), o instrumento de promoção de trocas úteis¹ e justas para todos os envolvidos, direta ou indiretamente, quer sejam partes, quer seja em relação àqueles que apenas sintam os reflexos do negócio jurídico.

O contrato economicamente eficiente é o contrato equilibrado e equilibrável, exequível para além das situações ordinariamente antevistas, promotor da realização de trocas úteis e justas e que convida os contratantes a satisfazer suas obrigações de forma colaborativa virtuosa.

O contrato terá um resultado eficiente se produzir excedente econômico maior que zero, vale dizer, se ele promover o aumento total de riqueza da sociedade (Timm; Guarisse, 2023, p. 304).

Contratos economicamente eficientes conduzem a melhorias de Pareto:

Isso significa que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: (i) deixem pelo menos um indivíduo em melhor situação; e (ii) não deixem nenhum indivíduo em pior situação. O ótimo de Pareto caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível (Timm; Guarisse, 2023, p. 303-304).

De outro turno, pode-se deduzir a eficiência dos contratos sob um aspecto negativo, pela ausência de “[...] fatores que podem afastar o mercado do nível ótimo, as chamadas falhas de mercado” (Timm; Guarisse, 2023, p. 310), quais sejam: (i) externalidades; (ii) assimetrias de informação, e, (iii) custo de transação.

De acordo com o escólio de Porto e Garoupa (2022, p. 73):

O conceito de falha de mercado, dentro da teoria econômica, refere-se a circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições refletem desvios das condições ideais de um sistema competitivo: indivíduos e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, passam a agir em dissonância com o interesse social.

Por sua vez, externalidades:

Podem ser definidas, portanto, como o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que dela não participou. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo assim classificado como externalidade negativa ou positiva, respectivamente. Quando temos uma externalidade negativa de produção, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade do bem acima da que seria desejável do ponto de vista social. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado, tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável (Porto; Garoupa, 2022, p. 75).

1 Timm e Guarisse (2023, p. 303) aduzem que a utilidade é a métrica que se vale a Ciência Econômica.

Antes de abordar a próxima falha de mercado que prejudica a eficiência contratual, é necessário ponderar que externalidades podem influenciar na formação ou não dos contratos e na arquitetura de seu conteúdo, fato correntemente ignorado pelos agentes econômicos.

Há uma intrínseca relação entre o princípio da função social dos contratos e as externalidades derivadas das transações negociais, muito embora sejam comumente tratadas e estudadas de forma estanques por juristas e economistas.

A assimetria de informação ou problema do déficit informacional, a seu turno, “[...] consiste no fato de os contratantes, no momento em que celebram o contrato, não deterem todas as informações necessárias para o entendimento pleno da transação” (Porto; Garoupa, 2022, p. 81). Deste modo, “[...] muitas vezes, apenas uma das partes conta com tais dados, criando um desequilíbrio de poder que pode levar a problemas de alocação de recursos” (Porto; Garoupa, 2022, p. 81), situação que “[...] impede uma escolha racional e fundamentada²” (Panero, 2019, p. 110) pela outra parte.

A suficiência de informações acerca do objeto da contratação, do modo de sua execução sadia, de possíveis intercorrências ou de suas repercussões para além dos lindes daquela avença é medida proporcional à eficiência econômica do contrato.

Isso porque a avaliação do tempo, lugar e modo da alocação de recursos escassos para a obtenção de melhores resultados demanda conhecimento bastante para tal exercício de otimização. Noutras palavras, é inviável granjear êxito em um jogo em que não se conhece todos ou, ao menos, a maioria dos elementos que envolvem a partida (regras, táticas, disposição dos demais jogadores etc.).

De acordo com a doutrina especializada, a assimetria de informações pode causar dois problemas específicos: (i) “seleção adversa”, que nas palavras de Timm e Guarisse (2023, p. 313), “[...] ocorre quando uma das partes está mal-informada sobre as qualidades de um produto ou serviço específico, mas sabe apenas a qualidade média dos produtos daquele mercado”, caso em que a parte mal informada, em razão dos riscos derivados dessa obscuridade, exigirá uma compensação/estímulo para efetuar a transação; e, (ii) “risco moral”, que “[...] significa que uma parte tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração” (Timm; Guarisse, 2023, p. 313).

Por derradeiro, Timm e Guarisse (2023, p. 313), explicitam que os “custos de transação”, definidos como “aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais”, podem conduzir a mercados ineficientes. O tema dos custos de transação foi originalmente analisado pelo economista britânico Ronald Coase, em seu artigo “The Problem of Social Cost”, de 1960, no qual enuncia o famoso Teorema de Coase.

De acordo com Coase (1960, p. 15),

Para efetuar uma transação de mercado, é necessário descobrir com quem se quer negociar, informar as pessoas de que se quer negociar e em que condições

2 “Impide uma elección racional y fundada”, no orginal.

que se pretende transacionar e em que condições, conduzir as negociações que conduzem a uma negociação, redigir o contrato, efetuar as inspeções necessárias para se certificar de que os termos do contrato estão a ser respeitados, e assim por diante. Estas operações são muitas vezes extremamente onerosas, suficientemente onerosas para impedir muitas transações que seriam efetuadas num mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos³.

Sob essas condições ideais, o Teorema de Coase argumenta que as partes envolvidas serão capazes de chegar a acordos mutuamente benéficos por meio de negociações privadas. Independentemente da alocação inicial dos direitos de propriedade, as partes têm incentivos para negociar e realocar recursos de maneira a maximizar o bem-estar total da sociedade. Isso ocorre porque, na ausência de custos de transação significativos, as partes podem internalizar os custos e benefícios de suas ações, levando a uma alocação eficiente de recursos.

No entanto, é importante ressaltar que as condições necessárias para a aplicação do Teorema de Coase raramente são completamente atendidas na prática, fato que, para além de não infirmar sua relevância, permite determinar a direção dos estudos da eficiência contratual diante das limitações que permeiam a situação concretamente experimentada.

De todo até agora exposto, verifica-se que a eficiência econômica dos contratos foi analisada sob a perspectiva do mercado.

Pode-se, entretanto, trabalhar paralelamente com outros dois conceitos de eficiência econômica contratual, que levam em consideração os interesses imediatos e mediados das partes em determinada transação, não a repercussão das transações para o mercado.

A compreensão de tais conceitos serão essenciais para a análise da hipótese estudada neste trabalho.

A eficiência econômica contratual, sob seu aspecto subjetivo imediato, diz respeito à obtenção dos melhores resultados pelas partes, tendo como parâmetro apenas as pretensões subjetivas presentes na entabulação e no cumprimento daquele contrato específico.

De outro turno, a análise da eficiência econômica contratual, sob seu aspecto subjetivo mediado, se traduz no estudo e avaliação do impacto ou influência daquela transação comercial em determinado sistema econômico.

Nesta perspectiva, analisa-se os contratos individuais a partir da função que eles exercem em um sistema ou processo econômico. Sob esse prisma, não considera o contrato um fim em si mesmo, mas o instrumento para a consecução de um objetivo maior dentro de um ciclo econômi-

3 Tradução livre realizada a partir do seguinte excerto: *"In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost"*.

co, de sorte que a eficiência econômica de determinado contrato é aferida a partir dos resultados por ele produzidos dentro daquele empreendimento ou objetivo conglobado.

Com efeito, a aferição da eficiência do contrato será realizada pela análise de seus elementos e dos possíveis resultados obtidos a partir daquela arquitetura de vontades, seja em relação aos seus elementos intrínsecos, seja em relação ao seu papel dentro de certo ciclo ou sistema econômico.

Deste modo, será presumivelmente considerado economicamente eficiente o contrato em que, aquilatado com o menor custo de transação, suas cláusulas foram entabuladas após a ponderação e deliberação racional das partes acerca de: (i) seu conteúdo, informado e instruído pela melhor alocação dos riscos, direitos e obrigações; (ii) tempo, lugar e modo de sua celebração; (iii) da redação clara e precisa de suas cláusulas; e, (iv) das consequências jurídicas e econômicas do adimplemento adequado, do adimplemento ruim, do inadimplemento relativo e do inadimplemento absoluto, com os respectivos estímulos para a adoção do comportamento desejável.

Traçada essa premissa, insta, agora, adentrar aos domínios da atividade notarial, para compreender a relevância da escritura pública não apenas para a segurança jurídica, fato notório e inconteste, mas igualmente para a eficiência econômica contratual.

2 A ESCRITURA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Os atos notariais, dos quais a escritura pública constitui espécie, transcendem uma simples função burocrática e representam, de fato, um instrumento essencial para a ampliação da segurança jurídica nas relações negociais. Neste capítulo, será analisado como a escritura pública pode simultaneamente assegurar a segurança jurídica e promover a eficiência econômica dos contratos.

2.1 A ESCRITURA PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO DE JURIDICIDADE DOS CONTRATOS

A escritura pública historicamente foi concebida como documento no qual uma autoridade dotada de fé pública atesta a existência ou o modo de ser de determinado ato ou fato relevante.

Conforme lembram, Kümpel e Ferrari (2022, p. 232):

De modo simples e segundo as Ordenações Afonsinas, a escritura é o ato de escrever constituindo o papel autêntico em que se contém o contexto de compras, vendas, obrigações contratuais, doações, dentre outras manifestações de vontades, feitas com certas solenidades.

Deste modo, é possível afirmar que, nos primórdios, a função da escritura pública era estritamente documental. Ao autor da escritura pública competia retratar fidedignamente um fato ou as manifestações de vontades, negociais ou meramente declaratórias, observando determinadas formalidades, as quais garantiam a coesão da atividade notarial.

A lânguida segurança jurídica dos atos notariais derivava da presunção de veracidade dos fatos atestados naquele documento público e da observância (muitas vezes irracional) das solenidades legais.

Modernamente, entretanto, com a evolução da atividade notarial, aos notários foi outorgada uma nova gama de atribuições, as quais repercutiram no robustecimento dos atributos da escritura pública.

No Brasil, com o advento da Lei n. 8.935/1994, os serviços notariais e de registro passaram a ser expressamente definidos como de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1º), e os notários, por sua vez, reconhecidos como **profissionais do direito** dotados de fé pública (art. 3º) (Brasil, 1994).

Em razão disso e de forma coerente com o novo regime jurídico aquilatado para a atividade notarial, o Estatuto dos Notários e Registradores positivou que compete aos notários, para além de autenticar fatos, formalizar juridicamente a vontade das partes e intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo (art. 6º).

Com efeito, o referido diploma legal consolidou o movimento que atribuiu ao notário e nele reconhece o protagonismo no direito contratual em contraposição à clássica figura meramente certificadora.

O tabelião de notas, conforme o sistema de notariado do tipo latino, adotado no Brasil, na lição de Ferreira, Rodrigues e Cassetari (2022, p. 15, grifo nosso), é então concebido como “[...] *um profissional do direito titular de uma função pública nomeado pelo Estado para conferir autenticidade aos atos e negócios jurídicos integrantes dos documentos que redige, assim como para aconselhar e assessorar as partes que lhe requerem os serviços*”⁴.

Panero (2019, p. 111), ponderando sobre importante inovação trazida pelo Código Civil argentino, assinala que “neste sentido, afirmamos que o dever geral e funcional de aconselhamento do tipo latino de nota é mais extenso e completo do que o dever de informar o consumidor e o usuário, agora com a hierarquia de uma norma constitucional e legal”.

No contexto da edição do Estatuto dos Notários e Registradores, há um reconhecimento legal do papel fundamental do tabelião de notas como o contratualista por excelência, conforme preconiza o notariado do tipo latino.

Por consequência, a escritura pública passou a desempenhar uma função expandida, indo além da sua tradicional atribuição certificadora. Além de certificar a autenticidade dos atos e negócios jurídicos formalizados por seu intermédio, a escritura pública assumiu um papel ainda mais relevante: o de garantir a juridicidade desses mesmos atos e negócios jurídicos.

Conforme asseveram Ferreira, Rodrigues e Cassetari (2022, p. 15-16):

⁴ O destaque naquele excerto, ausente no original, destina-se a enfatizar a mudança de paradigma da função notarial.

Ao redigir os documentos notariais, o notário deve atuar sempre conforme a lei, interpretando a vontade das partes e adequando-a às exigências legais. Dá fé e qualifica a capacidade e legitimidade dos outorgantes em relação ao ato ou negócio jurídico que *in casu* pretendem realizar. Controla a legalidade e deve assegurar-se de que a vontade das partes, que é expressa na sua presença, é livremente declarada, sem importar o suporte em que conste o documento notarial.

Para Debs (2023, p. 1538),

O notário exerce a função de: **a) consultor jurídico**, no sentido de assessorar as partes, imparcialmente, para que suas vontades se traduzam em possibilidades jurídicas; **b) polícia jurídica**, fazendo a prevenção de litígios; e, **c) redator qualificado**, pois reveste de forma jurídica e adequada a vontade das partes.

Ao solenizar um contrato por meio de uma escritura pública, as partes podem ter a garantia de que o acordo está em conformidade com a legislação vigente e que seus direitos e obrigações estão devidamente estabelecidos e protegidos.

Dessa forma, a escritura pública não apenas atesta a validade e autenticidade dos contratos, mas também oferece uma camada adicional de segurança jurídica, assegurando que as partes estejam cientes e compreendam plenamente as implicações legais de seus atos. Isso é especialmente importante em transações de maior complexidade ou valor, onde a clareza e precisão dos termos do contrato são essenciais para evitar litígios e garantir o cumprimento das obrigações assumidas.

Pode-se inferir, com base no que foi exposto, que o Estatuto dos Notários e Registradores consagrou a concretização da potência ao movimento que preconiza a escritura pública como um pressuposto de juridicidade dos contratos nela formalizados. Vale dizer, a partir daquele edito legal, restou cristalizada a presunção de que os contratos celebrados por intermédio de escritura pública são juridicamente adequados.

Contudo, as inovações normativas introduzidas pela Lei n. 14.711/2023, conhecida como Marco Legal das Garantias, provocaram a adoção de um novo paradigma de atuação por parte dos notários e, por conseguinte, uma reconfiguração do papel desempenhado pela escritura pública (Brasil, 2023).

2.2 A ESCRITURA PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

É recorrente, embora de maneira imprecisa, observar entre profissionais, na esfera popular e até mesmo na doutrina, a compreensão de que a escritura pública está atrelada somente aos casos em que o ato notarial constitui um requisito essencial para a validade de um determinado ato ou negócio jurídico, sobretudo aqueles que envolvem transações imobiliárias.

A cultura jurídica nacional, sedimentada no juspositivismo clássico, obscurece o entendimento segundo o qual a bússola da eficiência conduz a caminhos propositalmente não cartografados pelo ordenamento jurídico.

Isso porque ao ordenamento jurídico compete essencialmente estabelecer regras de comportamento humano com o espoco de promover a pacificação social, não necessariamente estabelecer métodos de concretização ou maximização da eficiência nas interações sociais, que depende do anseio de cada indivíduo.

Sem embargos disso, pela análise do ordenamento civil, é possível identificar hipóteses em que o legislador nacional há muito, verificando a necessidade de se assegurar a eficiência econômica de determinados jurídicos, impôs a forma pública – na verdade, a imprescindibilidade da escritura pública – para a validade de determinados atos e negócios jurídicos, tal como ocorreu em relação à adoção de pessoas capazes e ainda perdura em relação à emancipação, acordos pré-nupciais e a cessão de direitos hereditários.

A resposta de tal exigência normativa possui um contexto juseconômico.

A utilização da escritura pública para além de garantir a segurança, eficácia e autenticidade dos atos e negócios jurídicos, traz consigo, a pressuposição de que as partes envolvidas foram aconselhadas sobre elementos informadores acerca da conveniência e oportunidade daquele ato ou negócio jurídico, seus efeitos, suas possíveis repercussões intrínsecas (internalidades) e extrínsecas (externalidades), a exortação à tomada de decisão racional, assentada no sólido e consciente desejo de praticar aquele ato, bem como a instrução para que aquele ato ou negócio jurídico pudesse produzir todos os efeitos colimados.

Para ilustrar, cite-se, por exemplo, a hipótese da celebração de pacto antenupcial, em que os nubentes não são orientados apenas acerca dos aspectos patrimoniais imediatos derivados do regime de bens, mas igualmente das implicações acerca da administração patrimonial, repercussões sucessórias e a possibilidade de estabelecimento de cláusulas enunciativas de negócio jurídico processual. Além disso, as partes também são informadas das repercussões da não celebração do pacto antenupcial e/ou da escolha de formação de entidade familiar informal (união estável).

Portanto, somente a partir desses poucos exemplos é possível deduzir que a otimização da eficiência econômica proporcionada pela formalização do ato ou negócio jurídico por meio de ato notarial se torna tão patente que o legislador alçou a escritura pública a um requisito de validade desses atos.

Para os demais casos, entretanto, o legislador estabeleceu a liberdade de forma para a validade dos atos (art. 107 CC).

Isso significa que o ordenamento jurídico franqueou aos particulares a avaliação da conveniência e oportunidade (ou relação de custo/benefício), caso a caso, da adoção de escritura pública para a formalização de seus negócios jurídicos. É evidente a quase totalidade dos negócios jurídicos celebrados diuturnamente seriam inviabilizados pela adoção da forma pública para a sua validade e os benefícios econômicos seriam infinitamente menores do que as benesses advindas dessa medida.

De igual sorte, é inviável estabelecer um critério legal concreto para determinar nomeadamente quais contratos deveriam ser celebrados por escritura pública para a otimização de sua eficiência econômica.

Por exemplo, a celebração de um contrato de compra e venda de um veículo é realizada de forma livre, pois a lei não estabelece como requisito de validade a sua formalização por escritura pública. Entretanto, tal medida pode se revelar recomendável sob o prisma econômico, considerando alguns elementos específicos do caso concreto, tais como o valor do bem, a sua adequação para a finalidade visada pelo adquirente, eventuais vicissitudes materiais e jurídicas que inquinam o veículo, dentre outros fatores.

É possível que os benefícios econômicos providos pela escritura pública superem os custos de transação, na medida em que: (i) naquele ato notarial constarão os principais elementos necessários à satisfação dos requisitos de validade e de exequibilidade do negócio, de modo a desestimular a resolução contratual ou inadimplemento parcial das obrigações ali inscritas; (ii) a escritura pública faz prova plena das manifestações de vontade nela reproduzidas; e, (iii) reduz os custos de produção de provas e os riscos de insucesso em processo judicial, seja pela autoridade emanada do ato notarial, que certifica com fé pública os termos da avença, seja pelo franqueamento da execução imediata do acordo nele entabulado.

Dentro dessa perspectiva, na busca pragmática de alternativas plausíveis para desafogar a insustentável carga de trabalho que castiga o Poder Judiciário, o legislador nacional encontrou na eficiência do notariado a solução mais eficaz para esse problema.

Tal movimento, inicialmente deflagrado com a Lei n. 11.441/2007, que permitiu a realização de separação, divórcio e inventário em determinadas hipóteses, foi intensificado pelo novo Código de Processo Civil, que ampliou as hipóteses de soluções notariais que anteriormente reclamavam intervenção jurisdicional, e, posteriormente, com a publicação da Lei n. 14.382/2022, que, dentre outras providências, permitiu a concretização da adjudicação compulsória de imóveis pela via extrajudicial (Brasil, 2007, 2022).

Contudo, foi com o advento do Marco Legal das Garantias que o movimento que reconhecia a eficiência econômica contratual derivada da atividade notarial encontrou seu apogeu.

Tal diploma legal promoveu uma revolução silenciosa no direito notarial, dotar o notário com os poderes e instrumentos legais necessários ao aperfeiçoamento da maximização da eficiência econômica dos contratos, tornando essa nobre função ainda mais útil à sociedade (Panero, 2019, p. 112).

A novel legislação estabeleceu que aos tabeliões de notas também compete, sem exclusividade, entre outras atividades (art. 7º-A, *caput*, ENR), certificar o implemento ou a frustração de condições e outros elementos negociais, respeitada a competência própria dos tabeliões de protesto (inciso I).

Com efeito, o preço do negócio ou os valores conexos poderão ser recebidos ou consignados por meio do tabelião de notas, que repassará o montante à parte devida ao constatar a ocorrência ou a frustração das condições negociais aplicáveis, não podendo o depósito feito em conta vinculada ao negócio, nos termos de convênio firmado entre a entidade de classe de âmbito nacional e instituição financeira credenciada, que constituirá patrimônio segregado, ser constrito por autori-

dade judicial ou fiscal em razão de obrigação do depositante, de qualquer parte ou do tabelião de notas, por motivo estranho ao próprio negócio (§ 1º).

Além disso, acentua o § 2º daquele dispositivo legal que o tabelião de notas lavrará, a pedido das partes, ata notarial para constatar a verificação da ocorrência ou da frustração das condições negociais aplicáveis e certificará o repasse dos valores devidos e a eficácia ou a rescisão do negócio celebrado, o que, quando aplicável, constituirá título para fins do art. 221 da Lei nº 6.015/1973, respeitada a competência própria dos tabeliões de protesto (Brasil, 1973).

O notário, para além de certificar os fatos e dar forma legal à vontade das partes, agora é incumbido de promover em certa medida a execução dos contratos, certificando sua execução ou seu inadimplemento, recebendo em depósito e posteriormente repassando o preço e concretizando os efeitos do adimplemento ou da resolução contratual perante o Ofício Imobiliário, nos casos dos negócios jurídicos imobiliários.

Deste modo, “[...] a aquilatação e formalização de negócios privados por intermédio de escrituras públicas deve ser visto como uma ferramenta auxiliar da técnica do *self-enforcing range*⁵” (Melo; Silveira, 2024, p. 105).

É necessário ressaltar, outrossim, que tais inovações trazidas pela Lei n. 14.711/2023 se aplicam a quaisquer negócios jurídicos, não apenas aqueles de cunho imobiliário (Brasil, 2023).

Destarte, a formalização de contratos por intermédio de escritura pública se torna um imperativo para a maximização da sua eficiência econômica, pois nela estará condensada a manifestação de vontade livre e consciente das partes, abalizada pela ponderação dos principais elementos informadores do negócio, definição de direitos e obrigações, a forma de os exercer e de comprovar seu eventual adimplemento ou o descumprimento do contrato, e, bem assim, a forma simplificada e menos onerosa de se implementar os efeitos do cumprimento do contrato ou, quando for o caso, sua resolução.

Afinal, conforme lecionam Moreira, Ferreira e Ramos Junior (2022, p. 851, grifo nosso) “[...] a segurança jurídica é fundamental para redução das externalidades inerentes ao sistema econômico, permitindo, assim, que os agentes econômicos possam desfrutar de certo grau de previsibilidade para o desempenho de suas atividades”.

O Marco Legal das Garantias, sob a perspectiva notarial, possui a capacidade de facilitar a negociação voluntária entre as partes, reduzindo os custos relacionados à informação, monitoramento e estratégia, ao mesmo tempo em que oferece incentivos para que os agentes ajam de forma a alcançar uma alocação de recursos semelhante àquela que seria obtida caso os custos de transação fossem reduzidos (Mueller, 2005, p. 99).

⁵ ‘The magnitude of the private sanctions that can be imposed on each transactor who attempts a hold-up defines what can be called the self-enforcing range of the contractual relationship’ (Klein, 1996, p. 449).

Em arremate, cabe mencionar o interessante entendimento esposado por Cateb e Mesquita Filho (2020, p. 50-51), para quem a atividade notarial possui o papel de reduzir os custos de transação por meio da institucionalização da confiança negocial.

Outrossim, é percuciente a lembrança de Ferreira e Carraro (2020, p. 77, grifo nosso) no sentido de que “segurança jurídica necessita ser mantida pelo conjunto de pessoas que compõem o ordenamento jurídico [...] como elementos que integram e movimentam o sistema, servindo como realizadores dessas premissas”.

No próximo capítulo será tratada a forma como, concretamente, tal eficiência econômica dos contratos pode ser obtida a partir de um novo paradigma negocial.

3 O PAPEL DO NOTÁRIO JUSECONOMISTA NA MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS FORMALIZADOS POR ESCRITURA PÚBLICA

Conforme analisado e demonstrado acima, a função notarial passou por processos evolutivos que conduziram a figura do tabelião de notas de mero certificador de fatos para o regente da autonomia privada.

Neste contexto, o Marco Legal das Garantias inaugura novo processo desenvolvimento da atividade notarial, que reconhece no notário uma autoridade reguladora de natureza jurídica, ética e econômica nos negócios privados.

Porquanto a novel legislação tenha dotado o notário de ferramentas necessárias para a elaboração de contratos juridicamente válidos e economicamente eficientes, torna-se inexorável que seu sistema de referência (ou metodologia de trabalho) seja aperfeiçoado com os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e do comportamento humano e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas privadas, principalmente com relação às suas consequências (Gico Junior, 2023, p. 20).

Surge, então, como resultado dessa terceira evolução da função notarial, o notário juseconomista.

Se na *common law* compete ao magistrado atuar como agente maximizador de riquezas (Posner, 2010, p. 32), na *civil law* tal mister é atribuído ao notário.

Diante da amplitude quase irrestrita da autonomia privada, o notário desempenha uma função significativa como principal referência para a conformidade ética e jurídica nas transações privadas, e agora, de maximização da eficiência econômica, auxiliando no desenvolvimento da racionalidade deliberativa (Rawls, 1997, p. 462).

Por esse novo paradigma,

Com efeito, o notário pode ser mais bem definido como o profissional do direito, dotado de fé pública, que atua como agente de intervenção jurídica e econômica

dos negócios privados, a quem o ordenamento incumbe a função de promover a aquilatação de negócios jurídicos eficientes, por intermédio do processo notarial, sendo este entendido como o processo de aconselhamento e assessoramento ético e juseconômico e de formalização de atos e do concerto da vontade das partes, e bem assim, da comprovação qualificada da execução ou do inadimplemento total ou parcial daquela avença ou da existência ou não e o modo de ser de determinado ato ou fato jurídico (Melo; Silveira, 2024, p. 103).

Por consequência, a técnica notarial deve ser aperfeiçoada para prevenir a ocorrência de falhas de mercado decorrentes de assimetrias ou déficits informacionais e externalidades negativas, empregando, para tanto, além dos conceitos e princípios jurídicos contratuais, também técnicas da economia comportamental. Isso visa auxiliar as partes na tomada de decisões racionais e ponderadas, considerando as implicações práticas de cada deliberação, suspendendo, deste modo, o véu da ignorância mencionado por Rawls (Rawls, 2000, p. 148).

A escritura pública é concebida, neste contexto, como o ato final e conclusivo de um processo da edificação do negócio jurídico válido e eficiente, nos moldes em que arquitetado pelo tabelião de notas.

Para além dos argumentos anteriormente expendidos para demonstrar o potencial da escritura pública para incrementar a eficiência econômica dos contratos nela formalizados, é imperioso agora descrever o papel do notário para a concretização desse objetivo, por intermédio das técnicas de economia comportamental.

O direito e a economia tradicionais preconizam que contratos devem ser cumpridos. Para tanto, contratos devem ser material e juridicamente exequíveis.

Por sua vez, a economia comportamental investiga o processo de tomada de decisão, que no âmbito contratual, se traduz no estudo acerca de “[...] por qual razão alguém contrata, cumpre (total ou parcialmente) ou deixa de cumprir um contrato”.

Nas palavras de Gonçalves e Paula (2021, p. 19):

Todo processo de apreensão da realidade é parcial e sempre existe uma “janela de observação” que deixa de fora diversas informações enquanto coloca foco em outras. E nossas decisões são tomadas com base no que observamos por essa ótica parcial. As decisões acabam sendo tomadas de acordo com o que cada um observa como realidade.

Toda tomada de decisão, sobretudo naquelas que envolvem a formação dos contratos, é baseada em um recorte parcial e imperfeito das informações ao nosso redor, são influenciadas por dois tipos de processos mentais (Gonçalves; Paula, 2021, p. 22) ou tipos de pensamento: um intuitivo e automático e o outro reflexivo e racional, chamados por Thaler e Sunstein (2009, p. 31) de Sistema Automático e Sistema Reflexivo, respectivamente.

De acordo com Thaler e Sunstein (2009, p. 31), “[...] o Sistema Automático é rápido e é ou dá a sensação de ser intuitivo”, sendo caracterizado por ser descontrolado, fácil, associativo, rápido,

inconsciente e prático. Por outro lado, o “Sistema Reflexivo é mais premeditado e autoconsciente”, tendo por características ser controlado, complicado, dedutivo, lento, autoconsciente e obediente a regras (Thaler; Sunstein, 2009, p. 31).

Cada sistema possui relevância e utilidade dentro dos propósitos adequados e da necessidade do tipo de decisão a ser tomada.

É evidente, entretanto, que o Sistema Automático não é o que produzirá os melhores resultados na tomada de decisões que envolvam contratos economicamente relevantes. Por outro lado, é impossível “desligar” esse sistema ou ignorar que os agentes econômicos são seres humanos, “[...] que diariamente enfrentam uma infinidade de escolhas e sinais” (Thaler; Sunstein, 2009, p. 129), mas induzir a sua prevalência em relação às questões menos relevantes.

Afinal, não se pode olvidar que “[...] as vontades não podem ser abstraídas do ambiente relacional (condicionantes sociais, linguísticas e econômicas)” (Timm, 2008, p. 64).

Destarte, uma vez que o notário juseconomista atua como um “[...] escultor do Direito” (Panero, 2019, p. 105) e um arquiteto de decisões, influenciando no processo de escolhas, convém que ele promova *nudges* que estimulem as partes a: (i) buscarem maior conhecimento especializado sobre o objeto contratual ou sobre as repercussões de cláusulas fundamentais; (ii) utilizarem seu Sistema Automático nas cláusulas que constituem “opções-padrão” inofensivas; (iii) terem consciência de pessoas cometem erros e que imprevistos acontecem, de sorte que ter boa medida de indulgência em relação a tais situações auxilia no cumprimento sadio e satisfatório do contrato; (iv) darem *feedbacks* entre si, de modo a informar a contraparte sobre o cumprimento do contrato, esclarecendo dúvidas ou situações obscuras e sinalizado acerca do cometimento de eventuais erros; e, (v) adotarem comportamentos éticos, porquanto o virtuosismo moral “[...] facilita as transações, promovendo o comércio e, consequentemente a riqueza, através da redução dos custos de policiamento dos mercados por meio do protecionismo, do detalhismo dos contratos, dos contratos dos processos judiciais e assim por diante” (Posner, 2010, p. 81).

O tabelião de notas não substitui ou manipula a vontade das partes, mas aconselha, estrutura o processo de escolha, lançando luz sobre elementos essenciais ao negócio jurídico, os quais muitas vezes não escapam da “janela de observação” dos agentes econômicos, inclusive estimulando “com nudges, as pessoas a seguirem caminhos que não escolheriam logo de cara” (Thaler; Sunstein, 2009, p. 147), em que pese fossem os melhores caminhos.

Daí a relevância do arquiteto do processo decisório no âmbito contratual ser um terceiro independente e equidistante das partes, mas que influencia o comportamento o balizado pela razão e na exortação do exercício de suas capacidades de suas capacidades de acordo com a excelência ou virtude (Aristóteles, 2021, p. 15).

O interesse do notário não é outro senão a entabulação e formalização de um contrato economicamente eficiente, fato que pressupõe sua validade, justiça e utilidade para todas as partes envolvidas e para terceiros que podem experimentar os efeitos daquela avença.

Essa é a premissa fundamental que alicerça o novo modelo negocial dos contratos paritários economicamente relevantes.

A contratação economicamente eficiente é aquela que resulta não apenas da sua formalização por ato notarial, mas, para além disso, da confluência da participação de advogados e de outros profissionais de áreas pertinentes ao objeto contratual, que possam contribuir para a formatação de um contrato efetivamente exequível, útil e justo para as partes.

A imparcialidade do notário veda que sua atuação privilegie os interesses de uma das partes. Deste modo, torna-se inviável que o tabelião investigue com profundidade a situação e os interesses de cada parte, os custos de oportunidade e os reais limites do poder de barganha de que dispõe cada agente econômico.

Tal papel deve ser desempenhado por advogados, contadores, administradores e engenheiros, por exemplo, que farão a tradução da situação jurídica, contábil, administrativa e de engenharia, se for o caso, e traçarão as orientações pertinentes para os seus respectivos clientes.

Nesse sentido, a colaboração entre o notário, advogados, contadores, administradores, engenheiros e outros profissionais configura uma abordagem holística na implementação de medidas de conformidade jurídica e econômica nos contratos.

Essa colaboração multiprofissional visa tanto corrigir eventuais deficiências em áreas de conhecimento que vão além da expertise do tabelião de notas, quanto garantir que a integridade dos negócios formalizados e autenticados por meio da escritura pública sirva como prova irrefutável da adesão a padrões jurídicos e éticos.

O surgimento desse novo paradigma reflete a necessidade de uma visão integrada e abrangente diante dos desafios contemporâneos.

A habilidade do notário em trabalhar em conjunto com outros profissionais especializados não apenas fortalece a instituição notarial, mas também oferece às partes envolvidas uma abordagem mais completa e sólida para promover a conformidade jurídica e eficiência econômica em suas transações e atividades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, torna-se evidente que a busca pela eficiência econômica nos contratos é uma preocupação central na era contemporânea, em meio à rápida evolução tecnológica, globalização dos mercados e complexificação das relações comerciais. Este contexto demanda soluções que não apenas garantam a segurança jurídica das partes, mas também promovam a otimização dos recursos e a maximização dos resultados.

Nesse sentido, neste artigo científico empreendeu acurada análise da validação da hipótese que considera a escritura pública como um instrumento fundamental na busca pela eficiência econômica dos contratos, especialmente dos contratos paritários.

Ponderou-se que a formalização de contratos por intermédio de escritura pública não se trata apenas de um requisito de validade legal, mas sim de uma ferramenta que pode agregar valor/utilidade aos negócios jurídicos economicamente relevantes, não apenas os de cunho imobiliário, fortalecendo as relações jurídicas e econômicas.

Verificou-se, com efeito, que para validar essa hipótese, é necessário superar o modelo clássico de atuação dos notários, adotando uma abordagem que integre o conhecimento das ciências econômicas ao trabalho jurídico.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito surge como um método que possibilita compreender e resolver problemas jurídicos de forma mais eficiente e inovadora.

Assim, os tabeliões de notas são chamados a deixar de atuar apenas como redatores de atos notariais para se tornarem verdadeiros regentes do direito contratual, conferindo máxima eficiência à sua função conforme preconiza o Estatuto dos Notários e Registradores sob a nova roupagem do Marco Legal das Garantias. A escritura pública deixa de ser apenas uma forma de autenticação e formalização de acordos, tornando-se uma ferramenta poderosa para aprimorar a eficiência econômica dos contratos.

Outrossim, foram exploradas mais detalhadamente as vantagens e desafios associados ao uso da escritura pública na formação e execução dos contratos paritários, além de serem propostas estratégias para maximizar seus benefícios e minimizar seus riscos e custos de transação.

Adiante, foi proposta uma nova definição de notário, à luz da AED, bem como a nova metodologia de trabalho notarial, que preconiza a utilização do instrumental teórico fornecido pela economia comportamental e, igualmente, a atuação multidisciplinar no tabelião de notas, colaborativa com outros profissionais que podem contribuir para a aquilatação de um contrato economicamente eficiente.

Conclui-se, do exposto, que a provação do tempo forjou o fortalecimento do notariado, o qual se aperfeiçoou para garantir não apenas a segurança, eficácia, autenticidade e publicidade dos negócios jurídicos, mas também sua eficiência econômica.

Nesta perspectiva, o papel do notário não consiste apenas em tomar decisões pelas partes em relação aos seus desejos, mas sim em direcioná-las com habilidade para a realização de seus propósitos de maneira eficiente.

Isso porque, conforme poética lição do ilustrado notário francês Camelier, citado por Panero (2019, p. 115), “[...] se o sacerdote cuida da alma e o médico cuida do corpo, o notário cuida da honra e da riqueza, interesse que são, depois dos espirituais, os mais sagrados”⁶.

Outras pesquisas em curso constituirão outras peças que agregadas a este artigo formarão um mosaico da proposta de um novo paradigma da atuação notarial juseconômica.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Traduzido por Maria Stephania da Costa Flores. Jandira: Principis, 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos: uma perspectiva econômica parte II. In: ZYLBERSZ-TAJN, Décio; STAJN, Raquel (org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2005. p. 112-136.

BRASIL. Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – código de processo civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em:

BRASIL. Lei n. 14.382, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o sistema eletrônico dos registros públicos (Serp); altera as leis n.s 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (lei de registros públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a lei n. 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis n°s 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14382.htm. Acesso em:

BRASIL. Lei n. 14.711, de 30 de outubro de 2023. Dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia, a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, o resgate antecipado de letra financeira, a alíquota de imposto de renda sobre rendimentos no caso de fundos de investimento em participações qualificados que envolvam titulares de cotas com residência ou domicílio no exterior e o procedimento de emissão de debêntures; altera as leis n.s 9.514, de 20 de novembro de 1997, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil), 13.476, de 28 de agosto de 2017, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (lei de registros públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 13.105, de 16 de março de 2015 (código de processo civil), 9.492, de 10 de setembro de 1997, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 12.249, de 11 de junho de 2010, 14.113, de 25 de dezembro de 2020, 11.312, de 27 de junho de 2006, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 14.382, de 27 de junho de 2022, e o decreto-lei n. 911, de 1. de outubro de 1969; e revoga dispositivos dos decretos-lei n.s 70, de 21 de novembro de 1966, e 73, de 21 de novembro de 1966. Brasília, DF:

⁶ No original, “Si el sacerdote cuida del alma y el médico del cuerpo, el notario cuida de la honra y de la hacienda, intereses que son, después de los espirituales, los más sagrados”.

Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14711.htm. Acesso em:

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015original.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.015%2C%20DE%2031%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201973.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20registros%20p%C3%BAblicos%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias. Acesso em:

BRASIL. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da constituição federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro (lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm#:~:text=L8935&text=LEI%20N%C2%BA%208.935%2C%20DE%201988%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201994.&text=Natureza%20e%20Fins-,Art.,e%20efic%C3%A1cia%20dos%20atos%20jur%C3%ADcicos. Acesso em:

CATEB, Alexandre Bueno; MESQUITA FILHO, Osvaldo José Gonçalves de. (Re) pensando a atividade notarial e registral, à luz da análise econômica do direito e do recurso extraordinário 842.846/SC. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 39-56, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0057/2020.v6i1.6599>.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/sites/default/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em:

DEBS, Martha El. **Legislação notarial e de registros públicos comentada**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2023.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CARRARO, Guilherme Streit. Análise do princípio da confiança legítima a partir da teoria do negócio jurídico. **Argumentum**, Marília, v. 21, n. 1, p. 65-88, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1176>. Acesso em:

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo; CASSETARI, Christiano. **Tabelionato de notas**. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

GONÇALVES, Robson Ribeiro; PAULA, André Luiz Damião de. **Economia comportamental e tomada de decisão**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2021.

KLEIN, Benjamim. Why hold-ups occur: the self-enforcing range of contractual relationships. **Economic Inquiry**, Hoboken, v. 34, p. 444-463, jul. 1996. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1872212>. Acesso em:

KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco de. Contratos. *In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Fundamentos do direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. v. 1.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **tratado notarial e registral**. 3. ed. São Paulo: YK, 2022.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

MELO, Ricardo Correia de; SILVEIRA, Daniel Barile da. Ética nos negócios privados e sua regulação jurídica: o papel do notário como agente econômico regulador. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 93-112, abr./jun. 2024. Disponível em: <https://bd-jur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/191538>. Acesso em:

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. Pragmatismo, análise econômica do direito e o combate à pandemia. **Argumentum**, Marília, v. 23, n. 3, p. 835-866, set./dez. 2022. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1716/1027>. Acesso em:

MUELLER, Bernardo. Direitos de propriedade na nova economia das instituições e direito e economia parte II. *In: ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Raquel (org.). Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2005. p. 91-101.

PANERO, Federico Jorge. El asesoramiento como característica principal del notariado latino y como eficaz garantía de equilibrio contractual: análisis a la luz de la legislación de consumo y del código civil y comercial de la nación. **Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral**, Córdoba, n. 6, p. 101-115, 2019. DOI: [https://doi.org/10.37767/2362-3845\(2019\)007](https://doi.org/10.37767/2362-3845(2019)007).

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPE, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, Jhon. **Uma teoria da justiça**. Traduzido por Amiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de Angelo Lessa. São Paulo: Editora Objetiva, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023. p. 20-77.

COMO CITAR: MELO, Ricardo Correia; PISA, Marcelo Juan Amorín. A escritura pública como pilar de eficiência econômica nos contratos paritários economicamente relevantes: a redefinição da atividade notarial à luz da análise econômica do direito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. X-X, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3pX-X. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/08/2024

Aprovado em: 24/10/2024

ANÁLISE CRÍTICA DO PLC 108/2024 REFERENTE A INCIDÊNCIA DE ITCMD NA DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE DIVIDENDOS

CRITICAL ANALYSIS OF PLC 108/2024 REGARDING THE INCIDENCE OF ITCMD ON DISPROPORTIONATE DIVIDEND DISTRIBUTION

Fabio André Malko
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

*Mestrando em Direito
(Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa - IDP)
Email: fabio.malko@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5975-9603>

**Doutora em Direito (Radboud
University em Nijmegen),
Mestre em Direito Tributário
(Universidade Católica
de Brasília -UCB).
Email: tarsila.fernandes@idp.edu.br
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-6951-9951>

COMO CITAR: MALKO, Fabio André; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Análise crítica do PLC 108/2024 referente a incidência de ITCMD na distribuição desproporcional de dividendos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 155-170, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p155-170. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo examina a possível tributação da partilha desigual de dividendos prevista no Projeto de Lei Complementar (PLC) 108/2024, com ênfase na sua conformidade constitucional, infraconstitucional e nos potenciais impactos para o ambiente empresarial brasileiro. A análise aborda como a tentativa de reclassificar a distribuição desproporcional de dividendos como doação sujeita ao ITCMD pode interferir na autonomia dos sócios e comprometer a segurança jurídica. A metodologia empregada é qualitativa, fundamentada em revisão bibliográfica e análise normativa, com foco nos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais. O estudo também propõe mecanismos de melhorias ao texto do PLC, sugerindo a definição de critérios claros para a comprovação de justificativas negociais e/ou a inclusão de um dispositivo que suspenda a aplicação do tributo até que uma regulamentação específica seja promulgada. A pesquisa se limita ao contexto interno, examinando exclusivamente os efeitos da tributação de dividendos no território nacional.

Palavras-Chave: Tributação de dividendos, ITCMD, distribuição desproporcional de dividendos, segurança jurídica, Projeto de Lei Complementar 108/2024

Abstract: This article examines the potential taxation of unequal dividend distribution as proposed in Complementary Law Project (PLC) 108/2024, with an emphasis on its constitutional and sub-constitutional compliance, as well as its potential impacts on the Brazilian business environment. The analysis addresses how the attempt to reclassify disproportionate dividend distribution as a donation subject to ITCMD (Tax on Transmission Cause Mortis and Donation) may interfere with shareholders' autonomy and compromise legal certainty. The methodology employed is qualitative, based on bibliographic review and regulatory analysis, focusing on constitutional principles and sub-constitutional norms. The study also proposes improvements to the PLC's text, suggesting the establishment of clear criteria for the verification of business justifications and/or the inclusion of a provision that suspends the application of the tax until specific regulations are enacted. The research is limited

to the domestic context, examining exclusively the effects of dividend taxation within national territory.

Keywords: Dividend taxation, Tax on Transmission Cause Mortis and Donation, disproportionate dividend distribution, legal certainty, Complementary Law Project 108/2024.

INTRODUÇÃO

A recente aprovação da Emenda Constitucional n. 132/2023 abriu caminho para profundas transformações no sistema tributário brasileiro, trazendo mudanças estruturais que impactam a arrecadação e a distribuição de tributos entre os entes federados.

Entre as propostas que emergem nesse novo cenário, o Projeto de Lei Complementar (PLC) 108/2024, em tramitação no Congresso Nacional, visa regulamentar o Conselho Gestor do IBS (imposto sobre bens e serviços) e a cobrança do ITCMD (imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos). A esse respeito, foi possível identificar uma provável fragilidade no texto, que contou com a inserção de um inciso no §5º do art.160, que possivelmente será objeto de polêmica e disputas judiciais, caso não seja adequado. O cerne da controvérsia reside na distribuição de lucros de forma desproporcional à participação societária/acionária, uma prática que reflete a realidade de muitas empresas nacionais, em que a participação e o esforço de cada sócio/acionista nas atividades empresariais não necessariamente correspondem à proporção de suas quotas de capital ou ações.

Dada a ausência de precedentes específicos na jurisprudência brasileira que versem sobre a tributação da partilha desproporcional de dividendos, este artigo se concentra em uma análise doutrinária e constitucional do texto da proposta legislativa, numa tentativa de antecipar alguns possíveis conflitos que podem ser suscitados em litígios futuros, caso o texto normativo permaneça no formato apresentado. O estudo buscará avaliar se a medida respeita os limites constitucionais, infraconstitucionais e os alguns possíveis impactos no setor empresarial.

Como fator de delimitação de objeto de estudo, este artigo focará exclusivamente nos reflexos causados pela tributação da distribuição de dividendos desproporcionais às quotas sociais/ações dentro do território nacional, deixando para uma análise futura a reflexão sobre os dividendos pagos a pessoas físicas e jurídicas residentes no exterior. A delimitação busca evitar dispersões e garantir uma análise aprofundada das implicações da proposta legislativa no contexto nacional.

A metodologia adotada é qualitativa, com ênfase em uma abordagem dedutiva baseada em uma análise aprofundada da legislação e doutrina. A pesquisa se fundamenta na revisão de literatura e na interpretação dos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais aplicáveis, buscando construir um entendimento sólido sobre a proposta em tramitação no Congresso Nacional.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

No Projeto de Lei Complementar 108/2024, que além de trazer a regulamentação do Conselho Gestor do IBS (imposto sobre bens e serviços) trouxe um segundo livro (Livro II) que trata o ITCMD (imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos), encontramos o Art. 160, §5º (Brasil, 2024):

Art. 160. O ITCMD incide sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos:

I - em razão da ocorrência do óbito do seu titular; ou

II - por doação.

[...]

§ 5º Consideram-se, ainda, como doações, para fins da incidência do ITCMD, em transmissões entre pessoas vinculadas:

I - os atos societários que resultem em benefícios desproporcionais para sócio ou acionista praticados por liberalidade e sem justificativa negocial passível de comprovação, incluindo distribuição desproporcional de dividendos, cisão desproporcional e aumento ou redução de capital a preços diferenciados; e [grifo nosso]

II - o perdão de dívida por liberalidade e sem justificativa negocial passível de comprovação.

A inserção de tal tema no PLC 108/2024 pode causar certa estranheza, considerando que este é um tributo sobre a transmissão de bens e direitos, mais relacionado ao patrimônio e menos ao consumo, que é o objeto maior da EC 132/2023 (Brasil, 2023). Entretanto, como percebemos analisando o texto da emenda, houve certa preocupação em adequar o tributo em discussão ao novo texto constitucional, o que justifica a inserção do tema em um dos projetos de lei que instituem sua regulamentação.

De toda forma, iniciaremos a reflexão apresentando alguns conceitos basilares e posteriormente adentraremos na análise do texto destacado em confronto com as normas e doutrina aplicáveis.

1.1 CONCEITO DE DIVIDENDOS, DOAÇÃO E ITCMD NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O conceito de dividendos no direito societário é essencialmente o reflexo do lucro distribuído aos sócios ou acionistas de uma empresa, proporcional à sua participação no capital social. Esta distribuição representa a remuneração pelo capital investido e pelo risco assumido pelos sócios. Juridicamente, os dividendos se originam do direito dos sócios ao resultado econômico positivo da empresa, conforme preconizado nos artigos 202 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976) e 1.007 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que regulam a obrigatoriedade e a forma dessa distribuição (Brasil, 1976, 2002).

Dessa forma, os dividendos representam a contraprestação essencial pela aquisição de capital de terceiros e pelo risco assumido pelos acionistas. A distribuição de dividendos é mais do que uma mera obrigação financeira, é uma materialização do vínculo entre a participação no capital social e o direito ao lucro. Este direito está profundamente enraizado na estrutura legal das sociedades anônimas, em que a política de dividendos atua como um mecanismo de equilíbrio entre os interesses dos acionistas, particularmente em contextos em que a estrutura de propriedade é concentrada e o controle da empresa é exercido de forma indireta (Perazzo, 2023, p. 101-112).

No direito tributário, dividendos são tratados como rendimentos sujeitos ao Imposto de Renda (IR), conforme o artigo 10 da Lei nº 9.249/1995 (Brasil, 1995), que estabelece a isenção do IR sobre os dividendos distribuídos a partir de 1996, desde que esses lucros tenham sido apurados de acordo com a legislação fiscal. Essa isenção é uma forma de evitar a bitributação, já que os lucros distribuídos já foram tributados na pessoa jurídica.

Quanto ao conceito de doação, trata-se de uma transferência gratuita de bens ou direitos, sem qualquer contraprestação por parte do beneficiário. Essa definição é estabelecida pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 538, que determina: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (Brasil, 2002).

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) é um tributo estadual no Brasil, instituído conforme a competência atribuída pela Constituição Federal aos Estados e ao Distrito Federal. Ele incide sobre a transferência de bens ou direitos em decorrência de falecimento (causa mortis) ou em virtude de doação, como estabelecido no art. 155, inciso I, da Constituição Federal de 1988. O ITCMD se destaca por sua relevância na arrecadação estadual, embora, historicamente, tenha sido um imposto de baixa arrecadação no Brasil, se comparado com outros tributos (Confaz, 2024). Este imposto possui particularidades conforme a legislação de cada Estado, especialmente em relação às alíquotas e à base de cálculo, que são estabelecidas de acordo com as diretrizes do Senado Federal (Brasil, 1992).

1.2 DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE DIVIDENDOS EM RELAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS/AÇÕES: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A prática de distribuição desproporcional de dividendos em relação às quotas sociais/ações é legitimada e amplamente fundamentada no direito brasileiro. Embora não detalhada em uma única norma específica, a sua legalidade deriva de diversos princípios fundamentais, como a autonomia privada e a liberdade contratual, que permitem aos sócios ajustar a partilha dos lucros de acordo com suas contribuições efetivas para a empresa, sejam essas contribuições financeiras, operacionais, intelectuais ou estratégicas.

Conforme disposto no Código Civil de 2002, no artigo 997, inciso VII, e no artigo 1.007, os sócios/acionistas têm a liberdade de pactuar a forma de distribuição dos lucros no contrato social. A expressão «salvo estipulação em contrário» oferece uma margem considerável para que os sócios decidam sobre uma distribuição que pode não corresponder à proporção das quotas de capital, desde que essa decisão seja formalmente registrada. Isso legitima a distribuição desproporcional, baseada em critérios que refletem a real contribuição de cada sócio ao desenvolvimento da sociedade (Brasil, 2002).

Cabe ressaltar que a prática da distribuição de dividendos desproporcional às quotas sociais/ações não é apenas uma questão de conveniência, mas uma necessidade decorrente da natureza das

contribuições dos sócios. A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976), especialmente após a modificação trazida pela Lei Complementar nº 182, de 01 de junho de 2021 (Marco Legal das Startups), permite que sociedades anônimas, especialmente as de faturamento até R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais), adotem regimes diferenciados de governança, incluindo a possibilidade de distribuição desproporcional de dividendos (Brasil, 2021).

Essa flexibilidade parece estar alinhada à tentativa de incentivar o empreendedorismo, permitindo que as empresas alinhem a distribuição de lucros à realidade das contribuições de seus sócios, sem estarem estritamente vinculadas à proporcionalidade das quotas sociais/ações integralizadas. É fato que muitas empresas dispõem de sócios meramente investidores (investidor-anjo) e sócios que contribuem com o trabalho e capital intelectual para a concretização dos negócios (Fernandes et al, 2024).

No contexto da administração tributária, a Solução de Consulta Disit/SRRF06 nº 46, de 24 de maio de 2010 (RFB, 2010), e a Solução de Consulta Cosit nº 56, de 25 de fevereiro de 2019 (RFB, 2019), confirmam que a distribuição desproporcional de lucros, quando devidamente estipulada no contrato social e em conformidade com a legislação vigente, é isenta de Imposto de Renda. Essas soluções administrativas enfatizam que a distribuição desproporcional não pode ser utilizada como uma forma de dissimulação da ocorrência de fato gerador de tributo, mas sim como uma prática legítima de gestão empresarial, reforçando a autonomia contratual e a liberdade de iniciativa econômica.

Portanto, a distribuição desproporcional de dividendos é não apenas permitida, mas também um instrumento a disposição do contribuinte para um funcionamento mais eficiente e justo das sociedades empresárias no Brasil, em consonância com o princípio da livre iniciativa.

2 REFLEXÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA PRESUNÇÃO DE DOAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS DESPROPORCIONAL ÀS QUOTAS SOCIAIS/AÇÕES

O texto proposto pelo PLP 108/2024, que presume como doação qualquer distribuição de dividendos desproporcional às quotas sociais/ações, “caso não haja um propósito negocial claro”, levanta sérias questões de ordem jurídica e acende um alerta tanto no meio empresarial quanto na academia.

A inversão do ônus probatório, com uma possível presunção automática de que essa distribuição desproporcional possa ser caracterizada como uma doação, impõe ao contribuinte a obrigação de justificar seus atos em um ambiente sem parâmetros claros e ferramentas adequadas indicadas para escapar dessa imputação. Pode-se argumentar uma subversão da lógica do devido processo legal, que exige que o acusador prove a acusação, não o contrário, em que aparentemente cria-se uma regra de ampla interpretação passível de gerar conflitos jurídicos em escala nacional.

Tal confusão, segundo Carvalho ao discorrer sobre a Teoria das Provas, encontra início no discrímen entre infrações objetivas e subjetivas. Nas primeiras, cabe ao contribuinte comprovar a inexistência do fato tido como “antijurídico”, enquanto nas segundas, em que penetram o dolo e a culpa, compete à autoridade fiscal a comprovação por meio de seu aparato administrativo. Ainda, o jurista arremata afirmando (Carvalho, 2021, p. 583):

É justamente por tais argumentos que as presunções não devem ter admissibilidade no que tange às infrações subjetivas. O dolo e a culpa não se presumem, provam-se. A despeito disso, predicando contornar os obstáculos que adviriam à atividade de fiscalização dos tributos, caso tivesse ela de pautar-se dentro desses parâmetros estritamente legais, serve-se o legislador do apelo à presunção, que equipara, desatinadamente, as infrações subjetivas às objetivas. Tais preceitos brigam com a organização do nosso direito positivo, que não comporta equiparação dessa índole, agredindo a sólida estrutura de institutos jurídicos seculares e maculando a integridade de direitos fundamentais consagrados no texto do Estatuto Supremo.

Por tais possíveis conflitos, há que se sugerir cautela ante os casos concretos, principalmente após os resultados que apresentamos abaixo.

2.1 DA AMPLITUDE DE INTERPRETAÇÃO PARA O TEXTO APRESENTADO PELA LC 108/2024

O ônus da prova no direito tributário é um tema de grande relevância e complexidade, amplamente discutido na doutrina e regulamentado pela legislação brasileira. Esse conceito se refere à responsabilidade de demonstrar a veracidade dos fatos alegados em um litígio tributário, sendo fundamental para a manutenção do equilíbrio e da justiça no processo de tributação.

Como já ensina Fabiana Del Padre Tomé, quando discorre sobre o ônus da prova, temos a seguinte reprodução (Tomé, 2010):

Vimos que o ônus consiste num encargo ou responsabilidade por determinado comportamento, não se confundindo com o conceito de obrigação. Reveste os caracteres de uma faculdade, consistindo em permissão bilateral: o agir é necessário para alcançar certa finalidade; se inobservado, contudo, não acarreta punição, mas apenas o não atingimento do objetivo pretendido. A existência do ônus pressupõe um direito subjetivo disponível, que pode ou não ser exercido, situação que não se verifica na esfera tributária, tendo em vista que os atos de lançamento e de aplicação de penalidades pelo descumprimento de obrigações tributárias ou de deveres instrumentais compete ao poder público, de modo privativo e obrigatório, tendo de fazê-lo com base nos elementos comprobatórios do fato jurídico e do ilícito tributário.

Dessa forma, não se espera que a legislação tributária apresente ambiguidade ou excesso de subjetividade, pois isso pode dar margem a interpretações divergentes e gerar insegurança jurídica. No caso em estudo, se não houver melhorias no texto da norma, é possível que a autoridade tributária entenda que o ônus de comprovar a legalidade na distribuição desproporcional de dividendos recaia exclusivamente sobre o contribuinte, levando à autuação ou notificação de todos aqueles que

adotem essa prática. Isso ocorre porque não há previsão de qualquer obrigação acessória que facilite essa comprovação antecipadamente.

Nesse ponto, abre-se outro questionamento: quando a norma determina em seu corpo que a distribuição desproporcional de dividendos pode ser imputada como doação, caso seja feita “*sem justificativa negocial passível de comprovação*” a que se refere? Qual seria a justificativa plausível para o caso concreto? Quais os critérios aos quais os contribuintes devem se amparar em seu planejamento tributário, para não serem surpreendidos com interpretações diversas do seu entendimento?

O texto sugere uma nova tentativa de incorporar a teoria do propósito negocial¹ ao sistema tributário nacional, a qual já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446 (Brasil, 2022). Na ocasião, o STF afastou a tese de que o parágrafo único do art. 116 do CTN constituía uma norma geral antielisiva.

O texto proposto pelo PLC 108/2024 é excessivamente vago, permitindo interpretações criativas de diversas naturezas, inclusive a de que qualquer distribuição desproporcional às quotas sociais ou ações deve ser autuada para comprovação em procedimento administrativo específico, sem que se conheçam os critérios adotados pela autoridade para justificar essa distribuição. Além disso, por se tratar de tributo de competência estadual, o texto abre espaço para múltiplas interpretações entre os diferentes entes tributantes, aumentando a incerteza jurídica.

2.2 DOS CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

Quanto aos direitos elencados na Carta Magna, temos que os fundamentais, de caráter inalienável, precisam ser respeitados em face de qualquer nova norma editada pelo poder legislativo, conforme já ensinava Mendes e Branco quando discorreram “[...]os atos dos poderes constituidos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem” (Mendes *et al*, 2021, p.295).

Dessa forma, procuramos confrontar o texto disposto no PLC 108/2024 com alguns direitos fundamentais, a fim de verificar se há acolhimento ou conflito na CF/88 para o texto no formato que está inserido no projeto. O primeiro princípio constitucional confrontado é o Princípio da Legalidade, um direito fundamental de defesa, solidificado no inciso II do Art 5º da CF/88, que estabelece que “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não seja em virtude da lei*”. Sobre tal princípio já ensinou Moraes, que discorre (Moraes, 2023):

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade

1 A teoria do propósito negocial, aplicada no direito tributário, visa verificar se um negócio jurídico possui finalidade econômica real ou se foi realizado apenas para evitar o pagamento de tributos. Ela distingue elisão fiscal (lícita) de evasão fiscal (ilícita) e é usada para coibir operações artificiais criadas apenas para reduzir a carga tributária.

caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”.

Para que o princípio da legalidade seja satisfeito, não deve haver espaço para a imprevisibilidade, que possivelmente seria gerada por uma nova legislação com texto ambíguo. Como vimos anteriormente, o trecho analisado, da forma que está escrito, pode trazer instabilidade e insegurança jurídica, que inevitavelmente culminarão em questionamentos em sede de controle de constitucionalidade, o que enfraquece o PLC 108/2024.

Outro ponto passível de conflito é o Inciso XIII do mesmo artigo constitucional que estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” em conjunto com o Inciso XXII do mesmo artigo, que estabelece que “é garantido o direito de propriedade”. Isso porque a livre iniciativa e a livre composição das partes para a divisão do fruto da atividade comercial devem ser protegidas da interferência estatal, seja para determinar como deve ocorrer a divisão de lucros da atividade comercial, seja para determinar o pagamento de impostos sobre parte desses lucros que, desde sua origem, já foram tributados na empresa e contam com isenção estabelecido na legislação vigente.

Cabe uma reflexão séria sobre o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que garante aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Para o exercício pleno desses direitos, o contribuinte precisa ter condições de contestar as alegações do fisco, que não pode inovar e lavrar autuações sem fundamentação legal rígida e delimitada.

Já o art. 145, §3º que dispõe que “o Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente” pode ser evocado ao enfrentar interpretações extensivas e não delimitadas, que podem ferir tais princípios, em especial a transparência e justiça tributária.

Por sua vez, o art. 150 da Carta Magna, que veda ao ente público, no inciso I “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*” pode ser potencialmente violado tanto do ponto de vista da pessoa jurídica quanto da pessoa física.

Quanto à pessoa jurídica, ensinam Mendes e Branco quando estabelecem (Mendes *et al*, 2021, p. 342):

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes,

originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Nesta análise, forçar a interpretação de uma distribuição desproporcional de dividendos como doação leva o fisco, ao exigir a distribuição proporcional às quotas sociais, a interferir na liberdade dos acordos firmados entre os sócios da pessoa jurídica. Esses pactos, muitas vezes, visam garantir o funcionamento eficiente e competitivo da sociedade empresária. Tal exigência criaria um tratamento desigual em relação àqueles que adotam a divisão proporcional dos lucros, desestimulando as empresas a buscarem formas de melhor aproveitar as habilidades e potencialidades de cada sócio.

Em relação à pessoa física, uma interpretação expansiva do dispositivo em questão resultaria em uma tributação mais onerosa, a tornar os resultados obtidos pelo sócio penalizado menos atraentes em comparação com os demais sócios que, porventura, não recebam dividendos desproporcionais às suas participações, ferindo os já citados incisos XIII e XXII do Art 5º da CF/88. Isso poderia desestimular a atividade empreendedora e gerar questionamentos no controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Nesse ponto, também vemos facilmente identificada a distinção e aplicada em termos de ocupação profissional, onde o sócio que atua no operacional do negócio se vê em desvantagem.

O dispositivo ora analisado também é problemático sob o prisma da proporcionalidade. No direito alemão, segundo Perazzo a “proibição do excesso” decorre do princípio da proporcionalidade e se aplica a todas as ações estatais, limitando a intervenção estatal na esfera privada. Essa proibição, que abrange o “imposto-estrangulamento” similar à vedação ao confisco, assegura que a carga tributária não seja excessiva a ponto de comprometer a propriedade do contribuinte (Perazzo, 2023). Nesse diapasão, o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, ao proibir o uso de tributos com efeito de confisco, impede que sejam criados tributos que onerem excessivamente o contribuinte a ponto de inviabilizar o uso, gozo e fruição de seu patrimônio, ou até mesmo causar sua perda total.

Por sua vez, ao discorrer sobre o princípio de vedação ao confisco em conjunto com outros princípios constitucionais, Fuck exemplifica argumentando que o STF, ao reconhecer a repercussão geral no ARE-RG 790.928/PE, fixou a instituição da não cumulatividade do PIS e Cofins “*uma vez que o regime de não cumulatividade, em vez de aliviar a situação dos contribuintes, acabou agravando sensivelmente a carga tributária, sem alteração da capacidade contributiva[...]*” (Fuck, 2017, p; 207). Tal entendimento demonstrou uma interpretação sobre a vedação ao confisco que vai além da proteção ao mínimo existencial, mas também amparada pelo princípio da proporcionalidade.

Por último, citamos o Art. 170 da Constituição Federal, que protege a liberdade de iniciativa e a autonomia privada, respalda a prática da distribuição desproporcional de dividendos como uma manifestação legítima da liberdade econômica. Qualquer tentativa de limitar essa prática ou

de interpretá-la como uma operação tributável distinta, sem fundamentos legais claros e delimitados, pode ser vista como uma afronta a esses princípios constitucionais.

No texto analisado, parece haver uma tentativa de reclassificação da distribuição desproporcional de dividendos como uma operação em duas etapas — distribuição proporcional seguida de doação — uma forma elegante de se instituir um dispositivo legal para contornar a isenção de imposto de renda sobre dividendos, conforme estabelecido no art. 10 da Lei nº 9.249/1995. Essa estratégia, ao interpretar a distribuição desproporcional como uma transferência patrimonial entre sócios parece ignorar a natureza jurídica dos dividendos como rendimento do capital investido e do risco assumido.

2.3 DOS CONFLITOS COM A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O texto inserido no PLC 108/2024 e analisado neste artigo, é passível de conflitos com a norma infraconstitucional, tendo em vista a variedade de interpretações possíveis para o texto apresentado no projeto.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 142, que estabelece a competência privativa da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, o que inclui a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação da matéria tributável e a identificação do sujeito passivo, lido em conjunto com o texto do PLC, passível de várias interpretações, uma vez que não delimita os critérios a serem observados na distribuição desproporcional e nem estabelece qualquer eventual obrigação acessória, pode induzir às autoridades à instauração de procedimentos fiscalizatórios de forma indiscriminada, para todos os contribuintes que exercerem a distribuição desproporcional de dividendos.

Tal resultado pode confrontar a Lei da Liberdade Econômica (Brasil, 2019) que consagrou o princípio da presunção de boa-fé e da veracidade dos atos dos contribuintes. Segundo esse princípio, as decisões empresariais, quando tomadas de boa-fé e em conformidade com as normas vigentes, devem ser presumidas legais e legítimas. A proposta do PLC 108/2024, pode trazer como consequência a subversão deste princípio, presumindo que a distribuição desproporcional de lucros é uma prática tributável, salvo prova em contrário, impondo a todo contribuinte o dever de justificar atos que, pela própria natureza e pelos princípios do direito societário, são regidos pela autonomia privada e pela liberdade contratual. Tudo isso sem critérios estabelecidos que norteiem o processo e sem um entendimento unificado de julgamento, por falta de amparo na própria legislação.

Cabe, por sua vez, destacar o Marco Legal das Startups (Brasil, 2021), que flexibilizou a distribuição desproporcional de lucros para as sociedades anônimas sob condições específicas e foi reconhecida como uma ferramenta importante para o crescimento e a inovação no ambiente empresarial brasileiro (Batista, 2022, p. 619). O texto do PLC parece ir na contramão do espírito legislativo desse marco emblemático para o ambiente de negócios nacional, uma vez que o espírito

trazido por essa norma parece se alinhar mais com o que defendem doutrinadores tributários, que propõem isenção para investimentos de alto risco realizados por “investidores anjo”², como forma de justiça social e fomento ao ambiente de negócios, a exemplo do que se vê nos Estados Unidos e em alguns países da União Europeia, que preveem mecanismos de estímulo para tal prática, além de isenções tributárias que podem atingir 100% do capital investido (Fernandes et al, 2024).

2.4 IMPACTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E OPERACIONAIS

A proposta de tributação da partilha desigual de dividendos pode ter implicações significativas para as estruturas societárias, especialmente em empresas que adotam essa prática para refletir a contribuição diferenciada de seus sócios, que não se resume apenas ao aporte financeiro, mas também à contribuição intelectual e outras peculiaridades que só podem ser identificadas caso a caso.

Rocha, mantendo uma postura equilibrada entre o dever de pagar impostos e os direitos dos contribuintes, enfatiza os ensinamentos de Thomas Pinketty para demonstrar que os debates sobre política tributária não podem mais ser realizados em uma perspectiva nacional, mas devem ser levados em consideração com o contexto global, onde temas como concorrência fiscal entre países ganham notória importância (Rocha, 2021). Nessa linha, a criação de uma norma deficiente, passível de múltiplas interpretações, pode prejudicar o ambiente de negócios e a competitividade das empresas nacionais, enquanto geram discussões acaloradas nos tribunais nacionais.

Já o planejamento tributário, sob a ótica de Saraiva Neto, é um direito fundamental do contribuinte, que é substanciado na liberdade de fazer ou deixar de fazer aquilo que não seja vedado ou exigido em lei, devendo ser assegurada a “a não-intervenção do Estado nas escolhas e estratégias do empresário; e a dependência de fato gerador para que haja obrigação tributária, que é a situação definida em lei como **necessária e suficiente à sua ocorrência**” (Saraiva Neto, 2021, 467-490) Para que uma obrigação seja necessária e suficientemente definida em lei, precisa ser delimitada, ou seja, imposta de forma a não gerar múltiplas interpretações, seja por um texto lúmpido e suficiente, seja pela previsão e adoção de leis adicionais que o regulamentem.

Do ponto de vista operacional, não contar com a previsibilidade, tema especialmente importante diante dos desafios do século XXI, conforme discorre Schoueri pode desestimular os sócios a se engajarem em atividades que exijam uma maior dedicação e comprometimento, prejudicando o desempenho geral da empresa e afetando, de reflexo, a livre concorrência. Sobre esse tema, o jurista discorre que “[...] atua igualmente como limite para a atuação do legislador tributário: cabe a este investigar os efeitos danosos que pode gerar sobre a concorrência, mitigando-os” (Schoueri, 2024, p.83).

2 O investidor-anjo é uma pessoa física ou jurídica que aporta capital em startups ou empresas emergentes de alto potencial, geralmente em estágio inicial, sem se tornar sócio formal da empresa. Além de financiar, ele também oferece mentoria e rede de contatos, contribuindo para o sucesso do negócio. O retorno do investimento é geralmente proporcional aos lucros futuros, mas com riscos elevados, devido à natureza incerta dos empreendimentos. O investidor-anjo não participa diretamente da gestão da empresa.

3 SUGESTÕES DE MELHORIAS PARA O TEXTO DO PLC 108/2024

A proposta de tributação sobre a distribuição desigual de dividendos, conforme apresentada no PLC 108/2024, levanta questões importantes acerca da atuação do fisco e os limites de sua intervenção. É indiscutível que a autoridade tributária deve atuar para coibir práticas abusivas e garantir que as operações empresariais estejam em conformidade com a lei. No entanto, essa atuação precisa ser pautada em critérios claros e objetivos que ofereçam previsibilidade e segurança jurídica aos contribuintes.

A possibilidade de ampla interpretação da expressão “justificativa negocial passível de comprovação” pode levar a interpretações arbitrárias, com eventual desrespeito à autonomia privada, à liberdade contratual dos sócios e à competitividade empresarial. Para que a norma atinja seus objetivos sem comprometer os direitos dos contribuintes, é essencial que sejam detalhados, de forma precisa, os critérios que amparam a legalidade das distribuições de dividendos desproporcionais à configuração das quotas sociais/ações. Uma medida importante é definir o mecanismo de comprovação, que pode ser uma cláusula expressa no contrato social ou até mesmo uma obrigação acessória eletrônica a ser cumprida em cada distribuição de lucros. Isso permitirá que a autoridade tributária realize suas verificações prévias antes de qualquer notificação ao contribuinte.

É recomendável que essa regulamentação esteja prevista em lei complementar nacional, a fim de garantir uniformidade de tratamento e previsibilidade da conduta dos diversos entes tributantes. Ademais, considerando o potencial impacto da norma na dinâmica empresarial, além das consequências jurídico administrativas de interpretações expansivas, recomenda-se a não aplicação da presunção de doação até que uma lei específica seja editada para regulamentar detalhadamente esses critérios. Essa vedação temporária garantiria que os contribuintes não fossem penalizados por uma legislação incompleta e imprecisa, preservando a segurança jurídica e a confiança no sistema tributário.

Essas alterações não apenas evitariam conflitos jurídicos futuros, mas também promoveriam um ambiente de negócios mais seguro e estável, essencial para o desenvolvimento econômico do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 160, § 5º, I do Projeto de Lei Complementar (PLC) 108/2024, ao propor a tributação da partilha desigual de dividendos, apresenta sérios desafios tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. A proposta de reclassificar a distribuição desproporcional de dividendos como uma doação sujeita ao ITCMD, sem uma regulamentação clara, coloca em risco princípios fundamentais, como a liberdade de iniciativa e a segurança jurídica. Essa preocupação se fundamenta na ausência de critérios objetivos para comprovar a justificativa negocial, o que pode abrir margem para interpretações arbitrárias e divergentes, prejudicando as empresas e comprometendo a confiança no sistema tributário.

O estudo apontou para a necessidade de se melhor detalhar o texto do projeto de lei complementar, estabelecendo os critérios que serão considerados suficientes para a comprovação da legitimidade das distribuições desproporcionais de dividendos, além da inclusão de um mecanismo para viabilizar essa comprovação prévia, de fácil consulta da autoridade tributária. Como sugestão adicional, foi recomendado que nenhuma presunção de doação seja aplicada até que uma lei específica seja promulgada para detalhar os critérios pertinentes. Isso garantiria que os contribuintes não sejam penalizados com base em um texto suscetível a múltiplas interpretações, evitando, assim, a criação de um ambiente de negócios instável.

Portanto, a proposta do PLC 108/2024, tal como apresentada, requer uma revisão cuidadosa para que esteja em conformidade com os princípios constitucionais e para que promova a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento econômico do país. As sugestões apresentadas neste artigo visam equilibrar a legítima atuação do fisco com a proteção dos direitos dos contribuintes, assegurando que a legislação tributária seja aplicada de forma justa, previsível e eficiente. É crucial que o legislador considere essas recomendações para evitar conflitos jurídicos e garantir a estabilidade do ambiente empresarial brasileiro.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Henrique Rossi Silva; RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Marco Legal das Startups: uma análise da Lei Complementar n. 182/2021**. Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca, v. 7, n. 1, p. 619-648, dez. 2022. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/08/Artigo-A-Prova-no-Direito-Tributario.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 132, de 20 de dezembro de 2023**. Altera o Sistema Tributário Nacional e estabelece novas regras de tributação sobre bens e serviços. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Complementar n.º 108, de 2024**. Institui o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços – CG-IBS, dispõe sobre o processo administrativo tributário relativo ao lançamento de ofício do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, sobre a distribuição para os entes federativos do produto da arrecadação do IBS, e sobre o Imposto sobre Transmissão Causa mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2446**, Relatora: Ministra Cármem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 11 abr. 2022, publicado em 27 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1487332714>. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 16541, 17 dez. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 18370, 27 dez. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Resolução n.º 9, de 22 de dezembro de 1992. Fixa a alíquota máxima do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos (IT-CMD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/513263>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021. Institui o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 2 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta Disit/SRRF06 n.º 46, de 24 de maio de 2010. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=22112>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta Cosit n.º 56, de 25 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=101818>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. 8. ed. São Paulo: Noneses, 2021.

CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária. Boletim de Arrecadação dos Tributos Estaduais. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/boletim-de-arrecadacao-dos-tributos-estaduais>. Acesso em: 26 ago. 2024.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques; ANDRADE, Paola de. Investimento-anjo: uma proposta de justiça fiscal para investimentos de alto risco. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 364-382, 2024. DOI: 10.5102/rbpp.v14i1.8563.

FUCK, Luciano. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. In: Derecho Tributário – Tópicos Contemporâneos. Trad. Juan Carlos Panez Solórzano. Lima: Grijley, 2010. p. 1-18. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/08/Artigo-A-Prova-no-Direito-Tributario.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 1720 p. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39 ed. Barueri /SP: Atlas, 2023

PERAZZO, Filipe Zimmermann. **Tributação de Dividendos e Política Fiscal**. São Paulo: Almeida, 2023

ROCHA, Sérgio André. **Estado fiscal, tributação e proteção dos direitos do contribuinte**. In: Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Homenagem ao Jurista Gilmar Ferreira Mendes. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Ed Almedina. São Paulo/SP. 2021.

SARAIVA NETO, Oswaldo Othon de Pontes. **Planejamento tributário e crime**. In: Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Homenagem ao Jurista Gilmar Ferreira Mendes. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Ed Almedina. São Paulo/SP. 2021, p. 467-490.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

COMO CITAR: MALKO, Fabio André; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Análise crítica do PLC 108/2024 referente a incidência de ITCMD na distribuição desproporcional de dividendos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 155-170, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p155-170. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 14/10/2024

Aprovado em: 04/11/2024

COMBATTING UNETHICAL BEHAVIOR IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: HOW GAME THEORY CAN HELP TACKLE GUERRILLA TACTICS

COMBATENDO COMPORTAMENTOS ANTIÉTICOS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: COMO A TEORIA DOS JOGOS PODE AJUDAR A ENFRENTAR TÁTICAS DE GUERRILHA

Bruna Faria*

Eduardo Bueno Rodrigues**

Patrícia Ayub da Costa***

*Doutoranda em Direito
Negocial (Universidade
Estadual de Londrina - UEL)
Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual
de Londrina - UEL)
Email: bf.brunafaria.bf@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5260-2570>

**Doutorando em Direito
Negocial (Universidade
Estadual de Londrina - UEL)
Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual
de Londrina - UEL)
Email: ebuenorod@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2198-4523>

***Doutora em Direito
(Universidade de São Paulo – USP)
Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual
de Londrina - UEL)
Email: patricia.ayub@uel.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3135-961X>

COMO CITAR: FARIA, Bruna; RODRIGUES, Eduardo Bueno; COSTA, Patrícia Ayub da. Combatting unethical behavior in international commercial arbitration: how game theory can help tackle guerrilla tactics. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 171-187, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p171-187. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Esse artigo analisa a arbitragem comercial internacional e o fenômeno chamado ‘táticas de guerrilha’. Essas condutas surgem em meio de uma mudança de paradigma dentro da arbitragem, partindo de um modelo cooperativo para um modelo mais litigioso, cuja causa é a entrada de novos jogadores no mundo da arbitragem. Em si, as táticas de guerrilha são condutas antiéticas que prejudicam ou frustram o procedimento arbitral. Para entendê-las, utiliza-se a ‘teoria de cooperação’ desenvolvida por Robert Axelrod, em que ele analisa jogos de soma não zero, em especial, o dilema dos prisioneiros. Segundo essa teoria, estas condutas podem ser consideradas como atos de não cooperação, que prejudicam os jogadores de alcançar os benefícios da arbitragem. Para solucionar esse problema, Axelrod entende que é fundamental modificar os valores da não cooperação para beneficiar o jogo em si. Na arbitragem, isso significa, principalmente, criar sanções para condutas não cooperativas e educar a nova geração sobre a prejudicialidade de táticas de guerrilha. O raciocínio utilizado era o dedutivo e a pesquisa foi desenvolvida a partir da revisão bibliográfica de livros, artigos e dados de instituições oficiais.

Palavras-chave: Arbitragem Comercial Internacional. Táticas de Guerrilha. Comportamento Antiético. Teoria dos Jogos. Cooperação.

Abstract: This study analyzes international commercial arbitration and the phenomenon known as ‘guerrilla tactics.’ These behaviors emerge amidst a paradigm shift within arbitration, moving from a cooperative model to a more litigious one, driven by the entry of new players into the arbitration world. Guerrilla tactics are unethical behaviors that harm or frustrate the arbitral procedure. To understand them, this paper utilizes Robert Axelrod’s ‘cooperation theory’, in which he analyzes non-zero-sum games, specifically the prisoner’s dilemma. According to his theory, these behaviors can be considered as acts of non-cooperation because they prevent players from benefitting from arbitration. To solve this problem, Axelrod understands that it is essential to change the values of the

game in order for the players to mutually benefit from cooperation. In arbitration, this primarily means creating sanctions for non-cooperative behaviors and educating the new generation about the harmfulness of guerrilla tactics. The reasoning used was deductive, and the research was developed through a bibliographic review of books, articles, and data from official institutions.

Keywords: International Commercial Arbitration. Guerrilla Tactics. Unethical Behavior. Game Theory. Cooperation

INTRODUCTION

The focus of this study is to examine guerilla tactics in international commercial arbitration and offer possible solutions from the perspective of game theory. To do this, this study will apply Robert Axelrod's "Theory of Cooperation" in order to understand why guerrilla tactics happen if they do not benefit arbitral proceedings, as it makes them less flexible, inefficient, and more expensive.

Initially, this paper hypothesizes that uncooperative acts, in certain cases, can be more beneficial to a party's strategy than being cooperative, and this might lead to an increase in these acts, which can harm arbitral proceedings and violate the principle of access to justice and due process. When employed, these actions can compromise the primary objectives of arbitration, including expedited procedures, flexibility, finality, and cost-effectiveness.

This study will be divided into three sections, the first will examine the concept and history of arbitration and why it's important for access to justice as an alternative dispute resolution mechanism (ADR). The second section will try to define and categorize guerilla tactics, whilst also pinpointing why they came into fruition. The third section will describe Robert Axelrod's "Theory of Cooperation", and how it applies to guerrilla tactics in order to find possible solutions.

In sum, this paper will try to offer a new perspective as to why guerrilla tactics, which are acts of defection, form in what was a cooperative environment. This paper utilizes deductive reasoning, as it applies the theory of cooperation in the specific setting of international commercial arbitration. It also utilizes literature review of various academic studies regarding international commercial arbitration, guerilla tactics and cooperation theory.

1 ARBITRATION AND ACCESS TO JUSTICE: UNDERSTANDING ITS HISTORY AND IMPORTANCE AS AN ALTERNATIVE DISPUTE MECHANISM

Before examining international commercial arbitration, it's important to first understand what arbitration is and how it came to fruition. Arbitration – as a tool for conflict resolution – is not a modern invention. Frank D. Emerson traces arbitration back to the 10th century BCE, pointing to King Solomon as one of the earliest known arbitrators, and an account of his ruling is narrated by the Old Testament in I Kings, chapter 2 verses 16-38 (EMERSON, 1970, p. 155).

The story as narrated in the bible goes as follows: two women who lived in the same house had given birth on the same day, and one child died. The child was switched, and the mother who awoke with a dead child on her lap immediately knew that it wasn't hers. The two women fought and because they couldn't find mutual ground, went seeking Solomon's guidance. Solomon heard the two women's stories, in which both argued that the child was theirs.

Since there was no way of knowing which woman was the child's biological mother, he decided to get his sword and cut the child in half, this way both would get the child, even if in uni-

deal circumstances. Hearing his judgment, one of the women begged Soloman to leave the child with the other woman, as a means of ensuring the child's life, whilst the other accepted Soloman's ruling, understanding it as just. After hearing both women's reactions, Soloman gave the child to the woman who was willing to give up the child to ensure its safety. Over time, this story was utilized to demonstrate Soloman's wisdom – thought to be influenced by God's will (EMERSON, 1970, p. 156).

Other stories of arbitration can even be found in Greek mythology, such as in the 'Judgement of Paris', which is allegedly one of the causes that led to the Trojan War. The myth starts with the wedding of Peleus and Thetis where the uninvited Eris, goddess of discord, threw a golden apple, inscribed "To the fairest one". Hera, Athena, and Aphrodite were attending the wedding, and each believed the apple to be theirs, causing confusion and conflict. They asked Zeus to resolve the dispute by awarding the apple to the most beautiful goddess, but he refused and asked Paris of Troy to act in his stead.

Paris, noticing the beauty of each goddess, had a hard time choosing. The goddesses noted his difficulty, and each promised him a gift in exchange for selecting them. Hera offered him the continents of Europe and Asia, Athena promised wisdom and skill in war, and Aphrodite offered the world's most beautiful woman – Helen of Sparta, wife of the Greek king Menelaus. Ultimately, Paris accepted Aphrodite's proposal and awarded her the golden apple. This event led to Helen's, willful or unwilling, kidnapping, which caused the Greeks to invade Troy (CENTNER; FORD, 2019).

Historically and mythologically, arbitration has been used before the birth of the modern State in order to resolve disputes peacefully, thus avoiding possible actions that limit liberty or exterminate life, such as vengeance or war. Romesh Weeramantry (2021, p. 58) points out that arbitration is "the oldest method for the peaceful settlement of international disputes" between State's or State-like entities. He states that the oldest inter-State arbitration occurred in 2500 BCE when King Meslim of Kish was asked by the Mesopotamian City-States of Lagash and Umma to resolve peacefully a territorial dispute (WEERAMANTRY, 2021, p. 58). The ancient Greeks also utilized it to sometimes resolve property disputes between city-states to avoid going to war – e.g. the dispute between Athens and Megara for the possession of the island of Salamis, about 600 BCE, in which five arbitrators from Sparta awarded the island to Athens (EMERSON, 1970). Phoenician and Greek traders also submitted their commercial disputes to arbitration, and Marco Polo utilized it when journeying with desert caravans (CENTNER; FORD, 2019).

Since arbitration's first recorded mention, historical and mythological tales indicate a certain commonality between all past and present arbitration proceedings, which is that it is formed by conflicting parties, who by mutual consensus, nominate a third party to resolve their dispute; therefore, avoiding violence, vengeance, war, ADR tools or State jurisdiction as a means for dispute resolution.

Be it *ad hoc* or institutional, they all have these two characteristics: (a) mutual consensus rooted, theoretically, in Immanuel Kant's 'freedom of will' and (b) jurisdiction, which can be under-

stood as the power to resolve a conflict. Moreover, there are two consequences when parties choose arbitration over litigation: the first one, considered negative, is that it eliminates recourse to other ADR tools and litigation (i.e. competence-competence principle) and the other, considered positive, renders arbitration clauses binding, which is legitimized by the *bona fide* principle (good faith) and *pacta sunt servanda* (COSTA, 2023, p. 63).

Considering arbitrations' two inherent characteristics, a possible definition for it can be found in Tânia Lobo Muniz's work regarding arbitration in Brazil:

In summary, we can conceptualize it as a private jurisdictional procedure for resolving conflicts, established on a contractual basis, but with legal force, with its own procedure, laws and judges established by the parties, and which removes the dispute from state jurisdiction. (MUNIZ, 1999, p. 40, translated by the author).¹

Arbitration throughout history has been used in various areas such as property law, commercial transactions, trusts and estates, labor and consumer law. Regarding trusts and estates, which has yet to be mentioned, George Washington included an arbitration clause in his will that was revealed on December 14, 1799, the day of his passing:

My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants—each having the choice of one—and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their sense of the Testator's intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States. (NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION, 2024)

Arbitration has also been vastly applied to labor disputes, such as in 1786 when it was used by the Chamber of Commerce of New York to resolve a wage dispute involving seamen (CENTNER; FORD, 2019). In current times, mandatory arbitration in labor law is being questioned in academic and legal circles because it can be more expensive than litigation,² thus thwarting access to justice, especially when one party is financially vulnerable. In the US, empirical studies have shown a bias towards employers – as employees in arbitration proceedings win less often and when they do win, they win smaller awards when compared to litigation (STERNLIGHT, 2015).

This is especially daunting when examining the percentage of the American population bound by mandatory arbitration in labor contracts, as illustrated by Alexander J.S. Colvin and Mark D. Gough:

While 53.9% of all firms, covering 56.2% of the workforce, mandated arbitration procedures for employment disputes, adoption rates varied by workforce size.

1 Citation without translation: De forma sintética, podemos conceituá-la como procedimento jurisdiccional privado para a solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes próprios estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da Jurisdição estatal.

2 To this end, Queen Mary University of London's (2018, p. 2) Arbitration Survey highlights that cost is considered by its interviewees as arbitration's worst feature.

Specifically, 49.8% of employers with fewer than 100 employees required arbitration, whereas 67.7% of employers with 5,000 or more employees required arbitration. This is consistent with the literature establishing that firm size is positively correlated with formalized human resource policies and access to more sophisticated legal strategies, like mandatory arbitration, to protect against legal liability. (COLVIN; GOUGH, 2023, p. 134).

Because of this, the Arbitration Fairness Act proposed in 2023 by Senator Blumenthal, Richard seeks to eliminate mandatory arbitration clauses in employment, consumer, and civil rights cases (USA, 2023). Therefore, allowing consumers and workers to choose between arbitration, other ADR mechanisms, and litigation only after the dispute occurs.

In Brazil, arbitration clauses were discouraged and generally disregarded by judges in labor disputes until the 2017 labor reform, which permits its use explicitly. However, with the introduction of article 507-A to the Consolidation of Brazilian Labor Laws (CLT)³ it's now enforceable, albeit it has to respect at least one of two criteria: first, the arbitration clause will only be considered valid if the worker has a wage higher than twice the maximum limit established for the benefits of the Brazilian Social Security System⁴ and that they want an arbitration clause or expressly accepts it when it's already present in the labor contract (BRASIL, 1943). At present, there aren't any studies in Brazil as seen in the US that can determine if arbitration is harming employees' rights, let alone any legislative proposal to modify the labor law, but Selma's Ferreira Lemes (2022, p. 8) research shows that Labor disputes are being submitted to Brazilian arbitration chambers and consist of 38% of CAMARB⁵ rulings in 2022.

Arbitration can also be utilized in consumer law, and in Brazil it was also originally prohibited by the Law n. 8.078, i.e. Brazil's Code of Consumer Protection (CDC), article 51, VII. However, with the passing of Law n. 9,307, Brazil's arbitration law, inspired by the UNCITRAL⁶ Model Law on International Commercial Arbitration, article 3, § 2º, established that arbitration clauses in adhesion contracts are permitted and enforceable only if the adherent takes the initiative or expressly agrees to its institution, provided that it is written and attached to a separate document or in bold letters, requiring a signature or an express authorization (BRASIL, 1996).

Currently, arbitration in consumer disputes is a highly debated topic, especially in countries that permit or have permitted its use. In France, for example, the 2016 statute named 'Justice of the 21st Century' altered the French Civil Code, redrafting article 2,061, limiting the enforceability of arbitration clauses against consumers (BORYSEWICZ; BOULMELH, 2018, p. 2). Its amendment establishes the 'option of jurisdiction', allowing the consumer to choose between arbitration proceedings or filing a claim before the national courts. However, this right is only applicable to domestic arbitration proceedings, because French courts have considered it unenforceable in inter-

3 In Portuguese it is referred as: *Consolidação das Leis do Trabalho*.

4 In Portuguese it is referred as: *Regime Geral de Previdência Social*.

5 Abbreviation for: *Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial*.

6 Abbreviation for: The United Nations Commission on International Trade Law.

national arbitration due to its interpretation of certain types of international agreements (consumer, employment agreements, etc.) (BORYSEWICZ; BOULMELH, 2018).

All in all, the enforceability of arbitration in the US in the context of consumer contracts is being challenged by the Arbitration Fairness Act, and in Brazil, Bill n. 3.514/2015, currently being reviewed by Congress, also prohibits the enforcement of arbitration clauses in consumer disputes, as proposed by article 101, § 1 (BRASIL, 2015). In a way, even if arbitration is being reevaluated as an effective ADR instrument in areas such as labor, consumer and civil rights – as it can restrict access to justice, because not everyone can afford it, even with the existence of third-party funding – it really does shine in commercial disputes, especially in the international arena, where it can help prevent forum shopping, reduce transaction costs and protect sensitive information and business secrets. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, provides the following definition for international arbitration:

(3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country. (UNCITRAL, 2006, p. 1-2).

Arbitration, when applied to international commercial disputes, allows the parties to choose their rule of law and procedures, tailoring the ‘rules of the game’ in accordance with their needs. Because of this, arbitration can be flexible, faster, and even more efficient than state litigation, especially when parties cooperate.

Moreover, the parties can choose highly specialized arbitrators, which theoretically can emit a more specialized decision than a non-specialized judge. However, when a party does not cooperate and actively hinders arbitration proceedings, these benefits can be rendered moot as their acts can cause a stalemate or even abandonment – effectively harming the other party’s access to justice.

Contemporarily, arbitration is becoming more diverse, and this has been not without its problems, as it’s not uncommon to see civil and common law practices clash, complicating and stunting the conflict’s resolution. Moreso, acts of defection are commonplace, and some are even labeled as “guerrilla tactics”, which will be analyzed in the next section.

2 GUERRILLA TACTICS: WHAT ARE THEY AND WHY DO THEY HARM ARBITRAL PROCEEDINGS?

With the rise of global commerce in the last century, more and more players have started utilizing arbitration, destabilizing what was an exclusive club made up of European lawyers, retired

judges, law professors, and researchers. At times, they acted as arbitrators, and at other times they represented the parties, but this changed with the rise in international arbitration disputes caused by the expansion of global trade (COSTA, 2023).

Arbitration, at least in the 20th century had a certain mystique, as only a few players had access to its tribunals that were mostly located in cities of economic prestige, such as Paris and London. These players were referred to as 'grand old men', which Patricia Ayub da Costa (2023, p. 121) characterizes as a restricted 'country club', an oligopoly of sorts, formed by an older generation of men of the European legal community, whose behavior was limited by social capital.

Entrance to this small group was difficult, so reputation for virtue was key – i.e. depending on a player's behavior, a specific case could either build or destroy a career instantly. Moreover, the Europeans had a tradition of tailoring conflicts to the party's needs, and since all of them knew and sometimes worked with each other, there was a willingness for cooperation (COSTA, 2023). Non-cooperation was equivalent to professional suicide (DEZALAY; GARTH, 1998, p. 57).

However, with the success of arbitration as a global dispute mechanism in commercial conflicts, new players, with somewhat diverse backgrounds, entered the scene. Yves DeZalay and Bryant G. Garth (1998, p. 10) labeled them as 'technocrats', formed by a younger generation, mostly men, yielding from a common law tradition, and whose playbook is transforming the informal and settlement-oriented system towards a more formalized and litigious system.

They explain that multinational US law firms, for example, focus on client's needs, sometimes even going against the principles of justice and good faith in order to maintain a client satisfied. In other words:

The conflict specialists from the United States (or elsewhere) do not feel any responsibilities except to their client. Furthermore, they offer their clients the ability to operate for tactical reasons in many jurisdictions or types of proceedings at once. This "legal superarmament" of multiple attacks and forum shopping escalates the warfare considerably on behalf of clients able to afford it. And for various reasons, it is a service that was successful in building the power and success of U.S.-style litigation for corporate clients in the 1980s. The large law firms have tended to practice the very same strategy when handling international disputes. Yet this pragmatic and tactical approach is opposed to the tacit usages of the arbitration club. (DEZALAY; GARTH, 1998, p. 56)

With the introduction of new players, who value their positions in the social hierarchy of the law firm more than resolving the dispute, arbitration takes a backseat to client's needs. Furthermore, the perception of arbitration as a useful mechanism for conflict resolution has become influenced, and sometimes overshadowed, by its potential as a growing market. For example, the ICC (2018) published its figures for 2018, and the average amount of awards were US\$ 45 million, and the aggregate value of all pending disputes at the end of the year was US\$ 203 billion.

With this growing market, which has opened the doors to new players, unprecedented behaviors thwart due process and complicates arbitral proceedings; thus, eliminating the biggest

advantages of arbitration – albeit flexibility, swiftness and cost-efficiency. Yves Dezelay and Bryant G. Garth explains that:

[...] where one group is obliged to be quasi-referential with respect to the dogmas and the customs upon which is reposed the collective faith in arbitration, the others have but one ambition—that is, winning a good result. To get that result, they are ready to exploit any procedural tactics and forums available to them. They are willing to create difficulties for their colleagues and the arbitral tribunal and even to damage the image of this justice—which had pretended to be rapid and less costly because informal. (Dezelay; Garth, 1998, p. 57)

Contemporarily, some behaviors that harm arbitration proceedings have been characterized as ‘guerrilla tactics’ – a term coined in 2010 by Barbara Helene Steindl (2010), who understands arbitration as a multiplayer game. She comprehends guerrilla tactics as a failure to play by the rules, sometimes resulting in an unplayable game. Michael S. C. Hwang (2013, p. 21) identifies players who resist arbitration as “terrorists or arbitration guerrillas” and defines them as:

[...] respondents who are not interested in playing the game by the rules, usually because they have a bad case. They will try and exploit the procedural rules for their own advantage, seeking to delay the hearing and (if they get any opportunity) ultimately to derail the arbitration so it becomes abortive or ineffective.

In sum, guerrilla tactics are techniques that exploit procedural rules in arbitration for personal advantage. This is possible because of arbitration’s flexible nature, which allows for speedier resolutions by sacrificing procedural formalism, present in litigation. This lack of procedural formalism, considered a virtue and not a problem when rules of conduct were informally established by ‘grand old men’, became arbitration’s Achilles heel in the 21st century.

That said, some point to the “Americanization of arbitration” as one of the culprits for guerrilla tactics’ increasing usage, as Americans have a more aggressive form of advocacy than the continental Europeans. They also have a more law-oriented approach than their American counterparts, who are more fact-oriented (BERGSTEN, 2006, p. 294).

Furthermore, Americans simultaneously use litigation techniques in litigation and arbitration proceedings, whereas Europeans “tend to litigate before the courts and arbitrate before an arbitrator” (BERGSTEN, 2006, p. 300). This has not gone unnoticed, as Eric Bergsten (2006, p. 301) argues that the on-going trend in international arbitration is to move towards an American style of litigation, moreso as procedural disputes have multiplied, jurisdictional objections are commonplace, and cross-examination is prevalent.

Guerrilla tactics may happen before the arbitration proceedings with a jurisdictional challenge (anti-suit injunctions), a motion to question the validity of the arbitration clause or agreement and objections to the selection process and appointment of arbitrators (COSTA, 2023, p. 169-170). If any of these strategies fail to delay the arbitration hearing, the next step is to adopt “provocative measures designed to produce over-reaction by the tribunal, hoping that the tribunal will take one

or more missteps so that the subsequent award becomes capable of challenge, either in setting aside or enforcement proceedings" (HWANG, 2013, p. 21). Some common forms, are late or blatant refusal to file submissions, filing excessive documents and raising unwarranted bad-faith challenges.

There are also what Günther Horvath and Stephan Wilske (2013) label as extreme examples of guerrilla tactics that happen when councils withhold evidence until the last minute, provide inaccurate translations of important documents, and introduce new evidence. They also mention that some tactics can even cross the civil sphere and enter the criminal domain, when counsels threaten witnesses by use of intimidation, violence and/or harassment; wiretap witnesses and arbitrators, and bribe or forge documents (HORVATH; WILSKE, 2013).

All in all, noncooperation using guerrilla tactics harms the integrity of the arbitral procedure and can even result in its abandonment or deadlock. In this context, cooperation theory, which is based on game theory, can offer important insights as to why they happen and how to reduce or eliminate them.

3 ROBERT AXELROD'S THEORY OF COOPERATION: UNDERSTANDING GUERRILLA TACTICS IN GAME THEORY

Robert Axelrod explains the theory of cooperation through the prism of game theory, most notably with the prisoner's dilemma. In his book, "The Evolution of Cooperation", which is found on mathematical models of behavior and decision-making, he discusses the differences between zero-sum games and non-zero-sum games as a conduit for understanding how cooperation forms and sustains itself.

For instance, in zero-sum games, competitors only have one chance of winning, and winning means that someone will necessarily lose. An example is chess, where a competitor's win, is another one's loss. Yet in non-zero-sum games there isn't a clear-cut winner, and the sum can be more or less than zero, hence the name. Axelrod points to the prisoner's dilemma as a non-zero-sum game, where the line between winning and losing isn't so straightforward.

Figure 1: Prisoners Dilemma

		Prisoner 2 (P2)	
		Cooperate	Defect
Prisoner 1 (P1)	Cooperate	P1 = 3 P2 = 3	P1 = 5 P2 = 0
	Defect	P1 = 0 P2 = 5	P1 = 1 P2 = 1

Source: Axelrod (2006, p. 8)

Figure 1 demonstrates the Prisoner's Dilemma's three strategies: cooperation-cooperation, defection-cooperation, and defection-defection. If both players cooperate, they will each be rewarded 3 points. If one defects and the other cooperates, they will receive, respectively, 5 points and 0 points. Finally, if both defect, they will each receive 1 point. In this game, there are various strategies, which depend on whether you are playing it once or multiple times. In a single game, the best strategy for the highest number of points is defection. This also applies to when one player knows it is their last game, but the other does not. However, when both choose defection, the number of points scored by each is lower than if they both cooperate.

When parties play against each other in multiple rounds, the best strategy becomes mutual cooperation, which results in the biggest average. Axelrod points out that this doesn't mean that the best strategy is all or unconditional cooperation, because mathematically, in the face of exploitative strategies, it will always lose (AXELROD, 2006, p. 136). This strategy is also known as the 'golden rule': due unto others as you would have them do to you. From a moral standpoint, it can even be seen as Kantian, as the categorical imperative implicates that an individual should act in accordance with a morally and universally accepted standard. However, because this strategy "provides an incentive for the other player to exploit you", it will only work with other cooperative strategies (AXELROD, 2006, p. 136). Therefore, the best strategy identified by Axelrod is TIT-FOR-TAT, which basically means that the players should copy the other player's previous move. It's very simple, yet it is the strategy that can win the greatest number of points even against uncooperative strategies.

After exploring Axelrod's strategies and game explanations, two questions emerge: what is the relationship between game theory and arbitration, and what possible insights can game theory provide for guerrilla tactics? Firstly, arbitration is a game with rules and players. The substantial and procedural rules are chosen by the parties and, if institutional, need to follow the guidelines of arbitration chambers. Secondly, international commercial arbitration was successful for so long because the players were cooperative, and all knew each other. Moreover, they knew that they would be playing multiple times (i.e., as an arbitrator or as the party's counsel), and the cost of utilizing uncooperative strategies was their reputation and, therefore, their careers.

When new players emerged, such as Americans or technocrats, they didn't play by the same strategy because they had other goals.⁷ Therefore, the weight of defection was lower for them than for the Europeans because these new players valued their clients' satisfaction over their reputation, and it was the party that financed the cost of the arbitration trial, not the law firm. Considering these new strategies, The Europeans were at a clear disadvantage, because as stated before, cooperative strategies are at a disadvantage in face of uncooperative strategies, unless they are TIT-FOR-TAT.

However, if TIT-FOR-TAT were to be applied to arbitration that would mean that both parties would be uncooperative, thus ending arbitral proceedings by deadlocking it. Thusly, a better solution explored by Axelrod would be to either modify the pay-off to make defection more costly,

⁷ Axelrod also explains that with the introduction of a defection strategy in a population where only a cooperative strategy exists, defection takes over, eliminating cooperation.

enlarge the shadow of the future, teach players to care about each other, and/or improve recognition capabilities (AXELROD, 2006).

Axelrod explains that payoffs can be changed to increase cooperation. This can happen by increasing the cost of non-cooperation or making the payoff of cooperation more attractive to players. In international arbitration, there does not appear to be hard law that punishes parties or counsel for unethical conduct, nor is there interest in establishing legal sanctions because it may harm the flexibility and informality of the institution. Moreover, national bar associations are reluctant to punish behavior that occurs in international courts, and arbitrators don't have the same coercive powers as national courts (COSTA, 2023). Thus, increasing costs can be difficult in arbitration but not impossible, as mentioned by Günther Horvath, Stephan Wilske, and Jeffery Jeng.:

Although the lack of coercive authority and local bar association discipline significantly hamper arbitrators in their fight against guerrilla tactics, arbitrators and institutions are not powerless. Arbitrators may use creative shaming sanctions, cost sanctions, exclusions of counsel, or even dismissal of cases to discourage bad conduct. Institutions might play a supporting role through suspension of lawyers or by blacklisting these attorneys. With the shrewd use of litigation-inspired counter tactics, arbitrators and institutions are able to act as front-line defenders against guerrilla tactics. (HORVATH; WILSKE; JENG, 2013, p. 282-284).

Currently, the IBA⁸ Guidelines on Party Representation in International Arbitration adopted by a resolution of the IBA Council on May 25, 2013, represent one of the biggest advances in addressing remedies for misconduct. Specifically, guidelines 26 and 27 establish possible sanctions:

26. If the Arbitral Tribunal, after giving the Parties notice and a reasonable opportunity to be heard, finds that a Party Representative has committed Misconduct, the Arbitral Tribunal, as appropriate, may: (a) admonish the Party Representative; (b) draw appropriate inferences in assessing the evidence relied upon, or the legal arguments advanced by, the Party Representative; (c) consider the Party Representative's Misconduct in apportioning the costs of the arbitration, indicating, if appropriate, how and in what amount the Party Representative's Misconduct leads the Tribunal to a different apportionment of costs; (d) take any other appropriate measure in order to preserve the fairness and integrity of the proceedings.

27. In addressing issues of Misconduct, the Arbitral Tribunal should take into account: (a) the need to preserve the integrity and fairness of the arbitral proceedings and the enforceability of the award; (b) the potential impact of a ruling regarding Misconduct on the rights of the Parties; (c) the nature and gravity of the Misconduct, including the extent to which the misconduct affects the conduct of the proceedings; (d) the good faith of the Party Representative; (e) relevant considerations of privilege and confidentiality; and (f) the extent to which the Party represented by the Party Representative knew of, condoned, directed, or participated in, the Misconduct. (IBA, 2013)

The IBA guidelines are non-binding, meaning that they are only applicable when parties have agreed to use them or when a tribunal considers them necessary. Moreover, these guidelines do not take precedence over or aim to compete with existing national law governing conduct.

⁸ Abbreviation for: International Bar Association.

In general, the international community has welcomed them. For example, the ICC's⁹ Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration states that “parties and arbitral tribunals are encouraged, where appropriate, to adopt or otherwise be guided by the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration” (ICC-b, 2021, p. 6). The Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration 2021, article 7.2, specifies that “each party shall use its best endeavours to ensure that its legal representatives comply with the International Bar Association Guidelines on Party Representation [...]” (ACICA, 2021, p. 14) and the Lagos Chamber of Commerce Arbitration Rules 2016 also mentions the IBA Guidelines in Article 7(3) and Annex II (LACIAC, 2016).

Complementary to the IBA guidelines, the London Court of International Arbitration (LCIA) updated their Arbitration Rules in 2014 to ensure that legal representatives comply with the general guidelines contained in the Annex to the LCIA Rules, which establishes that party's legal representative should act in good and equal conduct – failure to do so can result in the sanctions stipulated by article 18.6: “(i) a written reprimand; (ii) a written caution as to future conduct in the arbitration; and (iii) any other measure necessary to fulfil within the arbitration the general duties required of the Arbitral Tribunal under Articles 14.4(i) and (ii)” (LCIA, 2014).

Another alternative that may stimulate cooperation by raising non-cooperation costs is sanctioning arbitration guerrillas monetarily by fining their behavior or distributing the costs of an arbitral proceeding based on the parties' behavior. An example of the second can be found in article 38(5) of the ICC's 2021 Arbitration Rules: “in making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account such circumstances as it considers relevant, including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner” (ICC, 2021-a).

In the end, raising the cost of non-cooperative behavior may help thwart unethical actions, such as guerrilla tactics. Axelrod mentions that enlarging the shadow of the future and teaching players to care about each other can help encourage cooperative strategies. One option for promoting future interactions, thereby leading to cooperation due to repetitive interactions, is establishing a penalty in an arbitration agreement that is owed to the other party when one acts unethically in arbitral proceedings. Therefore, there will be value to be gained when a party cooperates in the face of defection.

Moreover, other tactics such as workshops and courses on conflict resolution can help the younger generation understand that unethical behavior, especially guerrilla tactics, doesn't pay off because it does not only harm due process or access to justice, but their reputation as well.

Finally, arbitrators need to learn to identify when guerrilla tactics are being used in order to quickly address the situation before possible challenges to their impartiality comes into question, as previously mentioned by Michael S. C. Hwang (2013, p. 26). Thereby, arbitrators need to be constantly on guard, aware of their language, and justify all decisions.

⁹ Abbreviation for: International Court of Arbitration.

FINAL CONSIDERATIONS

This paper examines arbitration and ethical behavior through the lens of game theory, as proposed by Robert Axelrod in his groundbreaking book ‘The Evolution of Cooperation.’ The first section explores the historical use of arbitration in areas such as labor, and consumer law, highlighting its controversial weaponization in disputes involving social and civil rights. In contrast, players dealing in global trade recognize arbitration as an exceptional instrument for dispute resolution, as it allows parties to choose their arbitrators, tribunal, and substantive and procedural law. Moreover, written history has recorded arbitration as a useful instrument for resolving commercial disputes for millennia and this view has not changed.

In the second section, this paper explored how global trade has pushed for more alternative forms of conflict resolution, especially arbitration, as a means to avoid forum shopping and reduce transactional costs. Furthermore, arbitration’s significant benefits include informality, flexibility, speed, and efficiency, all grounded on consensus and trust in the tribunal. This section also analyzes the shift in arbitration culture from a cooperative model to a more polarized and formal procedure. The reason being that as arbitration became more diverse and technocrats and Americans competed for access to international tribunals, cooperation behavior diminished, and guerrilla tactics emerged.

The third section examines why unethical behavior, such as guerrilla tactics, occurs in cooperative environments. Utilizing Robert Axelrod’s theory of cooperation, based on the Prisoner’s Dilemma, this paper concludes that non-cooperative strategies exploit cooperative strategies like the golden rule, leading to the extinction of cooperation. To foster cooperation, it is essential to adjust payoffs, educate players on the importance of cooperation, and create more opportunities for interactions. Moreso, the arbitration community has taken notice of unethical behavior, which has resulted in the IBA guidelines and its acceptance by some tribunals. Finally, there is no hard law regulating unethical behavior or guerrilla tactics, and some argue that such regulations are unnecessary as they would undermine arbitration’s benefits. All in all, this paper tried to demonstrate how game theory can be applied to and help understand a very real human phenomenon, that being, guerrilla tactics in arbitral proceedings.

REFERENCES

ACICA. **Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration 2021.** Disponível em: https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf. Acesso em: 10 jun. 2024.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation.** United States of America: Basic Books, 2006.

BERGSTEN, Eric. Americanization of International Arbitration. **Pace Int'l L. Rev.**, United States, v. 18, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pirl>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BORYSEWICZ, Eric; BOULMELH, Karim. **The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook**: France, 2018. Disponível em: <https://www.globalarbitrationnews.com/wp-content/uploads/sites/42/2018/03/France.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.514/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1408274&filename=PL%203514/2015. Acesso em: 10 jun. 2024.

CENTNER, Daniel; FORD, Megan. **A Brief History of Arbitration**. American Bar Association, United States, 19 set. 2019. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/the_brief/2018-19/summer/a-brief-history-arbitration/. Acesso em: 10 jun. 2024.

COLVIN, Alexander J. S., GOUGH, Mark D. **Mandatory Employment Arbitration**. Annual Review of Law and Social Science, 2023. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/fulltext/lawsocsci/19/1/annurev-lawsocsci-120822-112007.pdf?itemId=/content/journals/10.1146/annurev-lawsocsci-120822-112007>. Acesso em: 10 jun. 2024.

COSTA, Patrícia Ayub. **Táticas de Guerrilha na arbitragem internacional: mecanismos de prevenção, controle e sanção**. Londrina: Thoth, 2023.

DEZALAY; Yves; GARTH, Bryant G. **Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order**. Chicago: University of Chicago Press, 1998,

EMERSON, Frank D. History of Arbitration Practice and Law. **Clev. St. L. Rev.** 155, Ohio, n. 1, v. 19, p. 155-164, 1970.

HORAVATH, Günther; WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

HORVATH, Günther J.; WILSKE Stephan, JENG, Jeffrey. Lessons to Be Learned for International Arbitration? I. HORVATH, Gunther J.; WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law, International, 2013.

HWANG, Michael S. C. **Selected Essays on International Arbitration**. Singapore: Academy Publishing, 2013.

IBA. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, 2013. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>. Acesso em: 10 jun. 2024.

ICC. 2021 Arbitration Rules. 2021-a. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-38>. Acesso em: 10 jun. 2024.

ICC. ICC Arbitration figures reveal new record for awards in 2018, 2018. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

ICC. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 2021-b. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

LACIAC. The Lagos Chamber of Commerce Arbitration rules (LACIAC Arbitration rules 2016). Disponível em: <https://www.laciac.org/wp-content/uploads/2019/09/3926654-LACIAC-Rule-Book-2016.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

LCIA. LCIA Arbitration Rules (2014). Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx. Acesso em: 10 jun. 2024.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2020/2021 realizada em 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 10 jun. 2024.

MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96. Curitiba: Juruá, 1999.

NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. From George Washington's Will. Disponível em: <https://nysba.org/NYSBA/Sections/International/Seasonal%20Meetings/Tokyo%202019/Course-book/5.%20Will%20of%20President%20George%20Washington.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018. Disponível em: [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acesso em: 10 jun. 2024.

STEINDL, Barbara Helene. Procedural Tactics of a Guerrilla Nature & Suggestions for Counsel How to Counter & Employ (From the Perspective of Counsel Before Commercial Tribunals). 2010. Disponível em: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1608. Acesso em: 10 jun. 2024.

STERNLIGHT, Jean R. Disarming Employees: How American Employers are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection. **Brook. L. Rev.**, New York, v. 19, 2015. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol80/iss4/3/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

UNCITRAL. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 10 jun. 2024.

USA. S.1376 - Forced Arbitration Injustice Repeal Act, 2023. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/1376>. Acesso em: 10 jun. 2024.

WEERAMANTRY, Romesh. **From Giants to Gunboats: The Evolution of State-State Arbitration**. In: **BANERJI**, Gourab et. al. **International Arbitration and the rule of Law: essays in honour of Fali Nariman**, 2021.

COMO CITAR: FARIA, Bruna; RODRIGUES, Eduardo Bueno; COSTA, Patrícia Ayub da. Combatting unethical behavior in international commercial arbitration: how game theory can help tackle guerrilla tactics. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 171-187, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p171-187. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 21/08/2024

Aprovado em: 05/11/2024

RESENHAS|REVIEWS

VIOLÊNCIA NO FUTEBOL: O QUE A CRIMINOLOGIA E A EXPERIÊNCIA INGLESA PODEM CONTRIBUIR COM A REALIDADE BRASILEIRA?**VIOLENCE IN FOOTBALL: WHAT CAN CRIMINOLOGY AND THE ENGLISH EXPERIENCE CONTRIBUTE TO THE BRAZILIAN REALITY?**

OLIVEIRA, Steevan. **Violência no futebol:** uma análise criminológica sobre os hooligans e o policiamento de futebol no Reino Unido. 1 ed. Curitiba: Appris, 2022.

Adriano da Silva Ribeiro*

Como citar: RIBEIRO, Adriano da Silva. *Violência no futebol: uma análise criminológica sobre os hooligans e o policiamento de futebol no Reino Unido*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2022. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p.188-190, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p188-190. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Trata-se de resenha do livro “Violência no futebol: uma análise criminológica sobre os hooligans e o policiamento de futebol no Reino Unido. 1 ed. Curitiba: Appris, 2022”.

Palavras-chave: Criminologia. Futebol. Políticas Públicas.

Abstract: This is a review of the book “Violence in football: a criminological analysis of hooligans and football policing in the United Kingdom. 1 ed. Curitiba: Appris, 2022”.

Keywords: Criminology. Soccer. Public policy.

Dez de julho de 2023. Os grandes veículos de comunicação brasileiros e as redes sociais se comoveram e repetiam exaustivamente acerca da morte da torcedora do Palmeiras, vítima indefesa de uma briga entre torcidas organizadas. A jovem que teve a vida ceifada estava na UTI em estado grave desde sábado, dia oito, em virtude de ter sido atingida no pescoço por uma garrafa durante uma briga que ocorreu no acesso para o estádio.

A intensa cobertura midiática e debate acerca do tema começou no próprio dia da briga e perpassou o fim de semana, adentrando os dias subsequentes à morte da jovem paulista. Dia após dia, jornais de grande circulação nacional acompanhavam atentamente as investigações policiais e cada nova informação era repercutida também nas redes sociais.

Fatos como esse não são novidades no Brasil. Uma rápida busca na memória ou em jornais é possível encontrar outros tan-

tos episódios de brigas ou mortes envolvendo torcedores de futebol. Ao mesmo tempo que dados dão conta de um aumento da violência envolvendo torcidas organizadas no Brasil, os Barra Bravas continuam como fonte de preocupações na América Hispânica. Chegou-se ao impensável em 2018, quando a final da Libertadores da América, principal torneio de futebol das Américas, foi transferido do continente, de Buenos Aires para Madri, como consequência de atos de violência.

Assim, verifica-se que medidas concretas precisam ser implementadas para fazer frente a essa crônica situação. Pensar o tema a partir da construção de políticas públicas para o controle da violência relacionada ao futebol leva à diversas indagações: o que faz com que o futebol, a paixão nacional, resulte em violência? Seria possível controlar esse problema e tornar os estádios mais seguros? Algum país já passou pelo menos problema e conseguiu solucioná-lo, ou essa realidade latinoamericana acontece em todos os países?

Essas e outras perguntas são o foco da pesquisa de campo que resultou na obra *Violência no futebol: uma análise criminológica sobre os hooligans e o policiamento de futebol no Reino Unido*.

O livro se estrutura em agradecimentos, apresentação, introdução e quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata das “raízes dos estudos sobre distúrbios, violência no futebol e seu policiamento”. Destaca-se, assim, que o país que criou o futebol como modalidade esportiva, a Inglaterra, é também o país com o maior número de tragédias e conseguiu transformar seu futebol, que foi considerado um grave problema social em virtude dos torcedores brigões conhecidos como *hooligans*, em uma atividade altamente lucrativa. Hoje, o campeonato inglês (*Premier League*), é não só um entretenimento seguro, mas também é, irrefutavelmente, a liga de futebol que mais gera dinheiro no mundo, atraindo os melhores treinadores, jogadores, telespectadores e contratos de todos os cantos do planeta. No intuito de conhecer com mais propriedade essa transformação, o autor da obra fez uma pesquisa por imersão, tendo pesquisado o tema no próprio país, em estudo que durou um ano e envolveu as polícias de Londres e da Escócia.

O livro demonstra que no decorrer do século XX, centenas de fãs perderam a vida nos estádios de futebol nos países que compõem o Reino Unido. Juntamente às tragédias nas arquibancadas, os torcedores ingleses ficaram famosos mundialmente como o rótulo de *hooligans*. Por onde passava, dentro ou fora do país, a fama de brigões e baderneiros acompanhava-os. Enquanto isso, na Escócia a clivagem étnica-religiosa das torcidas protestantes e católicas dos times também despertava a atenção de estrangeiros. Contudo, assim como rica de problemas, a história da segurança dos eventos futebolísticos no Reino Unido também é rica em soluções.

No capítulo dois, que apresenta as “práticas atuais: polícia na modernidade tardia e o policiamento do futebol”, registra-se talvez o momento mais marcante desse processo possa ser identificado nos anos 1980. Quando os times ingleses dominavam os campeonatos europeus, ganhando sete de oito Champions League disputadas entre 1977 e 1984, a questão dos *hooligans* chegou a seu ápice. Exatamente no final da Champions League de 1984, em Heysel, na Bélgica, o confronto envolvendo torcedores ingleses deixou dezenas de mortos. Apesar das diversas falhas que hoje se consegue

perceber na segurança geral do evento, a culpabilização restrita no foco do hooliganismo que aconteceu à época contribuiu para fomentar ainda mais o rótulo aplicado aos torcedores ingleses. Como se demonstra no livro, é fato que alguns torcedores se envolveram nas brigas que ocorreram nas arquibancadas. Todavia, diversas medidas que envolvem a segurança do evento poderiam ter sido adotadas antes, durante e após o evento, e não o foram. Assim, em virtude de Heysel e outros episódios daquele momento, no contexto dos anos 1980, foi oficializada a guerra aos *hooligans*.

No capítulo três, destaca-se “o complexo do crime na pós-modernidade e o policiamento de futebol”, justamente para evidenciar que, paralelamente a essa história dos conflitos, universidades e pesquisadores britânicos desenvolveram teorias para tentar entender as causas da violência relacionada ao Futebol. Em um sentido mais prático, governo, polícia, clubes e agências envolvidas com o futebol aos poucos foram implementando e testando ações para tentar controlar o problema. Ambas as perspectivas, teórica e prática, são revisadas pelo autor, que acaba por compilar práticas que poderiam ser testadas em terras brasileiras.

Do desenvolvimento dos três capítulos constata-se que o contexto britânico parece ser propício para lições para a América do Sul. Portanto, compreender como aconteceram essas mudanças no Reino Unido, onde muitas dessas discussões e práticas foram desenvolvidas, torna-se preciso para aqueles que gostam de futebol, trabalham com segurança de grandes eventos ou gostam de estudar o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva mais prática.

Dessa forma, conhecer o contexto britânico, suas políticas, seus desafios e suas soluções, com especial interesse na atuação policial, mas não se resumindo a ela, foi o objetivo do trabalho, que pretende colaborar com o enriquecimento do debate no Brasil para além do debate superficial ou das manchetes de jornais.

De fato, é leitura indispensável aos operadores do Direito e pesquisadores das Ciências Policiais, da Segurança Pública e do Sistema de Justiça Criminal, pois se mostra rica fonte para aqueles que queiram conhecer as questões que envolvem o crime e a violência relacionada ao futebol no Brasil e na América Latina.

COMO CITAR: RIBEIRO, Adriano da Silva. *Violência no futebol: uma análise criminológica sobre os hooligans e o policiamento de futebol no Reino Unido*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2022. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p.188-190, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p188-190. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/03/2024.

Aprovado em: 05/05/2024.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS, do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:
 - a. aceitação integral;
 - b. aceitação com alterações;
 - c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês e espanhol. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente até 25 laudas): deverão apresentar estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental deverão conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

2.1.1. Os artigos deverão conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. O(s) co-autor(es) devem possuir a titulação mínima de mestrando.

2.1.2. Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), serão publicados, aproximadamente, apenas 2 (dois) artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná por edição, os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

• O número de vagas será delimitado conforme o cálculo da porcentagem de exogenia. De acordo com os critérios de classificação e reclassificação da CAPES – área do Direito, o cálculo da porcentagem de exogenia é realizado considerando o número total de autores por volume.

Assim, para definir a quantidade de autores paranaenses, e consequentemente, o número de vagas por edição, é necessário considerar o número total de autores por número.

2.1.3. É permitido até 3 (três) autores por artigo. Quanto aos artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná, dar-se-á preferência aos artigos com até 2 (dois) autores, em razão do grau de exogenia.

2.1.4. Na ocasião da publicação, os autores, preferencialmente, não deverão possuir publicações nos 3 (três) últimos números das revistas.

2.1.5. A temática dos artigos deverá estar inserida em uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (1 – Relações negociais no Direito Privado; 2 – Acesso à justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais; 3 – Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais).

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional e ORCID;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Times New Roman, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) despersonalizada contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem

ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico, devem ser grafadas com a primeira letra em maiúsculo e separadas por ponto e vírgula;

- *Abstract* e *Keywords*, em inglês, compatível com o texto em português. O *Abstract* deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de *Keywords*, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.
- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação*/ Ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos *et al.* (1977) encontram...

[...] posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

[...] sem que essa prestação de serviços [...]” (HONRUBIA *et al.*, 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 *apud* ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a, 2003b). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão *et al.* Exemplo: Barcellos *et al.* (1997) (BARCELLOS *et al.*, 1997)

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 – *Informação e Documentação – Referências – Elaboração*/ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

- Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os Autores que publicam nesta revista concordam a nossa Declaração de Direitos Autorais.

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Artigos com pesquisas que contenham dados específicos de pessoas e/ou resultados de experiências com seres humanos deverão vir acompanhados com parecer autorizativo, emitido por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP). Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) são colegiados interdisciplinares e independentes, com “múnos público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP).

7. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

8. Sugerimos a leitura da obra “PEREIRA, Maurício Gomes. **Artigos científicos:** como redigir, publicar e avaliar. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014”.

9. Para orientação na elaboração e formatação do artigo, disponibilizamos este template.

Declaração de Direito Autoral

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

- a) Os(as) autores(as) mantêm os direitos autorais e concedem à revista o direito de primeira publicação, sendo o trabalho simultaneamente licenciado sob a Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional, permitido o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria do trabalho e publicação inicial nesta revista.
- b) Os(as) autores(as) têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não-exclusiva da versão do trabalho publicada nesta revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial nesta revista.
- c) Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho em linha (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) após o processo editorial, já que isso pode gerar

alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (Veja O Efeito do Acesso Livre).

d) Os(as) autores(as) dos trabalhos aprovados autorizam a revista a, após a publicação, ceder seu conteúdo para reprodução em indexadores de conteúdo, bibliotecas virtuais e similares.

e) Os(as) autores(as) assumem que os textos submetidos à publicação são de sua criação original, responsabilizando-se inteiramente por seu conteúdo em caso de eventual impugnação por parte de terceiros.

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Scientia Iuris. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Em relação a dados eventualmente submetidos ao cadastro de usuários em qualquer condição (autores, leitores, pareceristas, editores), garante a sua privacidade e seu uso exclusivamente acadêmico, em conformidade com o Art. 4º, inciso II, alínea “b”, da Lei Geral de Proteção de Dados.

Nos artigos, entrevistas ou resenhas publicados, serão incluídos os dados pessoais dos autores, a saber: nome completo, filiação e última formação acadêmica, endereço de e-mail e ORCID.