

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Edição Especial ♦ V. 19 ♦ N. 74 ♦ 2016

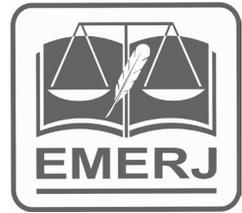
Direito Empresarial

*Edição Comemorativa da Centésima Reunião do
Fórum Permanente de Direito Empresarial*

20.09.2016

FÓRUM PERMANENTE





FÓRUM PERMANENTE DE DIREITO EMPRESARIAL

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres – Presidente;
Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa – Vice-Presidente;
Desembargador Agostinho Teixeira de Almeida Filho – Membro;
Desembargadora Flávia Romano de Rezende – Membro;
Juiz de Direito Fernando Cesar Ferreira Viana – Membro;
Professora Mônica de Cavalcanti Gusmão – Membro;
Professor Paulo de Moraes Penalva Santos – Membro;
Professor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves – Membro;
Dra. Ana Tereza Palhares Basilio – Membro;
Dr. Luiz Felizardo Barroso – Membro.

Revista da EMERJ

Edição Especial
V. 19 - n. 74 - Ano 2016

Rio de Janeiro

© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Organização dos Textos:** Elina Bussade dos Santos e Denise Castelo Branco Amorim; **Programação Visual:** Rodolfo Santiago; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro
"Cross-Border Insolvency and Brazilian Bankruptcy Law"**
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Raphael Vieira da Fonseca Rocha
- 66 | As Disputas Marítimas e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**
Fernando Cesar Ferreira Viana
- 77 | O Arresto de Embarcações no Brasil**
Godofredo Mendes Vianna
Lucas Leite Marques
Frederico Mendes Vianna F. Cardoso
- 98 | Esculturas: Passado, Presente e Sequência**
Gustavo Martins de Almeida
- 108 | O Embargo de Embarcações no Novo CPC**
Luís Felipe Galante
- 135 | Privatização Através do *Franchising***
Luiz Felizardo Barroso
- 140 | O Negócio Processual: Inovação do Novo CPC**
Luiz Rodrigues Wambier
Ana Tereza Basilio
- 146 | Função Social da Empresa: Perspectiva Civil-Constitucional**
Maria Theresa Werneck Mello

- 166 | Avanços no Direito Marítimo. Oportunidade Desperdiçada pelo Oligofrênico Veto Presidencial**
Matusalém Gonçalves Pimenta
- 183 | A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC**
Mônica Gusmão
- 192 | A Proteção da Marca do Medicamento: Perfil, Função e Estratégias para Tutela do Consumidor e da Propriedade Intelectual**
Pedro Marcos Nunes Barbosa
Gabriel Schulman
- 207 | Normas para Apresentação de Artigos**

Apresentação

Recebi com muito orgulho o convite do Diretor-Geral da Escola da Magistratura, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, para fazer a apresentação da REVISTA DA EMERJ comemorativa da centésima reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

Este consagrado Fórum, presidido pelo Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres e tendo como Vice-Presidente o Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa, sempre se destacou pela sua inestimável contribuição para o direito empresarial, em razão da relevância dos temas abordados e a excelência de seus palestrantes.

Ao longo de mais de onze anos, o Fórum abordou todos os ramos do Direito Empresarial, tratando de propriedade industrial, direito societário, direito marítimo, direito falimentar e de recuperação de empresas, mediação e arbitragem, dentre outros. Os contratos empresariais mereceram diversas abordagens, como os seus reflexos na disciplina da concorrência, nas empresas em dificuldades e na legislação sobre registro empresarial.

O Fórum também foi um dos pioneiros na análise dos Enunciados das Jornadas de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal.

Enfim, o Fórum Permanente de Direito Empresarial cuidou da diversidade de temas decorrentes da instituição social que representa um marco da civilização contemporânea, que é a empresa.

O direito empresarial é dinâmico por excelência, pois regula fatos e situações jurídicas decorrentes de um sistema econômico que se transforma em decorrência da própria economia. Dessa forma, como a economia não existe sem o direito, foi imperioso tratar de assuntos como relações de mercado, juros, planos econômicos, e outros temas multidisciplinares por natureza.

Esta edição, comemorativa da centésima Reunião do Fórum de Direito Empresarial, tem a participação dos eminentes Professores Luís Felipe Galante, Godofredo Mendes Vianna, Lucas Leite Marques, Frederico

Mendes Vianna Cardoso, Matusalém Pimenta, Fernando Cesar Ferreira Viana, Pedro Marcos Nunes Barbosa, Gabriel Schulmam, Ana Tereza Basílio, Luiz Rodrigues Wambier, Maria Theresa Werneck, Mônica Gusmão, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Raphael Vieira da Fonseca Rocha, Gustavo Martins Almeida e Luiz Felizardo Barroso, que nos brindaram com magníficos artigos das diversas áreas do direito empresarial.

Pela atualidade e variedade de temas, esta é certamente uma obra de grande valia para os operadores do direito, pois oferece ao leitor um panorama global do direito empresarial.

Paulo Penalva Santos

Membro do Fórum Permanente de Direito Empresarial

Professor de Direito Falimentar da FGV/RJ

Insolvência Transnacional e Direito Falimentar Brasileiro

(Cross-Border Insolvency and Brazilian Bankruptcy Law)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito Empresarial nas Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ.

Raphael Vieira da Fonseca Rocha

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

RESUMO

O artigo tem por objeto examinar os sistemas de insolvência transnacional, isto é, o universalismo, o territorialismo e os modelos mistos, apresentando os principais elementos caracterizadores de cada um deles, bem como suas vantagens e desvantagens. O intuito da pesquisa é propiciar adequado arcabouço teórico para viabilizar um debate sério sobre o tema no Brasil, haja vista que a acentuada globalização da economia mundial não mais permite ao país manter-se inerte perante a matéria. Será também feita uma análise da teoria das qualificações do direito internacional privado, que servirá como importante substrato teórico para o tema, bem como do histórico do direito falimentar brasileiro. A pesquisa é do tipo bibliográfico-documental e o método adotado é o dedutivo.

Palavras-chave: Insolvência Transnacional; Sistemas; Falência e Recuperação Judicial; Direito Brasileiro.

ABSTRACT

This paper aims to examine the cross-border insolvency systems, that is, the universalism, territorialism and mixed systems, presenting the main characteristics of each one as well as their advantages and disadvantages. The research's purpose is to provide adequate theoretical framework to allow a serious debate on the subject in Brazil, once the strong globalization of world economy no longer allows the country to remain inert about this issue. The paper will also analyze the classification theory, under Private International Law doctrine, because it serves as an important theoretical basis for the studied matter, and the background of Brazilian bankruptcy law. It's a bibliographical and documentary research and the method adopted is deductive.

Keywords: *Cross-border Insolvency; Systems; Bankruptcy and Reorganization; Brazilian Law.*

1. INTRODUÇÃO

Em outubro de 2013, a sociedade empresária OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e suas controladas ajuizaram pedido de recuperação judicial perante a Justiça Estadual da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, feito que veio a ser distribuído para a 4ª Vara Empresarial. Em sua exordial, as autoras pleitearam o deferimento da recuperação judicial para quatro sociedades¹ integrantes do grupo empresarial, duas delas constituídas no Brasil e duas com sede na Áustria, estando, portanto, no cerne da discussão a questão do foro competente para julgamento. Devido ao porte econômico do grupo, o processo reacendeu debate acerca da possibilidade de um Juízo brasileiro incluir na falência ou no pedido de recuperação judicial sociedade cuja constituição tenha se dado em outro país.

A comunidade hodierna encontra-se cada vez mais interligada pela globalização. Pessoas físicas e jurídicas não mais se limitam às fronteiras de seus países. O desenvolvimento surpreendente da tecnologia da informação permite que o capital assuma uma feição transnacional, fluindo os

¹ Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, adotou-se no Brasil a teoria da empresa. Em razão disso, ao longo desse trabalho, o termo “empresa” será utilizado apenas no sentido técnico de objeto de direito, isto é, atividade empresária. Para a pessoa jurídica, sujeito de direito, que exerce empresa, será adotado o termo “sociedade”.

investimentos e desinvestimentos livremente pelos Estados e continentes, podendo o investidor aportar recursos em qualquer parte e mediante constituição de qualquer forma jurídica. Com efeito, observa-se uma proliferação de investimentos em territórios estrangeiros, sobretudo em “paraísos fiscais”. Sociedades empresárias estabelecem relações em vários países; entes coletivos têm sede instalada em um Estado e filial (is) em território de outro (s); grandes conglomerados empresariais podem ser comandados de qualquer lugar do mundo dada a facilidade de deslocamento e comunicação.

Nesse contexto de circulação massiva e praticamente “instantânea” de capital, não poderia o perfil do direito falimentar (incluindo os meios preventivos à falência) permanecer imune aos efeitos dessas inovações. Como bem ilustra Carmen Tibúrcio, questões como, *v.g.*, a competência do juiz brasileiro para declarar falência de filiais ou subsidiárias de sociedade brasileira situadas no exterior e a lei que deva ser a elas aplicáveis surgem diante de lides que envolvam sociedades ou grupos econômicos de atuação multinacional².

O presente artigo tem por objetivo adentrar no tema da insolvência transnacional, mediante o exame dos sistemas de insolvência transnacional, isto é, o universalismo, o territorialismo e os modelos mistos, apresentando os principais elementos caracterizadores de cada um deles, bem como suas vantagens e desvantagens. O intuito da pesquisa é propiciar adequado arcabouço teórico para viabilizar um debate sério sobre o tema no Brasil, haja vista que a acentuada globalização da economia mundial não mais permite ao país manter-se inerte perante a matéria. Será trabalhada também a teoria das qualificações do direito internacional privado, que servirá como importante substrato teórico para o tema, bem como será realizada uma análise sobre o histórico do direito falimentar brasileiro.

É de se ressaltar que o presente trabalho se utiliza do termo insolvência *lato sensu*. No Brasil, a falência e recuperação judicial ainda são institutos voltados apenas para os empresários individuais e sociedades empresárias³, de modo que se adota no país um sentido estrito do termo

2 TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais da falência." *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 16, ano 2013, n. 62, p. 201.

3 “Para sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submete à execução concursal, de um lado, quem não explora atividade econômica nenhum e, de outro lado, quem o faz sem empresarialidade. Quem não produz nem circula bens ou serviços, assim, nunca terá sua falência decretada, nem poderá beneficiar-se de qualquer tipo de recuperação judicial ou extrajudicial. É o caso, por exemplo, de associação beneficente, fundação, funcionário público, aposentado, assalariado, etc. Esses sujeitos

insolvência. Muitos ordenamentos estrangeiros, por outro lado, já possuem uma análise mais ampla do vocábulo. Como exemplo, cita-se o caso do ordenamento português que, nos moldes de seu Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei nº 53/2004), permite, nos termos do art. 2º, 1, alínea d⁴, a sujeição de sociedades civis a processos de insolvência. O diploma português não prevê ainda qualquer obstáculo ao deferimento de recuperação judicial após a decretação de quebra da sociedade. Tal orientação é sabidamente vedada pelo direito pátrio consoante previsão do art. 1º da Lei nº 11.101/2005 e não foi alterada pelo Código de Processo Civil vigente (art.1.052)

Além disso, alguns ordenamentos nem sequer preveem processos distintos bem delimitados para os casos de falência e recuperação judicial. Vê-se, *v.g.*, o caso da lei *Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (ESUG), que alterou o diploma regulador das insolvências na Alemanha (*Insolvenzordnung – InsO*), prescrevendo “um procedimento único e uniforme de insolvência, aberto por iniciativa do devedor ou de credores, e que pode levar à liquidação dos ativos ou a um acordo alcançado no âmbito de um plano de insolvência (*Insonvenzplan*), que pode prever a continuidade da empresa [sic]”⁵. Logo, optou-se por utilizar o termo insolvência no sentido amplo, por prevalecer essa visão nos ordenamentos jurídicos mais avançados na matéria.

Como método de pesquisa, adota-se o dedutivo, pelo qual o raciocínio lógico faz uso da dedução para obter uma conclusão sobre determinada premissa. Parte-se da análise dos critérios do ordenamento brasileiro sobre falência e recuperação judicial transnacional para expor normas e doutrina sobre o tema, produzindo uma conclusão pessoal com supedâneo nas premissas adotadas no material investigatório coligado.

de direito, mesmo que estejam com dificuldades para honrar suas dívidas não se submetem, à execução concursal falimentar. Quando insolventes, decreta-se sua insolvência civil. Também não terá nunca sua falência decretada o exercente de atividade econômica não empresarial, como as sociedades simples, as cooperativas, o agricultor familiar cuja atividade rural não tenha cunha empresarial, o artesão e o prestador de serviços que exercem suas atividades preponderantemente com o trabalho próprio e de familiares, o profissional liberal e as sociedades de profissionais liberais. Nessas hipóteses, o devedor insolvente submete-se ao regime da insolvência civil, tal como ocorre com os não exercentes de atividade econômica. Não têm eles, assim, direito à recuperação judicial ou extrajudicial e devem, para ver extintas suas obrigações, quitar a totalidade do devido”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. V. 3 – Contratos, Falência e Recuperação de Empresas. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259-260.

4 “Art. 2º, 1: Podem ser objecto de processo de insolvência: [...] d) as sociedades civis;”

5 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado” – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 60.

Serão utilizados como fonte os textos legais (normas), textos jurídicos de autores atuais e clássicos, bem como doutrina e jurisprudência, nacional e internacional. A pesquisa, portanto, é do tipo bibliográfico-documental.

2. A TEORIA DAS QUALIFICAÇÕES E SUA IMPORTÂNCIA PARA A MATÉRIA

Antes de se adentrar no exame dos sistemas de insolvência transnacional, é importante salientar que o tema enfrenta, *ab initio*, um problema de qualificação. Desenvolvida pelos juristas Franz Kahn, na Alemanha em 1891, e Étienne Bartin, na França em 1897, a teoria das classificações visa a enquadrar os *atos da vida* nos moldes das instituições criadas pelo direito, seja via costume ou via lei, almejando, assim, encontrar a solução mais adequada, justa e apropriada para os diversos conflitos decorrentes do convívio humano. A matéria, *v.g.*, foi tratada na Inglaterra ora pelo termo de *characterisation*, ora por *classification*⁶.

Debate-se na doutrina internacionalista qual deve ser o direito invocado para lastrear a qualificação de determinado assunto, podendo-se destacar três teorias predominantes, a saber, *lex fori*, *lex causae*, e a qualificação por referência a conceitos autônomos e universais. Para essa última teoria, elaborada por Ernst Rabel, o juiz deve buscar, através do método comparativo, conceitos dotados de caráter universal, não importando sejam distintos daqueles previstos no direito interno ou estrangeiro.

Na dogmática brasileira, prevalece o entendimento da utilização da *lex fori* como regra geral. Veja-se, *v.g.*, posicionamento de Beat Walter Rechsteiner:

"É princípio básico que o juiz sempre aplica as normas do direito internacional privado da *lex fori*. A teoria da *lex causae* não leva em consideração o fato de que a qualificação procede, logicamente, à determinação do direito aplicável pelo juiz. Apenas quando a subsunção de uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional perante a norma adequada de direito internacional já

6 DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado**: parte geral. 11. ed. rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390.

foi feita é que é possível designar o direito aplicável. A qualificação mediante conceitos autônomos e universais, finalmente, falha, porque para o juiz, na prática, é quase impossível detectar elementos objetivos para este fim. As diretrizes elementares para a qualificação são fornecidas pela própria *lex fori*. Isso não impede o juiz de interpretar o objeto de conexão de uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado, com o intuito de levar em consideração institutos e figuras de direito desconhecidos pelo direito interno. O meio de auxílio para este fim, para o juiz, é o direito comparado."⁷

Jacob Dolinger se posiciona de modo semelhante, destacando apenas duas exceções à *lex fori*:

"Nosso entendimento é que o Direito Internacional Privado brasileiro aplica a *lex fori* para a qualificação em geral, abrindo duas exceções para a *lex causae* em matéria de bens e de contratos e, independentemente disto, rejeita qualquer reenvio indicado pela lei estrangeira.

Em verdade, o mesmo vem estabelecendo no Código Bustamente: o art. 6º estabelece o princípio da qualificação pela *lex fori*, mas os arts. 113 e 164 fixam a qualificação pela *lex causae* respectivamente para questões relativas a bens e obrigações."⁸

Ainda conforme o autor, a exceção dos bens se justifica no fato de que o legislador do local onde se encontram é o único verdadeiramente competente para classificá-los. Já no que se refere às obrigações, há praticamente sempre uma vontade tácita no sentido de submissão da obrigação à lei do local em que fora constituída, devendo-se, portanto, privilegiar o princípio da autonomia da vontade⁹. Foi com essa ótica que o Decreto-Lei nº 4.657/1942, originalmente nomeado de Lei de Introdução ao Código Civil, com atual denominação de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos moldes da redação dada pela Lei nº 12.376/10,

⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 15. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado**..., p. 403.

⁹ *Ibidem*.

dispôs, em seu art. 8º, que “[p]ara qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” e, no art. 9º, que “[p]ara qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Feitas essas considerações sobre a teoria das qualificações, passa-se à análise da problemática situada no âmbito da insolvência transnacional. Os sistemas territorialista e universalista derivaram, indiretamente, da Teoria dos Estatutos, desenvolvida a partir do século XIV pelo pós-glosador Bártolo de Sassoferato, um dos mais eminentes pensadores da chamada escola italiana. Conforme explica Jacob Dolinger:

"Bártolo distinguiu entre os direitos reais e os direitos pessoais, noção importante para a elucidação de muitas questões em que ocorrem conflitos, como, por exemplo, na sucessão do inglês que deixasse bens na sua terra e na Itália. Segundo a lei inglesa daquela época, a sucessão se transmitia exclusivamente para o primogênito, o que não ocorria na legislação italiana. Reger-se-ia a sucessão pela lei pessoal do falecido ou pela lei territorial dos bens?

Especula o famoso pós-glosador em torno da redação das leis sucessórias envolvidas. Se elas se referirem aos bens herdados, aplicar-se-á a lei da situação dos bens que compõem a herança, mas se se referirem à pessoa, iniciando-se a norma com uma referência ao primogênito, tudo dependerá se o falecido é ou não inglês: na primeira hipótese, o primogênito fica com todo o patrimônio sito na Inglaterra; se não é inglês, a norma não se refere a ele, nem mesmo com relação aos bens sitos naquele país".¹⁰

Como se vê, Bártolo de Sassoferato consagrou a distinção entre as regras *quod disponit circa personarum* e *quod disponit circa rem*. As primeiras, vinculadas ao estatuto pessoal, aplicam-se à pessoa em qualquer lugar que esteja presente, enquanto que as segundas, vinculadas ao estatuto real, só se aplicam aos bens situados no território do foro (*lex fori*)¹¹. Em outras palavras, o estatuto pessoal é dotado de efeito extraterritorial ao passo que o estatuto real é limitado ao efeito territorial.

¹⁰ Idem, p. 186-187.

¹¹ Idem, p. 301.

Ao se transpor esse discurso para a insolvência transnacional, tem-se a seguinte situação: caso a falência seja considerada como um *status* atrelado à pessoa do devedor, estaria incluída em seu estatuto pessoal, razão pela qual deveria ser reconhecida no âmbito extraterritorial. Nessa visão, seu patrimônio, como uma universalidade de direito, é uno e indivisível. Por outro lado, se for considerada como um processo concursal que apenas visa a administrar e alienar os bens do devedor, a falência estaria inserida no estatuto real, razão pela qual deveria restringir a aplicação de suas normas ao âmbito territorial¹². Vê-se, portanto, que a qualificação do assunto elucida a determinação da jurisdição competente para o processo de insolvência transnacional. Elucida Haroldo Valladão:

"O problema da falência no direito internacional privado foi abordado longamente desde as origens da nossa ciência, desde a teoria dos estatutos, classificando o instituto ora como *pessoal* (incapacidade do falido), levando à extraterritorialidade, e, pois, à unidade e universalidade da falência (ANSALDUS, DELUCA), ora como *real* (referente a bens ou em geral ou para alguns: só quanto aos bens imóveis) conduzindo à territorialidade, à pluralidade da falência (CASAREGIS), e até mesmo outros, ora real ora pessoal, teoria mista ou sistema intermediário."¹³

Acentuando a importância da questão, salienta Irineu Strenger:

[...] "procurando aplicar a cada relação de direito o domínio mais adequado à sua natureza, no anseio da essencialidade da quebra, volta-se sempre a uma importante questão: a falência é de natureza real ou pessoal? A solução se expande em duas doutrinas: da unidade para os adeptos que são de natureza pessoal; e da pluralidade para os que se alinham na direção do caráter real".¹⁴

¹² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 85.

¹³ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos**. V. III, Parte especial (fim); Conflitos de leis comerciais, cambiais, falimentares, marítimas, aeroespaciais, industriais, trabalhistas, processuais, penais, administrativas, fiscais e eclesiásticas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 37-38.

¹⁴ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 924-925 *apud* TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais da falência". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 16, ano 2013, n. 62, nota de rodapé nº 19.

Além dessas qualificações apresentadas, é possível, ainda, enquadrar a insolvência em outros moldes jurídicos. Carmen Tibúrcio traz mais três possíveis qualificações¹⁵. A primeira delas é qualificar o processo de insolvência como questão obrigacional. Como visto na posição de Beat Walter Rechsteiner e Jacob Dolinger, prevalece o entendimento de que, em matéria de obrigações, deve ser utilizada a *lex causae* não só para reger como também para qualificar. Desse modo, entendendo-se como questão obrigacional, a territorialidade seria utilizada para determinar a jurisdição, destarte, haveria tantos processos de falência quantos fossem os credores, porém a extraterritorialidade (ou universalidade) seria invocada para determinar a lei aplicável às relações jurídicas subjacentes, regendo as obrigações (*lex causae*). A autora aborda, ainda, a hipótese de haver um mesmo elemento de conexão para as relações nos ordenamentos jurídicos dos distintos países envolvidos no processo:

"Na hipótese de haver um elemento de conexão em comum, independentemente de onde a questão for examinada, as relações serão regidas por apenas uma lei, que será aplicável às questões obrigacionais.

Desta forma, na mesma hipótese anterior, existirão dois processos de falência: um na França, um no Brasil, mas nos dois, teoricamente, deveria ser aplicada a mesma lei para satisfazer a obrigação. Na prática, todavia, nessa hipótese também acabará sendo aplicada a teoria da territorialidade para determinar a lei aplicável. Em primeiro lugar, em razão das distintas regras de conexão de cada país (no Brasil, as obrigações contratuais são regidas pela lei do país onde o contrato é concluído; na França, o *droit commun* considera como lei aplicável às obrigações, em geral, a do país da execução do contrato). Além disso, não é incomum que as obrigações possuam elementos de conexão distintos; ora serão constituídas em países diferentes, ora haverá cláusula de escolha da lei aplicável ou ainda deverão ser cumpridas em locais diferentes".¹⁶

Ademais, o processo de insolvência pode ser classificado como questão de interesse coletivo. O juízo do local do *principal estabelecimento do*

15 TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais...", p. 203.

16 *Ibidem*.

devedor (terminologia utilizada pelo art. 3º da Lei nº 11.101/05, atual diploma falimentar brasileiro) é o principal interessado em julgar o processo, de modo que seria universal tanto em relação à sua jurisdição quanto à lei aplicável. Prevalece, desse modo, a teoria da universalidade da falência ou recuperação judicial. Por fim, o processo de insolvência pode se enquadrar como questão procedimental, haja vista se tratar, no caso da falência, de execução coletiva dos bens falido, levando, conseqüentemente, à aplicação da *lex fori* para tudo que concernir à insolvência.

Considerando que, via de regra, aplica-se a *lex fori* para a qualificação, percebe-se, a título exemplificativo, como a operação é complexa quando realizada com a recuperação judicial, disciplinada também pela Lei nº 11.101/05. A recuperação judicial é o meio pelo qual o empresário tem a possibilidade de se recuperar de uma crise econômico-financeira em que tenha submergido. É um processo judicial, porém com múltiplas peculiaridades. Há duas correntes bem definidas no direito brasileiro em relação à sua natureza jurídica. Para Jorge Lobo:

"Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de Justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre Direito Privado e o Direito Público, caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, do objeto e de método".¹⁷

Sérgio Campinho apresenta opinião diversa:

"[E]m nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação. A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime das vontades dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida de credores, capaz de obrigar a minoria. A massa de credores é quem declara a sua vontade, através do órgão deliberante: a assembleia-geral de credores. E isso se justifica porque o

17 LOBO, Jorge. "Comentário ao artigo 47". In: TOLEDO, Paulo Fernando F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 169.

fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única."¹⁸

Como se vê, Jorge Lobo não reconhece a recuperação como um instituto eminentemente de direito privado, isto é, como um acordo celebrado entre os credores e nem mesmo como um processo. Esse autor opta por uma posição intermediária entre o direito público e o privado, inserida no Direito Econômico, prestigiando, na recuperação judicial, a eficiência técnica da decisão em face da própria noção de justiça. Desse modo, o credor poderá sair insatisfeito em algumas situações, mas essa é a necessidade imposta, em razão do objetivo do instituto.

A posição de Sérgio Campinho, por sua vez, entende a recuperação judicial como um contrato que, homologado em juízo, leva à novação das obrigações do recuperando. É considerado contrato judicial porque a pactuação com os credores se dá em juízo. Por outro lado, possui eficácia novativa, pois, concedida a recuperação judicial com base no plano aprovado, as obrigações que até então existiam passam a assumir doravante novos moldes.

Desse modo, a concepção da natureza contratual da recuperação judicial pode levar a qualificação da recuperação como questão obrigacional, conduzindo à utilização do sistema da territorialidade, para determinar a jurisdição, e o da universalidade, para determinar a lei aplicável às obrigações. Por outro lado, adotando-se a posição de Jorge Lobo, a recuperação pode ser qualificada, *v.g.*, como questão de interesse coletivo, fazendo prevalecer o sistema da universalidade tanto para jurisdição quanto lei aplicável, possuindo como norte a preservação da atividade econômica do recuperando, inobstante haja fronteiras nacionais. A questão, como se vê, é bastante complexa e oferece diversas alternativas.

O acalorado debate a nível mundial acerca de ambos os sistemas foi impulsionado pelos reflexos da crise do petróleo da década de 1970. Antes dessa data, raros eram os casos concretos envolvendo a matéria, sendo comum que as análises ocorressem com mais frequência no campo acadêmico¹⁹. Atualmente, já se vislumbram inúmeras lides ao redor do globo, tendo o tema conquistado frequentemente interesse dos mais diversos estudiosos do direito.

18 CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: O Novo Regime de Insolvência Empresarial. 4ª ed. rev. e atualiz. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 12-13.

19 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 84.

3. O SISTEMA UNIVERSALISTA

O universalismo é o sistema preferido dos acadêmicos, estando no cerne de seus ideais²⁰. Trata-se de um juízo falimentar universal²¹, responsável por administrar todos os bens do devedor, onde quer que se encontrem, e distribuí-los para credores por todo o mundo²², mediante a aplicação de uma única lei, geralmente aquela do local de abertura do processo (*lex fori concursus*)²³. Parte-se do pressuposto de que as fronteiras dos países não devem oferecer obstáculos para liquidar ou recuperar a sociedade ou grupo societário em crise. A respeito, Frederick Tung comenta:

"The basic premise to universalism is that national borders should not interfere with business reconstructing. Maximizing asset value and distributing that value among claimants are *economic* activities. Their proper conduct should not be affected by the location of particular assets or the territorial attributes of claimants. A unified administration under the home country insolvency regime offers predictability, efficiency, and fairness, avoiding the problems that a state-by-state piecemeal approach would present."²⁴

20 KIPNIS, Alexander M. "Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency". *Denver Journal of International Law and Policy*. V. 36, 156 (2006). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=913844>. Acesso em: 13.03.2016, p. 26.

21 Veja-se definição do universalismo por Carmen Tiburcio: "Para a teoria universalista, a falência declarada por uma jurisdição se estende a outras, produzindo efeitos em todos os locais nos quais o devedor possua bens ou credores. Deve-se recolher os bens situados no estrangeiro e todos os credores do falido são atraídos a um só juízo. Forma-se, assim, uma "massa universal de falência única" sob a qual um único juízo decide com base em uma só lei". TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais...", p. 202.

22 LOPUCKI, Lynn M., "Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach". *Cornell Law Review*, V. 84, 696, 701 (1999). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=132408>. Acesso em 14.03.2016, p. 704.

23 Saliente-se que Harold S. Burman chama de "abordagem universalista" (*universalist approach*) um sistema misto do universalismo puro com uma vertente mitigada, que será abordada futuramente neste trabalho. O autor se utiliza de trechos da obra de Jay L. Westbrook para complementar sua definição: "Under the universalist approach, one central forum resolves the financial difficulties of an enterprise, or at least coordinates actions in other jurisdictions in aid of its centralized approach. The universalist approach requires that all or at least the principal "assets and debts of [a distressed] enterprise ... be administered through one central proceeding in the 'home' country, and [that] courts in all other countries ... act ancillary to an aid of the home country". BURMAN, Harold S. "Harmonization of International Bankruptcy Law: A United States Perspective". *Fordham Law Review*, V. 64, Issue 6, Article 4, 1996, p. 2549. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3278&context=flr>. Acesso em: 03.05.2016; WESTBROOK, Jay Lawrence. **Theory and Pragmatism In Global Insolvencies: Choice Of Law And Choice Of Forum**. 65 Am. Bankr. L. J. 457, 1991. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ambank65&div=27&id=&page=>>. Acesso em: 03.05.2016. Já o universalismo completamente puro é definido por Harold Burman no que chama de "abordagem da unidade" (*Unity Approach*): "This approach has as its objective the development of a common insolvency regime, which can result in a single administrator of a cross-border proceeding, or a principal administrator which coordinates the actions of other forums. Under the unity approach, the debtor's assets and business interests are administered under the singular regime". BURMAN, Harold S. "Harmonization of International Bankruptcy Law...", p. 2550.

24 TUNG, Frederick. "Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations".

Em complementação, leciona Jozé Cândido Sampaio de Lacerda:

"O sistema da unidade e da universalidade da falência supõe que os efeitos da falência se estendam a qualquer país onde estejam situados os bens do devedor, os quais devem ser reunidos à massa dos bens, que se instaurou no Juízo da falência. As fronteiras territoriais não distinguem os credores em classes. Para que seja possível a unidade da falência é mister, portanto, um só tribunal para declará-la e organizar o processo [...]. O interesse individual dos credores é substituído pelo interesse comum de todos, sem cogitar dos países a que pertençam (CARLE)".²⁵

Haroldo Valladão informa que Friederich Carl von Savigny já defendia o sistema em questão:

"SAVIGNY defendeu a extraterritorialidade e a unidade em torno da lei do domicílio do devedor e respectivo foro, enfatizando, com base eficaz, a impossibilidade de os credores cobrarem seus créditos noutros foros, chegando a aplicar, para regular o direito dos credores, a lei da execução do processo, daquele tribunal, até para créditos com garantias reais, § 364, E. Transplantava para a falência o princípio que adotava para a sucessão, romano, da "*sucessio per universitatem*", englobando bens móveis e imóveis sob a lei do domicílio."²⁶

Outro defensor do sistema universalista foi Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven, que o considerou como um dos princípios mais relevantes da insolvência internacional, ainda que admitisse múltiplas falências no caso de estabelecimentos comerciais separados, dotados de personalidades jurídicas autônomas²⁷. Foi esse entendimento que prevaleceu no

UC Berkeley Law and Economics Working Paper nº 2001-7, abril de 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=267437>. Acesso em 14.03.2016. p. 2.

25 LACERDA, Jozé Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 328-329.

26 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

27 BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Derecho Internacional Privado** (2. Ed. 1934) nº. 1887; BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Manual de Derecho Internacional Privado** (1939) nº. 263 *apud* NADELMANN, Kurt. H. **Foreign and Domestic Creditors in Bankruptcy Proceedings. Remnants of Discrimination?** April, 1943. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9314&context=penn_law_review>, p. 618. Acesso em: 02.05.2016.

Código Bustamante, conforme se verá adiante. Por ora, convém apenas destacar que a codificação previu, expressamente, alguns efeitos extraterritoriais²⁸, como, *v.g.*, no caso de incapacidade do falido (art. 416)²⁹.

Na Inglaterra, a unidade e universalidade da falência foram pioneiramente defendidas em julgados proferidos pelos *Lords* Thurlow e Eldon; nos Países Baixos, receberam apoio dos clássicos Josephus Jitta e Tobias Asser; na França, cativaram Travers; e, por fim, em Portugal, foram defendidas por Arthur Montenegro em importante obra da época (Unidade e Universalidade na Falência, 1894)³⁰. Na Itália, travou-se intenso debate sobre os sistemas de insolvência, tendo prevalecido posição em prol do universalismo:

"E a territorialidade e a pluralidade ali (Itália) defendida por ROCCO, Dir. Civ. Internaz., 1859, Capit. 31, vai ser desafiada pelo então jovem professor de Nápoles *Pasquale Fiore* que, no seu primeiro livro, *Elementos de Dir. Inter.*, Trieste, ed. de 1869, págs. 470 e ss., reproduzida em 1900, 5ª *tiratura stereotipa*, pregará "uma teoria piu équa", fora da lei pessoal, mas decorrente da natureza do instituto a exigir "L'unità e ubiquità" com a única ressalva dos imóveis, porque "o comércio é cosmopolita". Acompanha e louva, assim, o princípio da universalidade dos antigos julgados ingleses [...], citando e criticando os dos Estados Unidos, aceitos por *Story*. Em 1872 aparece de Nápoles de *Carle*, **La Dotr. Jurid. Del Fallimento nel DIP**, vendo na falência um fim único, a proteção do crédito e que todos os bens do devedor são a garantia de todos os credores, e em 1873, de Pisa, a segunda, de *Fiore*, **Del Fallimento secondo el DIP**, ambas em prol da Unidade e Universalidade da Falência".³¹

28 Veja-se conceito de extraterritorialidade colhido de clássica obra do autor: "Estos términos equivalen á derecho extra-nacional, ó aplicable fuera del país en que se promulga, y si es cierto que algunas de las reglas propias del Derecho internacional privado, se encuentran en ese caso, no lo es menos que tal carácter está muy lejos de concurrir en todas. Extraterritoriales son determinados preceptos de derecho penal, á título muy diferente del que justifica la aplicación en todas partes de las leyes concernientes al estado civil de las personas". BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Tomo I: "*Nociones Preliminares. Historia del Derecho Positivo*". *Historia del Derecho Científico*. Habana: Imprenta y Papelería "La Universal" de Ruiz y Mermano, 1896, p. 29. Disponível em: <<https://archive.org/stream/tratadodederech00sirvgooog#page/n9/mode/2up>>. Acesso em: 03.05.2016.

29 Código Bustamante, art. 416: "A declaração de incapacidade do falido ou concordatário tem efeitos extraterritoriais nos Estados contratantes, mediante prévio cumprimento das formalidades de registro ou publicação, que a legislação de cada um deles exija".

30 VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

31 *Ibidem*.

A proposta universalista, mesmo por seus proponentes, é reconhecida como algo ideal pois dificilmente funcionaria nas circunstâncias factuais do mundo, principalmente em razão dos óbices da noção de soberania³². Por outro lado, o universalismo apresenta grandes vantagens. Primeiramente, pode-se citar que ele garantiria o tratamento igualitário entre os credores da massa falimentar, em estrita observância ao princípio *par conditio creditorum*. Para Carmen Tiburcio, a própria noção de massa falimentar é contrária à fragmentação, visto que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores. Desse modo, a finalidade do processo concursal é tornar a insolvabilidade do devedor comum a todos os seus credores.³³

Outra vantagem do sistema universalista é assegurar maior segurança jurídica aos envolvidos. Isso porque, como a administração total dos bens do devedor será reservada a um único juízo universal, o risco de decisões conflitantes diminui drasticamente. A doutrina costuma, ainda, apontar outros elementos em defesa dessa vertente, como, *v.g.*, o fato de promover “a redução dos custos (por haver um único processo de insolvência), a maximização dos resultados (devido à administração centralizada do processo) e a previsibilidade dos resultados”.³⁴

Jay Lawrence Westbrook aponta a importância de um único procedimento e uma única lei como medida imprescindível para o sucesso de um processo falimentar³⁵:

"Two of the primary functions of liquidation bankruptcy are to maximize asset value and to distribute proceeds according to a scheme of priority based on legal rights. The process cannot maximize the value of a debtor's assets unless there is a moratorium or stay to prevent individual creditor seizures and a unified approach to assembling and selling those assets. Si-

32 KIPNIS, Alexander M. "*Beyond UNCITRAL...*", p. 28.

33 TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais..", p. 202.

34 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 86.

35 Jay Westbrook chega a algumas conclusões sobre os propósitos da falência, após analisar seu conceito e natureza. Interessa observar que o autor se utiliza de alguns conceitos da doutrina Thomas H. Jackson. Para esse último autor, traço fundamental da falência é o fato de ser um procedimento coletivo que visa proteger os credores de ações individuais: "Bankruptcy provides a collective forum for sorting out the rights of "owners" (creditors and others with rights against a debtor's assets), and can be justified, as we have seen, in providing protections against the destructive effects of an individual remedies system when there are not enough assets to go around". In: JACKSON, Thomas H. "*The Logic and Limits of Bankruptcy Law: Implications of Collective Action and Discharge Policies. Discussion Paper*" nº. 16, 12/85, Harvard Law School, 1986. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Jackson_16.pdf>. Acesso em 03.05.2016.

milarly, neither principles of equality nor a set of legal priorities can have their desired effect unless they are implied in a common distribution. Such a collective system cannot operate unless: i) the assets of a debtor are part of a common pool for the benefit of stakeholders and ii) the rights of all potential stakeholders are finally resolved prior to a final distribution. Only a single system operating under a single set of overall rules can achieve those unified results. A single system cannot be legally effective unless it controls assets and binds stakeholders throughout the market."³⁶

A situação não se altera quando analisada no âmbito transnacional. A existência de barreiras como as fronteiras nacionais, a possibilidade de um dos credores ingressar em mais de um processo falimentar autônomo, a aplicação de uma pluralidade de leis, dentre outros, são elementos que certamente frustrariam os fins visados em uma falência. A imprescindibilidade dessa unidade ganha ainda mais relevo quando analisada sob o prisma da recuperação judicial. Como se sabe, a realidade empresarial não comporta a burocracia exacerbada do Estado. Em um processo que busca a reestruturação de determinado conglomerado empresarial, vantagens como *par conditio creditorum* e previsibilidade das decisões podem ser consideradas como a peça-chave para o sucesso do caso. Para comprovar essa assertiva, mister que se invoque novamente lição do supracitado autor:

"Reorganization bankruptcy (often called "rescue" elsewhere) is even more dependent upon the existence of a single reorganization activity. Although some debtors, or corporate groups, may split neatly into separate pieces to be sold or continued individually, most are complexly structured, making it very difficult to continue the enterprise without a substantially centralizes direction. Reorganizing a company is surgery upon a living being, as opposed to the disposal of one that has expired."³⁷

Tal importância pode ser facilmente vislumbrada em uma situação hipotética em que sociedade empresarial, constituída no Brasil e aqui de-

36 WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to Multinational Default**. Michigan Law Review, vol. 98, junho de 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259960>. Acesso em 17.03.2016, p. 2283.

37 Idem, p. 2284.

tendo sua sede social efetiva, possui filial instalada em Moçambique. Se os credores da filial africana puderem livremente exigir seus créditos sem submetê-los ao plano de recuperação judicial aprovado pela Justiça brasileira, as chances de fracasso da reorganização econômica da sociedade aumentam consideravelmente. Em razão desses argumentos analisados, conclui Jay Westbrook:

"Because bankruptcy is a market-symmetrical law, a global market requires a global bankruptcy law. A global default—that is, the general default of a multinational company—requires a single bankruptcy proceeding that can apply rules and reach results that are conclusive with respect to all stakeholders throughout the global market. Anything short of that procedure is, at best, a temporary accommodation that awaits the political will to achieve the proper legal result".³⁸

Há outra importante vantagem do universalismo. Quando está presente uma pluralidade de procedimentos de insolvência e leis potencialmente aplicáveis, as regras de conexão, geralmente imprevisíveis e distintas para cada país, bem como eventual conflito de jurisdições, geram dificuldades para a liquidação ou reorganização da atividade do devedor. É nesse sentido que Jay Lawrence Westbrook sustenta que o universalismo impede o problema das regras de conexão³⁹. Baseando-se em lição do professor inglês Ian Fletcher⁴⁰, o autor aduz que também evita os óbices decorrentes das regras de competência.

Há que se registrar, contudo, forte crítica ao universalismo, baseada na posição de Frederick Tung, que se utiliza da Teoria dos Jogos para demonstrar a impossibilidade fática de adoção desse sistema. Veja-se: em uma situação hipotética na qual se assuma ser o mundo composto tão somente por dois Estados, A e B, vislumbra-se o seguinte quadro de escolhas possíveis: Estado A optando pelo territorialismo e Estado B, pelo universalismo (opção 1); Estado A optando pelo universalismo e Estado B, pelo territorialismo (opção 2); Estados A e B optando pelo universalismo (opção 3); e Estados A e B optando pelo territorialismo (opção 4). Na visão

38 Idem, p. 2288.

39 Idem, p. 2292.

40 FLETCHER, Ian F. *Insolvency in Private International Law* 10 (1999), at 771 *apud* WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution...*, p. 2292. Para outro trabalho de Ian F. Fletcher sobre o tema da insolvência transnacional, consulte: FLETCHER, Ian F. *Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions*, 12 United Kingdom Comparative Law Series, 1900.

do citado professor, cada Estado possui natural preferência pela aplicação de suas próprias leis a processos falimentares, haja vista que neles se discutem diversos assuntos sensíveis às políticas locais.

Ao se aplicar essa preferência dos Estados no quadro de escolhas apresentado, vê-se, inicialmente, que a opção 1 seria a melhor do ponto de vista do Estado A. Isso porque, nas falências em curso dentro de seu território, seria aplicada sua própria lei (territorialismo), havendo, ainda, possibilidade de aplicação extraterritorial da norma nos processos falimentares do Estado B (universalismo). Como o Estado B diminuiria a possibilidade de aplicação da própria lei nessa hipótese, e a opção 1 seria a pior sob seu ponto de vista. A opção 2, por sua vez, constitui hipótese inversa, sendo, portanto, a melhor para o Estado B e a pior para o Estado A. Assim, vê-se que a solução ideal para o Estado A é a mais indesejada para o Estado B e vice-versa. Há, por fim, duas situações intermediárias para ambos os Estados, que seria a adoção concomitante ou do universalismo ou do territorialismo⁴¹.

Considerando que a melhor solução intermediária seria a adoção concomitante do universalismo pelos Estados, uma vez que assim permitiriam a cooperação em prol dos credores, o fato de não haver certeza de que o outro Estado adotaria esse sistema faz com que a decisão mais racional seja a adoção concomitante do territorialismo, de modo que ambos se protegem da pior situação para cada um. Levando essa análise para o mundo real, composto pelos mais diversos países, a adoção do universalismo se mostraria ainda mais dificultosa. Ademais, considerando que o Direito Internacional carece de medidas coercitivas efetivas para garantir os compromissos assumidos pelos países, mesmo na hipótese de celebração de instrumentos internacionais, a adoção do sistema territorialista (e consequente negação ao universalismo) ainda permaneceria sendo racionalmente a escolha mais segura para os Estados:

"In the international context, the dilemma arises because states' promises may not be credible. Among sovereign states, no ultimate international authority exists to enforce states' promises. No supranational sovereign exists to force states to abide by their commitments. Without such a central authority, states cannot guarantee future performance of their promises. [...] Even if mutual cooperation is preferable to mutual defec-

41 TUNG, Frederick. "Skepticism About Universalism...", p. 20-37.

tion, states will have difficulty making credible their promises to cooperate."⁴²

Outra forte crítica é a imprevisibilidade⁴³ do elemento de conexão responsável por estabelecer a competência jurisdicional nos casos de insolvência transnacional, geralmente manifestando-se através da fórmula do “centro dos interesses principais do devedor” (*centre of the debtor’s main interests*, comumente abreviado para COMI). Infelizmente, em razão dos limites deste estudo, não será possível analisar com profundidade as problemáticas deste conceito, cabendo-se ressaltar tão somente que sua fluidez pode conduzir à ocorrência de *forum shopping*⁴⁴, quando, por exemplo, o devedor altera o seu centro de interesses para levar seu processo de insolvência a uma jurisdição que entenda ser mais amigável a seus interesses.

Por fim, no caso dos grupos societários, surge novo problema. Tendo em vista que uma subsidiária estrangeira é uma pessoa jurídica distinta da sociedade-mãe, diferentemente do que ocorre com o caso da filial, a sua reunião com o grupo do ponto de vista patrimonial ignoraria completamente a existência de distintas personalidades jurídicas em prol de uma análise puramente econômica, privilegiando os interesses dos credores sobre a boa técnica do direito ou, no caso da recuperação judicial, inflando o princípio da preservação da empresa⁴⁵. No entanto, os defensores do universalismo advogam que processos de insolvência de grupos societários reunidos em um único juízo seria a opção mais benéfica a todos os envolvidos. Nesse sentido, o juiz americano Samuel L. Bufford propõe, como solução, que seja analisada a integração econômica do grupo e fixa-

42 *Idem*, p. 31.

43 Jozé Cândido Sampaio de Lacerda traz alguns riscos adicionais em decorrência imprevisibilidade: “Quanto ao sistema da universalidade, dizem, ameaça a soberania nacional e contraria as normas de direito positivo sobre a competência dos tribunais a respeito dos estrangeiros. Além disso, dificulta a ação dos credores estrangeiros e ainda ilude os credores que, contando com os bens do devedor existentes no país, veriam estes destinados ao pagamento de credores estrangeiros, cuja existência ignoravam. A esse argumento, todavia, responde CARLE que os credores, contratando com o devedor, deveriam ter em conta a eventualidade da falência com toda sua força”. LACERDA, **Manual....** p. 330.

44 Conforme lição de Jacob Dolinger, a “expressão ‘forum shopping’ se refere à procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão. [...] [N]em todo ‘forum shopping’ se identifica com a fraude à lei. Quando um contratante resolve não processar a outra parte em seu foro natural (domicílio do réu, por exemplo), escolhendo outra jurisdição, em que se encontra o patrimônio do devedor, e o faz com fundamento na legislação processual do local escolhido, que admite esse tipo de competência jurisdicional, estará ocorrendo um ‘forum shopping’ que não se caracteriza como fraudatório à lei, apesar de o foro escolhido aplicar lei diversa daquela que seria aplicada”. (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado....**, p. 460-461).

45 No caso da legislação brasileira, tal princípio restou positivado no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

do seu centro dos interesses principais, a fim de definir qual será o juízo competente para o caso:

"The universalist solution is to modify the COMI definition to provide that the corporate group venue decision be based on the collective COMI of all the legal entities that operate together as an integrated economic unit. Thus where two or more companies are economically integrated and operate as a single economic group, the COMI decision for the corporate group would displace a decision based on the COMI of the separate legal entities. In contrast, where a company is not integrated into the group as a single economic unit, the court should decide its proper venue separately based on the location of its COMI [...]."⁴⁶

Em contraponto a essa visão, o professor Lynn M. LoPucki, forte crítico do sistema universalista, critica o posicionamento do supracitado magistrado, sustentando que a análise da integração econômica estaria maculada por uma inaceitável subjetividade⁴⁷.

4. O SISTEMA TERRITORIALISTA

O enquadramento da insolvência na condição de processo que objetiva administrar e alienar os bens do devedor (estatuto real) conduz ao sistema territorialista. Conforme lição do professor Lynn LoPucki, "*Territo-*

46 BUFFORD, Samuel L. "Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki". **Penn State Law eLibrary**. Disponível em: <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=fac_works>, p. 136-137. Acesso em: 04.05.2016, p. 136-137.

47 O professor LoPucki continua sua crítica, exemplificando seu raciocínio: "Economic integration' as it is used here has no generally accepted definition. Judge Bufford appears to propose as his test whether the entities in question are "able to operate separately". Judge Bufford claims that "this kind of decision will not likely arise often". Under his test, venue would depend on which assets should be reorganized or liquidated together. One need only examine a few cases to see that, contrary to his assertion, the issue would arise in virtually every big case. Did Eastern Airlines need its shuttle to survive? Should the more than one thousand funeral homes in the Loewen Group be kept together or liquidated separately? Was MCI so integrated into Worldcom's finances and operations that it was impractical for the court to separate them? Should the pipelines of Enron have been reorganized together as a network, or sold off one by one? Each of these issues was core to a bankruptcy case. The issues were resolved by companies' managers and professionals, in interactions with representatives of creditors and shareholders over periods of months or years. Often, the parties resolved them by taking a wait-and-see approach. Judge Bufford would have the bankruptcy court resolve them in 40 days at the beginning of the case – as a prerequisite to determining which court should have the case." LOPUCKI, Lynn M. "Universalism Unravels". **American Bankruptcy Law Journal**, junho de 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732123>. Acesso em: 17.03.2016, p. 12-13.

riality', as the term is commonly used in the field of international bankruptcy, refers to a system in which each country administers the assets within the country's own territory and recognizes other countries' rights to do the same"⁴⁸. Como se vê, nesse sistema, a decisão de cada Tribunal está restringida tão somente às fronteiras de seu território nacional, de modo que só poderá versar naturalmente sobre aqueles bens que estejam situados dentro desses limites. Nesse diapasão, adiciona Alexander Kipnis: "[t]he basic rule of territoriality states that the courts of each state in which the debtor has assets are responsible for distributing those assets – and only those assets – that are located within the territory of that state"⁴⁹.

Portanto, poderá haver tantos processos quantas jurisdições em que haja bens do falido e cada Tribunal aplicará sua própria lei aos assuntos ventilados na lide a ele endereçada (*lex fori concursus*)⁵⁰⁻⁵¹. Ainda em complementação à conceituação fornecida, cita-se preleção de Harold Burman:

"States that do not recognize the legitimacy of foreign insolvency proceedings, or recognize them in limited respects and give minimal effect thereto, are said to adhere to the "territoriality" approach. Under this approach, each state asserts the sovereign of its domestic law, at least with regard to property or parties within its jurisdiction, thus foreclosing or significantly limiting prospects of cooperation with respect to foreign insolvency proceedings."⁵²

Explica Jozé Cândido Sampaio de Lacerda:

"O sistema da territorialidade, que implicitamente conduz à pluralidade de falências a respeito do mesmo devedor e sustentado por vários autores [...], é justificável pelas seguintes razões: as leis de falência são leis de defesa do crédito públi-

48 LOPUCKI, Lynn M., "Cooperation in International Bankruptcy...", p. 47.

49 KIPNIS, Alexander M. "Beyond UNCITRAL...", p. 17.

50 Conforme conceito de Carmen Tiburcio, "a teoria da territorialidade defende a ideia de que deve haver várias leis aplicáveis e jurisdições competentes para reger essas questões, em conformidade com a localização dos bens do devedor. Isso significa que, quanto à lei aplicável, os credores locais devem se submeter à *lex fori*, normalmente mais vantajosa. Em relação à jurisdição, haverá tantos processos de falência quanto jurisdições em que existam bens do falido e, nessa linha, nenhuma sentença de falência produz efeitos extraterritoriais". TIBURCIO, Carmen. "Efeitos extraterritoriais da falência...", p. 202.

51 Já na visão de Samuel Bufford, "[t]erritorialism is the view that a bankruptcy case should be used only to administer the domestic assets of a multinational debtor under domestic law for the benefit of domestic creditors, whether through reorganization or liquidation". BUFFORD, Samuel L. "Global Venue...", p. 113.

52 BURMAN, Harold S. "Harmonization of International Bankruptcy Law...", p. 2551.

co e, por isso, são leis territoriais e como leis processuais de execução sobre os bens do devedor só serão aplicáveis ao território onde tais bens se encontrem." ⁵³

O territorialismo é o sistema que costuma prevalecer nos casos de ausência de regras específicas de direito internacional sobre o tema, não por razão de profundos debates acadêmicos, mas pela natural defesa do princípio da soberania estatal⁵⁴. Salieta Haroldo Valladão que Joseph Story, no século XIX, defendeu nos Estados Unidos a pluralidade de procedimentos de insolvência, podendo a *lex fori* regular os bens situados no território do foro e privilegiar os credores embargantes nacionais em face dos estrangeiros, sistema que foi seguido, *v.g.*, na França, por M. Fohlix (*Traité de DIP*, 1866), com Charles Demangeat, e por Masset (*Droit Commercial Relations avec le DIP*, 1874), bem como os clássicos Antoine Pillet e Pascal de Vareilles-Sommières; na Inglaterra, por Westlake; e, na Alemanha, por Von Bar⁵⁵. Na Itália, como visto no tópico anterior, travou-se intenso debate sobre os sistemas de insolvência, restando registrado como dos grandes defensores do territorialismo o jurista Alfredo Rocco⁵⁶.

Dentre as vantagens do sistema, a primeira que se destaca é o fato de sua utilidade prática para preservar as políticas locais dos Estados envolvidos⁵⁷. O processo falimentar é complexo e envolve diversos interesses em seu bojo, razão pela qual boa parcela dos assuntos nele tratados é sensível para os países envolvidos. Frederick Tung, autor que tentou demonstrar a impossibilidade fática do universalismo com base em uma adaptação da teoria dos jogos, conforme já analisado, expõe algumas das razões da natural preferência dos Estados de aplicar suas próprias leis à insolvência:

"Bankruptcy by its nature is a much more drastic type of legal proceeding than a simple civil suit between private parties. A garden variety civil suit settles rights with respect to a parti-

⁵³ LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual....** p. 328.

⁵⁴ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 88.

⁵⁵ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 38.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ "Com efeito, o territorialismo facilita a utilização do direito falimentar como instrumento de consecução de políticas locais. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, os processos territoriais são mais simples e, portanto, mais rápidos e eficientes e menos custosos do que um único processo de âmbito mundial". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 88. Registre-se, como se verá adiante, que a questão dos custos no sistema territorialista é controversa, pois pode ocorrer o encarecimento, por exemplo, para um credor mediante sua habilitação em uma pluralidade de procedimentos de insolvência espalhados ao redor do globo, necessitando arcar com todas as despesas daí provenientes.

cular transaction between the parties, and a civil judgment is simply an order requiring the transfer of money between private parties. Bankruptcy, by contrast, has wholesale effects. It provides for the comprehensive restructuring of a firm and all its legal relationships with its creditors and other interested parties. Moreover, bankruptcy law is “meta-law”. In re-making of the firm, bankruptcy law overrides contract, property, and other legal rights that exist outside of bankruptcy. [...] With these wholesale effects, each state’s bankruptcy regime embodies its own myriad social policies. Each state has its favored creditors, whose recoveries take priority over the general body of creditors. More generally, states take differing approaches to resolving corporate financial distress and may have divergent views concerning the appropriate goals and methods for a bankruptcy system. Each state naturally prefers its own set of policy choices to those of other states. Especially with the bankruptcy of a multinational firm, which is likely to involve assets and liabilities of significant value, states may feel a significant stake in having their own laws apply, especially within their borders.”⁵⁸

Tal vantagem, por outro lado, pode também ser vista como desvantagem, afinal essa situação faz com que cada Estado possa favorecer, através de suas leis, credores locais em detrimento de estrangeiros⁵⁹, em patente violação ao princípio *par conditio creditorum*⁶⁰. Outra vantagem, igualmente dotada de dupla face, é a alegação de que o sistema territorialista confere proteção aos credores locais, por evitar habilitações em processos estrangeiros, gastos em outras moedas e o obstáculo das línguas estrangeiras⁶¹. Novamente, poder-se-ia argumentar que tal situação con-

58 TUNG, Frederick. “Skepticism About Universalism...”, p. 14.

59 TIBURCIO, Carmen. “Efeitos extraterritoriais...”, p. 202.

60 “A crítica que oferecem os opositores ao sistema da territorialidade é que estabelece ela um tratamento desigual aos credores, quando todo o patrimônio do falido constitui garantia comum dos credores, sem diferenciá-los entre nacionais e estrangeiros. É, portanto, sistema que facilita a fraude, permitindo, por exemplo, que um comerciante falido no Rio de Janeiro continue a negociar em Paris, sem se preocupar com os credores que aqui ficaram e aos quais prejudicou”. LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual...** p. 330.

61 O juiz federal americano Samuel L. Bufford, em artigo, já citado anteriormente, produzido em resposta ao professor Lynn M. LoPucki, lista as fraquezas do territorialismo, apontando exatamente a questão do encarcimento: “Briefly, the defects of territorialism are as follows. First, the bankruptcy costs for an international business are enormously multiplied by the necessity of a parallel insolvency case in each country where assets are located. Each jurisdiction requires separate administration, separate filing and evaluation of claims, and separate prosecution of relevant litigation. Second, reorganization is much more difficult to achieve in a territorialist regime because it de-

fere tratamento desigual aos credores, o que violaria os princípios básicos do direito falimentar brasileiro e mundial. Jean-Philippe Maslin traz, em sua lição, mais algumas fraquezas desse sistema e elucida as consequências econômicas do tratamento desigual de credores:

"The resulting piecemeal dismemberment of the debtor's assets is sure to induce a lack of equality in treatment of the creditors, or even spoliation of some of the foreign creditors. Territorialism also provokes *ex ante* strategic thinking in the creation of the entity, as for example debtors will incorporate their companies more willingly in countries unfriendly to creditors basing their claims on allegations of tort. This phenomenon is often referred to as "forum shopping" [...]. Finally, the preference given to domestic creditors by territorialism regimes creates a distortion in the efficiency of the international setting for bankruptcy proceedings. Indeed, if domestic creditors have a higher chance of being paid, they will therefore offer lower interest rates on the loans of the financial operations they propose. Distortion will result as debtors are motivated to preferably organize their activities in territorialism regimes which are favorable for the establishment of the company but not for its liquidation."⁶²

Conforme se vê, o territorialismo, além de igualmente possibilitar a ocorrência do *forum shopping*, gera, ainda, o risco do encarecimento de crédito, afinal as instituições bancárias embutirão nos juros o cálculo dos riscos de não receber seu crédito. Saliente-se, ainda, doutrina que advoga que o territorialismo não está em consonância com o atual intento cooperativo do hodierno cenário globalizado. Ao limitar os efeitos de decisão apenas ao âmbito territorial e levar a uma pluralidade de processos de insolvência, o sistema territorialista opta, segundo essa

creates liquidation values and makes coordination of cases extremely complex. Third, conflicts between jurisdictions and courts can easily develop. Fourth, creditors cannot know in advance where the debtor's assets will be located when bankruptcy intervenes, which causes a less efficient *ex ante* allocation of capital. Fifth, distribution results are both uneven, violating the bankruptcy principle of treating the cost of capital because of the uncertain outcome if insolvency supervenes. Finally, under territorialism, both debtor and individual creditors can engage in strategic behavior to advance their private interest at the expense of the general interests of creditors". BUFFORD, Samuel L. "Global Venue...", p. 114.

62 MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. (2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1539391>>. Acesso em: 17.03.2016, p. 5.

visão, por um paroquialismo que não possui mais espaço atualmente, prejudicando sua previsibilidade⁶³ e eficácia:

"Le problème de cette approach [le principe de territorialité], comme le souligne à juste titre le juge Farley, réside dans la multiplication des procédures collectives ainsi que dans un traitement inégalitaire des créanciers selon le droit applicable mais aussi selon la valeur des biens de la société mise en liquidation situés dans chaque pays."

Indubitablement, le principe de territorialité est incompatible avec une idée de coopération judiciaire dans un contexte de liquidation internationale. [...] Une approach locale voire régionale de la coopération judiciaire limite l'efficacité et la prévisibilité d'une procédure collective internationale à échelle planétaire."⁶⁴

Por fim, Paulo Fernando Campana Filho elucida que os juristas que se posicionaram em prol do territorialismo "historicamente defenderam o sistema alegando que as normas falimentares diziam respeito ao crédito público e tinham natureza procedimental, daí serem de ordem pública territorial"⁶⁵. Desse modo, esse raciocínio conduz necessariamente à aplicação da *lex fori* e à limitação dos efeitos da decisão ao território (e bens) de sua jurisdição, gerando, como consequência natural, uma pluralidade de procedimentos de insolvência espalhados ao redor do globo nas hipóteses transnacionais.

63 Saliente-se, novamente, que a previsibilidade e segurança jurídica são essenciais para o sucesso de uma recuperação judicial ou falência, como bem assevera Fernando Locatelli: "On the other hand, from a lender's perspective, predictability in law is also crucial. In the case of business crisis, for example, this predictability can provide better information for the managers in deciding more prudently which option to choose, whether a restructuring plan of the liquidation of company. In other words, predictability would give them a better understanding of the legal and economic consequences of each exit plan for the company, allowing the managers to decide on the most appropriate action plan for the firm and the creditors' interests". LOCATELLI, Fernando. "International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of Its Benefits on International Trade)". *Law and Business Review of the Americas*. V. 14. Disponível em: <<http://works.bepress.com/fernandolocatelli/1/>>, p. 323. Acesso em 21.03.2016.

64 SEDEF, Julia. "Coopération judiciaire et faillite internationale : les limites du principe de comity dans le traitement international des entreprises en difficultés illustrées par l'arrêt Canadien Re Matlack Inc." Disponível em: <<http://blogs.u-paris10.fr/content/coop%C3%A9ration-judiciaire-et-faillite-internationale-les-limites-du-principe-de-comity-dans-le->>, p. 3. Acesso em: 05.05.2016.

65 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 89.

5. OS SISTEMAS MISTOS

Os sistemas de insolvência transfronteiriça até agora citados foram examinados em seus modelos puros. Nesse estado, como se viu, ambos apresentam pertinentes vantagens e desvantagens⁶⁶. Ocorre que, entre os dois extremos, há versões mescladas, que almejam preservar os elementos positivos e descartar os negativos de cada ponta concebida isoladamente.

Como bem salienta Paulo Fernando Campana Filho, desde o século XIX já se vislumbravam sementes teóricas dos modelos mistos, momento em que o holandês Josephus Jitta, por exemplo, ao analisar o assunto da insolvência transnacional em sua obra⁶⁷, buscou mitigar as ideias universalistas às quais se filiava em atenção aos imperativos práticos que levavam à prevalência do territorialismo:

"Assim, desde o século XIX, autores procuraram estabelecer modelos teóricos mistos, propondo alguma forma de "universalidade atenuada" ou "territorialidade flexível". Jitta, por exemplo, sustentando que a unidade do patrimônio poderia ser compatível com a pluralidade de processos, propôs um modelo baseado em falências secundárias (*faillites secondaires*), processos territoriais que funcionariam como satélites que gravitariam em torno do processo falimentar principal, com o objetivo de auxiliá-lo e de facilitar a liquidação do patrimônio do devedor. Na concepção de Jitta, o processo falimentar geral seria aberto no país onde estivesse presente o "centro de vida" do devedor; e os secundários, nos países onde houvesse estabelecimentos secundários (*établissements secondaires*)."⁶⁸

Como se vê, o clássico jurista holandês tentou mesclar os elementos de ambos os sistemas, mediante a manutenção da pluralidade de processos falimentares, em respeito ao territorialismo, prevendo, porém, procedimentos secundários, que, atuando em órbita ao primeiro, o auxi-

66 "[U]niversalism and territorialism should be regarded as the opposite and extreme ends of a spectrum. Pure universalism is practically unworkable, and extreme territorialism has serious detrimental effects for the interests of international business". GARRIDO, José M. "No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies". *Texas International Law Journal*, v. 46, 459 (2011), p. 470.

67 JITTA, D. Josephus. *La Codification du Droit International de la Faillite*. Le Haye: Belefante Frères, 1895 *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 90.

68 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 90.

liariam na liquidação do patrimônio transfronteiriço do devedor (elementos do universalismo). Esse traço cooperativo entre os Estados envolvidos no processo de insolvência transnacional irá lastrear os modelos teóricos mistos mais relevantes, elaborados pelos diversos juristas na tentativa de atingir um sistema que atenda a todas as demandas:

"The common point of all modern solutions to the problem of international bankruptcy is the focus on cooperation. International cooperation is essential to achieve the ends of bankruptcy, in spite of the numerous obstacles.

Most of the solutions with practical relevance in international bankruptcy law lie within the space situated between pure territorialism and pure universalism."⁶⁹

Uma primeira teoria intermediária de renome que deve ser citada neste trabalho foi concebida pelo professor inglês Ian F. Fletcher. O autor referiu-se a sua abordagem denominando-a de “princípio internacionalista” (*the Internationalist Principle*), uma vez que defendia a necessidade de colaboração entre os Estados que possuíssem algum tipo de interesse, jurídico ou de outra natureza, em eventual processo de insolvência transfronteiriça⁷⁰. A proposta mescla elementos do territorialismo e universalismo, respeitando a jurisdição nacional e a soberania dos Estados, porém deles exigindo um comportamento cooperativo que levasse a uma atuação conjunta, semelhantemente a uma única administração global dos bens do devedor⁷¹. A adequação das medidas e dos processos seria aferida conforme as circunstâncias de cada caso:

"The Internationalist Principle is therefore one which aspires to realize, as faithfully as is practicable in any given case of international insolvency, the ideals of collectivity, equality of treatment for all creditors, and the respect for previously ac-

69 GARRIDO, José M. "No Two Snowflakes...", p. 471.

70 FLETCHER, Ian F. **Insolvency In Private International Law: National and International Approaches**. 2 ed, 2005, §1.16 *apud* WESSELS; Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters A Joint Research Project of American College of Bankruptcy and International Insolvency Institute**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 70.

71 "A ideia subjacente ao princípio internacionalista de Fletcher é a de promover, em escala mundial, os princípios que regem os casos de falência em âmbito nacional – tal como a abrangência coletiva de processos, o tratamento igualitário entre os credores e o respeito aos direitos adquiridos". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 90.

quired rights ... [in order to] achieve that objective, flexibility and pragmatism must be substituted for the dogmas so beloved of former ages. This entails a vital role for the judges within each State concerned, since it is only through their activism and initiative that the system can respond to the particular challenges posed by the circumstances of a live case".⁷²

Por outro lado, o professor norte-americano Jay Lawrence Westbrook foi responsável por criar um sistema intermediário de grande influência, tendo recebido atenção mundial. A delimitação de sua teoria se deu em 1991⁷³, sendo progressivamente desenvolvida ao longo do tempo. O sistema recebeu o nome de universalismo modificado (*modified universalism*), sendo por vezes retratado também como universalidade mensurada (*measured universality*).

Semelhantemente às ideias de Ian Fletcher, o modelo de Jay Lawrence Westbrook prevê uma pluralidade de processos falimentares ao redor do globo, regidos por diversas leis, que devem atuar cooperativamente, semelhantemente a um mecanismo universal voltado para distribuir simetricamente os valores neles tratados. Em outros termos, essa atuação cooperativa precisa atingir os mesmos resultados que um único processo transnacional atingiria. O professor norte-americano, no entanto, ressalta que a opção pelo universalismo modificado deve servir apenas como uma medida de transição para a adoção de um verdadeiro (puro) universalismo no mundo⁷⁴.

72 FLETCHER, Ian F. *Insolvency In Private International Law...*, §1.19 *apud* WESSELS; Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. *International Cooperation in Bankruptcy...*, p. 70.

73 O professor norte-americano traçou os primeiros contornos de sua teoria em um artigo que visava lidar com a escolha da *avoidance law* nos casos de insolvência globais: "This Article is about one important aspect of transnational bankruptcy, the avoidance of prebankruptcy transactions. When a multinational enters bankruptcy proceedings in its home country, it will nearly always have engaged in prebankruptcy transactions having substantial contacts with two or more nations. Every other party to each of those transactions may be a defendant in an avoidance action brought by the Trustee in Bankruptcy (TIB) in an "avoiding" court, which is a court in a nation that is not the home country of the multinational, but which has substantial contacts with the transactions and has jurisdiction over an avoidance defendant. The avoiding court must choose which avoidance law to apply. This Article discussed the most common and simplest case in which the choices are two: (1) local (avoiding court) law; or (2) home-country (domiciliary) law" (WESTBROOK, Jay Lawrence. **Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies**. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 17, p. 499. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bjil17&div=30&id=&page=>>. Acesso em 16.05.2016). A definição do termo *avoidance* é fornecida pelo citado professor na nota de rodapé de nº 2: "Avoidance' of a transaction refers to: (1) a judicial order requiring the return of certain property transferred by a debtor; (2) the canceling of certain obligations incurred by a debtor; or (3) the award of a monetary judgment against the beneficiary of a transaction in the amount of the benefit received."

74 "I am convinced that modified universalism is the best transitional rule, because it moves us in the right direction—toward true universalism—and provides the essential experience to inform the fashioning of a multinational bankruptcy convention when that time comes. It also permits flexible, pragmatic decisions to be made in the here and now that enables parties to obtain some portion of the benefits of universalism". WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution...*, p. 2329.

Além disso, o universalismo modificado, almejando viabilizar uma cooperação mais próxima ao ideal, prevê a abertura de um processo principal, geralmente no país de sede do devedor (*home country*), seguido de processos auxiliares, se necessários, em outros Estados que possuam bens nele situados. Esses últimos procedimentos devem privilegiar ao máximo a lei do país de abertura do processo principal, permitindo, contudo, que o juiz analise se a decisão tomada na *home country* é justa e adequada, sob pena de não a conferir a ela os efeitos no foro.

Para sedimentar o entendimento do sistema proposto, Jay Westbrook exemplifica a sua adoção por um julgado americano:

"The operation of modified universalism is illustrated by *In re Culmer*, one of the leading cases decided under section 304 of the Bankruptcy Code. There, a Bahamian corporation had assets in the United States and creditors had attached those assets, giving them certain priority rights under United States law. The Bahamian liquidator brought a petition under section 304 seeking a stay of the United States collection actions and turnover of the assets for distributing in the Bahamian proceeding. That they succeed in both requests reflected the court's universalist view: because the Bahamian action satisfied the statute's choice-of-forum rule, ancillary relief was indicated. The universalist perspective was emphasized by the fact that the relief included turnover of assets, in effect dispatching the creditors to the Bahamas to assert their claims. On the other hand, the court did not grant the relief until it had satisfied that Bahamian law could be trusted to be fair and was in general terms similar to United States law. That inquiry justifies the adjective "modified", because the deference to the preferred universalist forum was not automatic, but required a practical finding of fairness and rough similarity."⁷⁵

Como se vê, o papel da Corte local é o de verificar se a medida adotada alhures é considerada "justa", isto é, se não ofende nenhum imperativo da lei local, como, *v.g.*, a ordem pública. Passando nesse teste, deve a Corte local privilegiar as decisões tomadas no processo principal. Assim, o universalismo modificado consegue introduzir os princípios uni-

75 WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution*..., p. 2302.

versalistas sem desconsiderar a dificuldade dos Estados em dar efeitos a decisões estrangeiras sem que passe pelo crivo da autoridade local. No caso do Brasil, por exemplo, o sistema de Jay Westbrook está em consonância com o disposto no art. 12, § 1^a do Decreto-Lei nº 4.657 (LINDB)⁷⁶ e art. 23, I, do atual CPC⁷⁷.

Jay Westbrook propõe, ainda, que o seu sistema intermediário deve auxiliar também na tentativa de propor soluções para a complexa situação dos grupos societários. Segundo o autor, uma falência ou recuperação de um conglomerado societário realmente interligado possui muito mais chance de obter sucesso se for centrado em um juízo universal⁷⁸. O professor norte-americano cita, ainda, proposta do jurista Phillip Blumberg de desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades em determinadas situações que exijam isso⁷⁹. Ressalta, porém, que a questão é delicada e merece um estudo mais cauteloso⁸⁰.

Outro sistema intermediário que ocupou destaque nos debates sobre insolvência transfronteiriça é o do professor Lynn LoPucki, nomeado de territorialismo cooperativo (*cooperative territoriality*). O modelo foi proposto em um de seus estudos de crítica ao universalismo⁸¹, que pos-

76 Art. 12. "É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação". § 1º. "Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil".

77 Art. 23. "Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil".

78 Para o autor, o universalismo "depends equally on a second assertion, that a universalist rule would so increase values available for all local claimants in all general defaults as to offset by far the losses that particular local claimants might suffer in some cases. That assertion is persuasive because the preservation of going concern values and the maximizing of liquidation values by integrated sales will likely increase returns to creditors greatly". WESTBROOK, Jay Lawrence. **Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum**. 65, *The American Bankruptcy Law Journal*, 457 – 465 (1991). Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=65+Am.+Bankr.+L.J.+457&key=753a0ac40caae4da42f4dea05fcadd85>>. Acesso em: 16.05.2016.

79 "This problem [corporate groups] is also far broader than bankruptcy. In his classic multivolume treatise, *The Law of Corporate Groups*, Phillip Blumberg analyzes in detail the enormous legal problems that are presented by business enterprises with a single direction, but infinitely multipliable legal redoubts. He suggests that they may have to be treated as single entities under some circumstances, 'piercing the corporate veil'. WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution...**, p. 2311.

80 A título de complementação, convém destacar sugestão do juiz federal Samuel Bufford, amparada pela lição de Lynn LoPucki, de administrar um grupo societário integrado em sua home country ao passo que, nos casos dos grupos independentes, cada entidade legal seria administrada separada em sua home country: "[...] a corporate group that is an integrated economic unit can only be reorganized or liquidated efficiently if it is done collectively for the entire group. Professor LoPucki's solution to the problem of corporate groups is exactly correct. The sensible solution, he says, is to administer economically integrated group members in the home country of the integrated group, and to administer economically independent group members separately in their own home countries." BUFFORD, Samuel L. "*Global Venue...*", p. 136.

81 O territorialismo cooperativo foi proposto pioneiramente em um estudo do autor, criticando os modelos universalistas existentes: "This Article examines several competing systems proposed for international cooperation in

teriormente conduziu a um árduo debate acadêmico com Jay Westbrook, registrado em simpósio realizado na Universidade de Michigan.

O territorialismo cooperativo de Lynn LoPucki também defende a existência de vários processos falimentares, porém os entende como independentes e paralelos, sem qualquer vínculo de sujeição entre eles. Esses processos são abertos nos locais em que o devedor tiver bens situados. Porém, inobstante descentralizados, os órgãos da falência de cada um possuem o dever de se ajudarem mutuamente, em prol da cooperação na insolvência. Isso traria, na visão do professor, uma séria de vantagens, tal como evitar que a manipulação da sede do devedor (*home country*) levasse ao *forum shopping*, bem como impedir a ocorrência de ofensa à soberania dos países e aos créditos individuais:

"Under the cooperative territoriality system I propose, the bankruptcy courts of a country will administer the assets of a multinational debtor within the borders of that country as a separate state. If a debtor had significant assets in several countries, several independent bankruptcy cases might result. None would be main, secondary, or ancillary. [...] To illustrate the worldwide operation of a cooperative territorial bankruptcy system, assume again that the United States is the home country of a debtor with worldwide operations. Each of the filings would be of equal dignity. Each of the bankruptcy courts would assume jurisdiction over the local assets, would determine whether to cooperate in a multinational reorganization or liquidation, and in the event of liquidation, each would distribute the assets of the company among creditors and shareholders under local law".⁸²

Lynn LoPucki sustenta, ainda, que o territorialismo cooperativo seria o melhor para lidar com a complexa questão de insolvência transna-

bankruptcy cases and concludes that a cooperative form of territoriality would work best. Universalism, the system that currently dominates the scholarship, diplomacy, and jurisprudence of international company's "home country" should have worldwide control and should apply the home country's law to the core issues of the case. Universalism is unworkable, however, because the links that define the "home countries" of multinational companies are so ephemeral and manipulable that the resulting system would be unpredictable. Modified universalism, secondary bankruptcy, and Rasmussen's corporate-charter contractualism, each of which will be discussed below, are similarly flawed. Territoriality, a system in which each country has jurisdiction over the portion of the multinational company within its borders, would provide the best foundation for international cooperation. A system of cooperative territoriality is optimal even though it potentially requires multiple filing and prosecution of claims, cooperation among courts and administrators with respect to particular reorganizations and liquidations, and international agreements to control fleeing assets. LOPUCKI, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy...", p. 696.

82 LOPUCKI, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy...", p. 742-743.

cional dos grupos societários, haja vista que a existência de processos de insolvência autônomos, coordenados em prol da maximização das distribuições, evitaria os problemas decorrentes da aplicação do universalismo. Desse modo, em seu sistema, cada caso seria analisado especificamente pelos órgãos de cada procedimento doméstico, podendo levar a uma maior ou menor integração (cooperação) entre as unidades autônomas do grupo, a depender das peculiaridades do grupo societário analisado⁸³.

Com o intuito de demonstrar a melhor adequação do territorialismo cooperativo para casos de insolvência transnacional, Lynn LoPucki recorre ao caso *KPNQwest*, citando lição de Robert van Galen:

"The KPNQwest group owned cables in Europe and across the Atlantic Ocean, the main ones being in the form of rings. For example, one ring can ran through Germany, France, Belgium and The Netherlands, connecting major cities in these countries. However, the part of the ring that was situated in Germany was owned by a German subsidiary, the part of the ring situated in France by a French subsidiary, and so forth. When the Dutch parent company, KPNQwest N.V., went into bankruptcy many of the subsidiaries had to enter insolvency proceedings as well. [...] the trustees of the Dutch bankruptcy did not hold any powers with respect to bankrupt subsidiaries in other member states, and it proved to be very difficult to coordinate the sale of the rings. As it turned out, the KPNQwest group disintegrated and it is likely that the proceeds of the sale of the assets were much lower than they would have been if the enterprise had been sold as a whole".⁸⁴

O autor conclui que o universalismo falhou nesse caso. Se fosse analisado pela égide do territorialismo cooperativo, segundo o professor

83 "It is worth noting that the corporate group problem is easily solved in a cooperative territorial system. A cooperative territorial system is one in which each country's courts administer the assets located in the country and authorize a representative to cooperate with representatives appointed in foreign proceedings. In a cooperative territorial system, once cases were filed and representatives appointed in each of the countries involved, the representatives could meet to determine whether cooperation could increase the total recovery of the group. In most cases, the answer would be no, because the group was compartmentalized by country prior to bankruptcy. If the answer were yes, the negotiators should be able to reach agreement for the simple reason that they could share the increase in recovery among them". LOPUCKI, Lynn M. "Global and Out of Control?". *American Bankruptcy Law Journal*. v. 79 (Junho, 2005), p. 14-15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693601>. Acesso em: 16.05.2016.

84 GALEN, Robert Van. "The European Insolvency Regulation and Groups of Companies" *apud* LOPUCKI, Lynn M. "Global and Out...", p. 15.

norte-americano, o procedimento de insolvência seria iniciado em cada país (França, Alemanha, Bélgica etc.), sendo apontado um administrador específico para cada caso. Esses administradores paralelos teriam o poder, sujeito à aprovação dos credores e da Corte local, de se unirem em uma venda comum dos ativos do grupo ou não, podendo cada um deles avaliar se tal esforço conjunto seria interessante para a subsidiária local. Considerando que os administradores buscariam a valorização dos ativos de sua companhia, essa análise não deixaria de contemplar o interesse dos credores. Além disso, os credores saberiam que cada bem local estaria sujeito às leis e Cortes de sua jurisdição, promovendo maior segurança jurídica. Com base neste exemplo, conclui:

"By contrast, in a universalist system, creditors must concern themselves not only with the desirability of the common sale but also with which court will conduct it. It might be in a group of creditors' interests to oppose an advantageous sale by the court of a country that would accord the particular group of creditors a low priority. In a cooperative territorial system, venue would never be an issue. Venue with respect to any particular asset would be in the courts of the country that dah power over the asset by sovereign."⁸⁵

Nota-se que tanto o universalismo modificado quanto o territorialismo cooperativo possuem elementos comuns, mas não se confundem. Para o professor Jay Westbrook, a principal diferença entre as abordagens é que o universalismo modificado possui uma perspectiva mundial, buscando solução que se aproxima do sonho de uma única lei e jurisdição, enquanto que o territorialismo cooperativo parece conferir direitos adquiridos para os credores locais sobre quaisquer bens que vierem a ser confiscados no processo local⁸⁶. Já para Lynn LoPucki, a grande vantagem de seu modelo é que ele não requer cooperação além da que já existe, promovendo uma plataforma estável para tratados e convenções que lidem com oportunidades específicas para benefício mútuo de todos os envolvidos⁸⁷. Saliente-se que a posição de Jay Westbrook rece-

85 LOPUCKI, Lynn M. "Global and Out...", p. 15.

86 WESTBROOK, Jay Lawrence. "A Global Solution to...", p. 2302.

87 LOPUCKI, Lynn M. "Universalism Unravels...", p. 24.

beu apoio, no simpósio da Universidade de Michigan, de doutrinadores renomados, como, v.g., do professor Andrew T. Guzman⁸⁸, inobstante houvesse algumas divergências⁸⁹.

A outro giro, não se poderia deixar de registrar o sistema sugerido pelo professor norte-americano Robert K. Rasmussen, desenvolvido inicialmente também na década de 90⁹⁰. Seu modelo ficou conhecido como Contratualismo (*Contractualism*), por permitir ao devedor escolher, por via contratual, o foro competente e a lei aplicável ao procedimento de insolvência. Cada sociedade estaria livre para escolher o regime falimentar ou recuperacional, devendo tal decisão ser tomada no momento da constituição (*incorporation*) e estar prevista em seu contrato, só podendo ser alterada com o consentimento unânime dos credores⁹¹:

"Transnational bankruptcies are becoming an ever increasing event in the global economy. To date, the legal regime has responded to the problem by either ignoring it, or through modest efforts at governmental regulation. Both responses are unsatisfactory. Ideally, if countries would forgo their insistence on mandating the content of the bankruptcy law, each firm would, at the time of its formation, select its insolvency regime from a menu of bankruptcy options.

Such fundamental change in transnational bankruptcy, while

88 "Although Professor Westbrook and I approach the subject of international bankruptcies from somewhat different perspectives, we hold very similar views of the preferred policy prescription. With this in mind, and in the interest of space, I will not address his arguments directly in this Article. If I did, it would be primarily to express my support for his views". GUZMAN, Andrew T. **International Bankruptcy: In Defense of Universalism**. Berkeley Law Scholarship Repository, p. 2180. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=facpubs>>. Acesso em: 16.05.2016.

89 "Professor Guzman is a thorough-going universalist who is not committed to a contractual solution to the international bankruptcy problem, so I begin by agreeing with many of the points he makes. His article is devoted to the efficiency arguments that turn on the reduction of costs as a function of predictability of result. I largely agree with those arguments, but I must disagree with him in two respects: these arguments are not new to the literature and they have probably been overstated". WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to...**, p. 2326.

90 Veja-se: RASMUSSEN, Robert K. **Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy**. 71 Texas Law Review, 71:51, 1992-1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr71&div=9&id=&page=>>>. Acesso em: 16.05.2016; RASMUSSEN, Robert K. **A New Approach to Transnational Insolvencies**. 19 Michigan Journal of International Law, v. 19:1, 1997-1998. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mjil19&div=8&id=&page=>>>. Acesso em: 16.05.2016; e RASMUSSEN, Robert K. **Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering**. Michigan Law Review, v. 98 (2000). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473>. Acesso em: 16.05.2016.

91 "Other changes in the bankruptcy term would be more problematic. As described above, a firm should not have complete freedom to change from a Chapter 7-only selection to a Chapter 11 selection. Yet at times such a change may be necessary given the change in the nature of the firm. For example, a publicly held firm going private in a leveraged buyout might find a Chapter 11 proceeding to be the optimal bankruptcy term. In this situation, change in the corporate charter should be allowed only with the consent of all of the creditors". RASMUSSEN, Robert K. **Debtor's Choice...**, p. 118.

normatively desirable, is unlikely to occur in the near future. Current norms of private international law, however, provide a vehicle for improving the extant state of affairs. Courts should enforce provisions in corporate charters which specify which country's or countries' bankruptcy law should apply when the firm encounters financial distress. Adhering to party choice would replace the current muddle of laws surrounding transnational insolvencies with a more coherent approach".⁹²

Analisando a proposta do professor Robert Rasmussen, Jay Westbrook elogia o fato de que a teoria não deixou de lidar com a questão da execução desse regime contratual do devedor pelas Cortes nacionais, uma vez que propunha soluções para esse reconhecimento, porém a criticou por não oferecer uma proteção efetiva ao controle de bens e prioridades dos credores, bem como por carecer de transparência adequada para processos dessa natureza:

"One of the attractive elements in Professor Rasmussen's approach is that he does not forget that government will have to enforce the regime he proposes. Another attractive element is that the lawmaker's job is very simple. Thus, an international convention would presumably provide that all the contracting countries would enforce the requirement that every company's article of incorporation contain a choice-of-bankruptcy procedure from the menu and that the choice could be not changed without the agreement of every creditor [...]. I will address, however, two objection that have particular saliency internationally.

All contractual approaches to law rest on the basic argument that, assuming a perfect market and no transaction costs, parties will always adopt the most efficient bargain. Therefore, any legal constraint on that bargain must be irrelevant or inefficient. The constraint is irrelevant to the extent it permits the bargain to be struck, and inefficient to the extent it changes the terms of the private bargain. In the debtor-creditor context, this syllogism supports a bankruptcy law that has little or no content, except to enforce the bargain between

92 RASMUSSEN, Robert K. **A New Approach to ...**, p. 36.

the parties. In very brief summary, two of the key flaws in any contractual approach are lack of asset control (including protection of creditor priority) and the difficult of disclosure (or “transparency”).⁹³

Por outro lado, Lynn LoPucki reconhece que esse regime contratual, previsto no ato de constituição da sociedade, com efeito, encorajaria o devedor a iniciar o procedimento de insolvência no país que possuísse a lei falimentar ou recuperacional mais eficiente e evitaria o *forum shopping*. Contudo, o autor o criticou por aumentar os custos da contratação, excluindo algumas partes interessadas da participação na contratação, bem como pelo fato de que os credores involuntários do devedor não possuiriam a oportunidade de negociar:

"Rasmussen claims that his system provides a single, all-encompassing advantage: it encourages the debtor to file in the country with the most efficient bankruptcy law. [...] [it] also would alleviate the problem of forum shopping. [...].

The system Rasmussen proposes for international bankruptcy suffers from the same two problems that render contract bankruptcy problematic. First, the cost of contracting would be sufficiently high to effectively exclude many interested parties from meaningful participation in the contracting process. Second, involuntary creditors do not have the opportunity to contract. Either problem can lead to the misallocation of resources."⁹⁴

Por fim, cumpre destacar a posição do professor holandês Bob Wessels. O modelo que ele adota nada mais é do que uma interpretação e defesa⁹⁵ do sistema que entrou em vigor na Europa após a elaboração do Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, diploma que atualmente rege a insolvência transnacional na Comunidade Europeia. Ao analisar os regramentos nele contidos⁹⁶, o professor holandês reconhece um verda-

93 WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution to...*, p. 2303.

94 LOPUCKI, Lynn M. "*Cooperation in International Bankruptcy...*", p. 738.

95 Conforme lição de Paulo Fernanda Campana Filho, o “modelo [de Bob Wessels] surgiu em defesa do sistema europeu, após Westbrook o ter criticado, chamando-o de ‘territorialismo modificado’”. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...”, p. 92. Para maiores detalhes, consulte: WESTBROOK, Jay Lawrence. *Universal Priorities*. Texas International Law Journal, v. 33, p. 27-45, 1998.

96 Seguem alguns dos regramentos analisados pelo professor holandês para elaboração de sua teoria: “It is mainly in the power of the liquidator in the main insolvency proceedings to exercise measures for coordination, e.g. he may request the opening of secondary proceedings in other member states (Art. 29), participate in secondary

deiro dever de coordenação e comunicação dos administradores de processos de insolvência, que atuariam em prol da otimização do tratamento igualitário entre credores (*pari passu*).⁹⁷

Além disso, o controle exercido pelo processo de insolvência principal (e seu administrador), ou seja, aquele iniciado no foro em que o devedor possua o seu centro de interesses principais (COMI), sobre os procedimentos secundários, conduziria à ideia de uma autêntica unidade patrimonial do devedor (*unity of states*), estando submetida à supervisão de uma corte nacional. Esse misto de deveres/poderes de controle e coordenação do administrador “principal” é responsável por fazer com que Bob Wessels denomine seu sistema de “universalismo coordenado” (*coordinated universalism*):

"The mutual duty between liquidators to communicate and to cooperate symbolizes that liquidators have to bridge the still existing deficit of uniform law. The performance of the duties to communicate and to cooperate is necessary in order to voice, with regard to all claims, the principle of equal treatment of *pari passu* ranked creditors. In a dozen or so separate provisions, the Insolvency Regulation gives shape to the idea of “unity of Estate” (there is after all one debtor), with regard to which he who has the most dominant role (the main liquidator) in principle directs the completion of the insolvency process, under the supervision of national court. In this process the main liquidator has, with regard to the secondary proceedings, a set of controlling or coordinating (procedural and substantive) powers that he can exert. It is for this reason that for the model of international insolvency law in the system of EU, I use the description of “coordinated universalism”.”⁹⁸

proceedings (Art. 32(3)), request a stay of the process of liquidators of secondary proceedings (Art. 33(1)), request termination of this stay (Art. 33(2)), propose a rescue plan in the context of these secondary proceedings or he may disagree with finalizing liquidation in secondary (Art. 34(2)). He shall furthermore lodge all claims in the secondary proceedings which have been lodged in the main proceeding (Art. 32(2)), he is duty bound to communicate information (Art. 31(1)) and to cooperate (Art. 31(2)). Both latter obligations are duties for liquidators in secondary proceedings too”. WESSELS, Bob. “*EU Insolvency Regulation and Its Impact on European Business*”. **CESifo DICE Report**, v. 4, p. 20. Disponível em: <<https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/96843359F6790D9FE04400144FAFBA7C>>. Acesso em: 19.05.2016.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

6. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE FALÊNCIA TRANSNACIONAL

Os aspectos transnacionais do direito falimentar brasileiro foram previstos pela primeira vez no Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878, em plena época imperial⁹⁹. O Brasil foi precursor no tratamento da matéria, uma vez que, na Itália, por exemplo, começavam ainda os primeiros trabalhos para unificar a falência¹⁰⁰. Cabe sublinhar que as disposições desse decreto eram aplicadas apenas na ausência de tratado ou convenção regulando a execução das sentenças civis ou comerciais (art. 22), portanto sua aplicação era subsidiária e supletiva ao tratado.

O art. 14 do Decreto estipulou que seria exequível no Brasil a sentença estrangeira que declarasse a falência de comerciante domiciliado no país que a proferiu, consagrando, portanto, o critério domiciliar. Essas sentenças eram passíveis de execução no Brasil, desde que observados os requisitos do art. 1º (reciprocidade, revestidas das formalidades externas para sua executividade, segundo a legislação do respectivo Estado, trânsito em julgado, autenticação consular e tradução juramentada) e não incorressem em algum dos impedimentos do art. 2º, como, por exemplo, a violação da soberania brasileira.

O art. 15 estabeleceu que a sentença, após a homologação, produziria os efeitos inerentes à sentença brasileira. A sentença falimentar estrangeira, assim, só produziria efeitos legais a partir da publicação do “cumpra-se” exarado por juiz brasileiro; no entanto havia restrição quanto a certos efeitos em relação às sentenças de falência proferidas no Brasil. O “cumpra-se” tinha efeito declaratório para as diligências conservatórias dos direitos da massa falida e demais atos previstos no art. 16, porém era imprescindível (constitutivo) para atos como a arrecadação de bens situados no Brasil e arrematação de bens do falido.

O art. 16 também previu norma em relação aos síndicos nomeados no exterior. Em seus termos, prescreveu o reconhecimento deles na condição de mandatários, porém exigiu homologação para os atos de execução dos bens do falido, respeitando a regra anteriormente analisada:

99 O referido Decreto tem sua fonte na disposição contida no art. 6º, § 2º, da Lei nº 2.615, de 4 de agosto de 1875. Embora essa Lei dispusesse sobre o processo e julgamento de crimes cometidos no estrangeiro contra o Brasil e os brasileiros, o referido artigo 6º autorizava o Governo a dispor, mediante reciprocidade, em Regulamento a execução das sentenças dos Tribunais estrangeiros.

100 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...*, p. 40-41.

“[m]as todos os actos que importam directamente execução da sentença, como são a arrecadação e arrematação de bens do fallido, não poderão ser praticados, senão depois que a sentença se tornar executoria pelo -cumpra-se [...]”¹⁰¹. Por outro lado, mesmo reconhecendo efeitos à sentença estrangeira, ressaltou, em seus artigos 17 e 18, o caso dos créditos quirografários que já estivessem sendo discutidos em ação ajuizada no país, bem como lides que envolvessem créditos hipotecários.

Mesmo admitindo a execução da sentença falimentar estrangeira no Brasil, o Decreto não afastou a competência do juiz brasileiro para decretar a falência se o comerciante possuísse mais de um estabelecimento e um deles fosse situado em território brasileiro. Nos termos do art. 19: “[a] sentença estrangeira que abrir fallencia a negociante que tenha dous estabelecimentos, um no paiz do seu domicilio e outro distincto e separado no Brazil, não comprehenderá nos seus efeitos o estabelecimento existente no Brazil”. Nessa mesma linha, no art. 20, estipulou que não seriam executadas no país as sentenças estrangeiras que declarassem a falência de comerciantes domiciliados no país.

Com o passar do tempo e a proclamação da República, a matéria passou a ser regulada pelo Decreto nº 917 de 1890, em seus artigos 91 a 106, inseridos no Título IX: “Das Fallencias Declaradas Fóra da Republica”. O novo Decreto ressaltou que a existência de agências e filiais situadas no Brasil, que operassem por conta e responsabilidade do estabelecimento principal situado no país do domicílio comercial, não impediria a homologação da sentença (art. 91).

No art. 95, também previu os poderes dos representantes da massa falida de requererem no Brasil as diligências conservatórias de seus direitos, porém dispensou a obrigação de prestar caução. Excetuou hipóteses em que seria necessário o domicílio no país, como se vê no art. 102: “[a] s concordatas e os modos de prevenir e obstar a declaração da fallencia, homologados por tribunaes estrangeiros, só serão obrigatorios para os credores residentes na Republica [...]”. No geral, o decreto republicano possuía estipulações semelhantes ao imperial, abolindo, contudo, a exigência de reciprocidade. O Decreto trouxe disposição sobre a lei aplicável à falência no art. 101, prescrevendo que a classificação de créditos seria regulada pela lei local.

¹⁰¹ Sempre que se fizer a transcrição de um texto antigo, optou-se por não colocar *sic*. Isso porque a redação da época era bastante diferente da atual, de modo que o texto ficaria demasiadamente poluído pela aposição de vários *sics*, o que certamente prejudicaria a leitura do artigo.

Haroldo Valladão registra que no Congresso Jurídico Americano do IV Centenário do Brasil foi vencedora a tese do Dr. Solidônio Leite, advogando pela admissão dos princípios da unidade e universalidade da falência com restrições¹⁰². O princípio da unidade estabelece que deve existir tão somente um único processo falimentar para administrar e distribuir todos os bens do devedor, ao passo que o da universalidade prevê o alcance mundial desse processo. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência”¹⁰³. Chama-se isso de *vis atractiva* do juízo da falência.

Após 1900, advieram algumas normas que mantiveram os princípios e preceitos anteriores com algumas alterações:

"Perduraram aqueles princípios na Lei 8.509, de 1902, explicitados com algumas alterações na Lei 2.024, de 1908, arts. 161/6, que estabeleceu, ainda, no art. 163, regra de DIP não processual: 'A lei local regulará a classificação dos créditos'. Na reforma da Lei de Falências, Decreto 5.746, de 9-XII-1929, mantiveram-se os preceitos do anterior, aditando uma regra nova e justa, no art. 166, para aqui concorrerem os credores admitidos no processo de falência estrangeira sem prévia homologação desta, e alterando, com razão, o antigo princípio de denegação da falência 'de devedor brasileiro aqui domiciliado' (Lei 2.024, art. 165) para apenas 'de devedor aqui domiciliado' (Dec. 5.746, art. 164) dada a equiparação constitucional de brasileiros e estrangeiros residentes."¹⁰⁴

Em 1939, a matéria foi tratada na seara processual, visto que foi regulada pelo Código de Processo Civil desse ano (Decreto-Lei nº 1.608), prevista na parte referente à homologação de sentença estrangeira, entre os artigos 787 e 789. Em razão disso, a lei falimentar de 1945 (Decreto-Lei nº 7.661) não tratou da temática. O art. 787, *caput*, do CPC/39 dispôs de forma semelhante ao que já fazia o art. 15 do Decreto nº 6.982/1878, prevendo os efeitos inerentes às sentenças de falência brasileiras para

102 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...*, p. 41.

103 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 274.

104 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...*, p. 41.

aquelas proferidas no exterior e homologadas pela justiça brasileira. Nos três incisos do dispositivo, o CPC estabeleceu algumas restrições, como a possibilidade de os administradores requererem medidas conservatórias dos direitos da massa independentemente de homologação e a execução de bens do falido, discutidos em ações ajuizadas por domiciliados no Brasil, desde que ajuizadas antes da data de homologação da sentença declaratória estrangeira.

O art. 788 previu o clássico óbice de se conferir efeitos à sentença estrangeira que declarar a falência em relação ao estabelecimento situado no Brasil. Já o art. 789 dispôs que as concordatas homologadas por tribunais do exterior estavam igualmente sujeitas à homologação da justiça brasileira e só podiam surtir efeito se os credores residentes no Brasil fossem devidamente citados. Para Haroldo Valladão, o CPC omitiu pontos relevantes, desarticulando e prejudicando a matéria como um todo¹⁰⁵.

As críticas mais duras do autor são voltadas para o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), que simplesmente não tratou do tema, relegando-o para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶:

"O desprezo pela matéria, e pela sua sistemática e classificação, chegou ao máximo com o novo Cód. de Proc. Civil, de 1973, que a *suprimiu do Código*, relegando-a para o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual a mesma não cuidou nem podia cuidar! E a matéria da falência no DIP, disciplinada secularmente, desde o Dec. de 1878, ficou, assim, não legislada (!) pela primeira vez na história do direito pátrio, e com a máxima probabilidade, na história do direito mundial."¹⁰⁷

Antes do CPC de 1973, adveio a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42- LICC)¹⁰⁸, que também não previu estipulações específicas para a falência transnacional, haja vista que o CPC de 1939 havia entrado em vigor apenas três anos antes. De fato, a LICC (atual LINDB) trouxe regras gerais para a homologação de sentenças estrangeiras que poderiam ser usadas para a insolvência, como, *v.g.*, os óbices da soberania nacional, ordem pública e bons costumes previstos no art. 17, porém

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Art. 483 do CPC/73: "A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal". Parágrafo único: "A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

¹⁰⁷ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...**, p. 41.

¹⁰⁸ Originalmente, denominada Lei de Introdução ao Código Civil. A alteração do nome se deu pela Lei nº 12.376 de 2010.

eles não seriam suficientes para lidar com as complexas questões trazidas pela matéria.

Houve, ainda, o Decreto-Lei nº 7.661/45, diploma regulador do direito falimentar no Brasil da época, que, pelo mesmo motivo, também não regulamentou a insolvência transnacional. O único dispositivo nele ventilado que serviria de auxílio nessa matéria era o art. 7º, *caput*, que dizia ser competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tivesse seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil. Em 2005, substituindo o Decreto-Lei nº 7.661/45, adveio Lei nº 11.101. A nova lei igualmente não trouxe disposições acerca da insolvência transnacional e reproduziu, em seu art. 3º, *caput*, o teor do antigo art. 7º, *in verbis*: “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Vê-se a adoção da fórmula do principal estabelecimento, que não necessariamente seria a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, isto é, aquela mencionada no ato constitutivo, nem o maior estabelecimento físico ou administrativo que possui. Principal estabelecimento, como bem salienta Fabio Ulhoa Coelho, “é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante *do ponto de vista econômico*”¹⁰⁹. Evidentemente, poderá coincidir com a sede estatutária ou o maior estabelecimento empresário. A *raison d'être* dessa norma é o fato de que o juiz do local do principal estabelecimento está geralmente mais próximo dos bens, da contabilidade e dos credores da massa falida, facilitando a condução do processo falimentar.

O dispositivo em comento também pode ser utilizado para regular caso de insolvência transnacional. Por ele, entende-se, por exemplo, que o juízo brasileiro seria competente para julgar os processos em que estivessem presentes as filiais sediadas no Brasil, verificando-se em qual delas há maior concentração do volume de negócios. Filial ou “casa filial”, como estava previsto no Decreto-Lei de 1945, é um estabelecimento autônomo, detentor de registro no CNPJ e administração próprios, com vínculos econômicos com a matriz, compondo, assim, uma única pessoa jurídica.

A presença de norma sobre o juízo falimentar e recuperacional é insuficiente para regular situações envolvendo subsidiárias estrangeiras,

109 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 273.

falência e recuperação judicial de grupos societários (situação ocorrida no caso OGX), reconhecimento de processos secundários de insolvência e muitas outras complexidades da matéria. A insuficiência se justifica, pois o dispositivo foi elaborado, a princípio, para reger a organização judiciária interna da falência e recuperação. A sua aplicação para os aspectos transfronteiriços decorre em razão da ausência de norma brasileira que regule o tema atualmente. Sustenta Paulo Campana Filho que uma interpretação ampla poderia ser utilizada, permitindo a aplicação do dispositivo aos casos que envolvam grupos societários multinacionais:

"O conjunto de normas mais adequado para tratar do assunto seria o que permitisse que os grupos cujo centro de interesses principais (ou principal estabelecimento, para se usar a terminologia jurídica da lei falimentar) se encontrasse em território brasileiro pudesse ajuizar um processo de recuperação conjunto perante um juiz nacional. Essa solução poderia decorrer da adequação de uma interpretação ampla dos dispositivos da Lei 11.101 de 2005, sem uma necessária reforma legislativa: bastaria se considerar que o estabelecimento principal do grupo corresponde ao estabelecimento principal da sociedade-mãe brasileira".¹¹⁰

Além do art. 3º da Lei nº 11.101/05, outros artigos foram previstos para regular a competência interna da insolvência. No Decreto-Lei nº 7.661/45, o art. 156 atribuía a mesma competência (principal estabelecimento) para a concessão da concordata preventiva, ao passo que o art. 7º possuía três parágrafos, que previam hipóteses de exceção à norma do *caput*. Neles, estipulou-se que a falência do comerciante ambulante e do empresário de espetáculos públicos seria declarada pelo juiz do lugar onde se encontrassem, sendo o juízo falimentar indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, salvo naquelas ações em que a massa falida fosse autora ou litisconsorte.

O art. 156 não precisou ser reproduzido na Lei nº 11.101/05, visto que o art. 3º, *caput*, incluiu o instituto da recuperação judicial em substituição à concordata preventiva. Por outro lado, as exceções dos parágrafos do art. 7º foram aproveitadas em parte e reformuladas, passando a constar no art. 76 da nova lei.

110 CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 161.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

"A atratividade do juízo falimentar não se verifica relativamente às ações não reguladas pela Lei de Falência de que seja autora ou litisconsorte ativa a massa falida, às que demandam quantia ilíquida ou às execuções fiscais. Também não ocorre a atração prevista em lei se a competência jurisdicional é ditada pela Constituição (Justiça do Trabalho e Justiça Federal)." ¹¹¹

Além desses diplomas, em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). A novel lei revitalizou¹¹² a matéria de competência internacional, passando a tratá-la entre os arts. 21 a 25. Porém, tal como no Código anterior, não previu nenhuma hipótese específica para a insolvência transnacional. Por outro lado, ponto positivo do CPC é que veio em consonância com o hodierno intento cooperativo entre as nações. Nesse contexto, tratou da cooperação internacional nos artigos 26 e 27. Semelhantemente à observação feita para LINDB, ressalta-se que essas disposições gerais poderão ser utilizadas para facilitar o manuseio de processos de insolvência transnacional, cabendo breves comentários sobre elas.

No art. 26, o CPC prevê a base principiológica da cooperação internacional, bem como estipula que sua regência será em conformidade com os tratados de que o Brasil faça parte. Adiante, o art. 27 cuida do objeto da cooperação internacional, tal como homologação de sentenças estrangeiras e colheitas de provas e informações em lides transnacionais. O diploma trata, ainda, do auxílio direto (arts. 28 a 34), ao passo que o art. 36 dispõe sobre a carta rogatória¹¹³. O novel código buscou privilegiar o auxílio direto, em razão da celeridade e eficácia desse instrumento. Como exemplo desse intuito, cite-se o veto ao art. 35. Veja-se, inicialmente, redação original do dispositivo:

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p. 276.

¹¹² Uma das principais inovações no tratamento da matéria foi a inclusão de permissivo legal para a eleição de foro no art. 25: "Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação".

¹¹³ Sobre a diferença entre ambos os instrumentos, veja-se lição de Carmen Tiburcio: "Por meio de auxílio direto, permite-se que autoridade estrangeira solicite a realização de diligências no país, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias. A principal diferença entre os institutos é o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido. Enquanto cartas rogatórias têm como fundamento decisão de autoridade estrangeira proferida de acordo com suas próprias leis, o pedido de auxílio direto não se fundamenta em uma decisão prévia, havendo a necessidade de que autoridade brasileira competente, judicial ou não, decida, de acordo com as leis brasileiras, sobre a viabilidade da diligência. Ou seja, as comissões rogatórias se submetem tão somente ao juízo de deliberação da decisão estrangeira, diversamente, o auxílio direto tem como requisito decisão de autoridade nacional que, à luz do direito brasileiro, determinará a possibilidade do pedido." (TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 551).

“Art. 35. Dar-se-á por meio de carta rogatória o pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, *obtenção de informações* e cumprimento de decisão interlocutória, sempre que o ato estrangeiro constituir decisão a ser executada no Brasil.”

A razão para o veto seria que “o dispositivo impõe que determinados atos sejam praticados exclusivamente por meio de carta rogatória, o que afetaria a celeridade e efetividade da cooperação jurídica internacional que, nesses casos, poderia ser processada pela via do auxílio direto”¹¹⁴. Há uma real preocupação com a eficácia do fenômeno da cooperação, que tradicionalmente não era alvo de atenção pelo Brasil¹¹⁵.

O legislador nacional, contudo, optou por fazer expressa defesa dos interesses mais vitais do país ao prever no art. 39 que “[o] pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública”. A homologação de decisão estrangeira e a concessão de *exequatur* são tratadas a partir do art. 960, isto é, fora do capítulo de cooperação internacional, inobstante estejam previstas em algumas previsões espaciais.

Por fim, cabe citar neste tópico o Código Bustamante, posto que seja norma convencional, trouxe algumas disposições sobre insolvência transnacional em seu bojo, às quais, em tese, pode se socorrer o juiz brasileiro em eventual ausência normativa. Em 1889, delegados dos países americanos se reuniram em Washington para dar início às Conferências Pan-Americanas, que resultaram na aprovação, em 1928, do Código de Direito Internacional Privado, projetado pelo jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven. O documento foi ratificado por vários países latino-americanos, como, *v.g.*, Bolívia, Costa Rica, Nicarágua, Panamá, Peru, entre outros. O Brasil também o ratificou, internalizando-o através do Decreto nº 18.871, de 1929.

O princípio da unidade foi adotado no art. 414 ao estipular que, no caso de devedor que tenha apenas um domicílio civil ou comercial, não pode haver mais que um juízo falimentar para todos os bens e obrigações

114 Para leitura da mensagem de veto integral, consulte <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em 21.03.16.

115 TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional*... p. 522.

no âmbito dos países signatários. Porém, no art. 415, o Código prescreveu que pode haver tantos juízos quanto o número de estabelecimentos mercantis economicamente separados. A competência do juízo foi estabelecida no art. 328: “Nos concursos de credores e no de fallencia, quando fôr voluntaria a confissão desse estado pelo devedor, será juiz competente o do seu domicilio”. Já se a ação for ajuizada pelo credor, seria competente o de “qualquer dos lugares que conheça da reclamação que as motiva, preferindo-se, caso esteja entre elles, o do domicilio, ou, na falta deste, a residênciã”.

Em relação ao princípio da universalidade, estipulou o art. 416 que a declaração do estado de insolvência do credor possuirá efeitos extraterritoriais mediante o cumprimento prévio das formalidades de registro ou publicação, que sejam exigidas por cada Estado contratante. Deveria, ademais, respeitar o procedimento homologatório de sentenças estrangeiras, conforme leciona Haroldo Valladão:

"E se o Código concede efeitos extraterritoriais à incapacidade do falido, mediante simples registro, art. 416, para o reconhecimento da falência exige que a sentença seja homologada no outro Estado, arts. 417/435, salvo efeitos da coisa julgada. Admite a ressalva, para o juízo da situação, das ações reais e privilégios reais, art. 420." ¹¹⁶

O art. 418, contudo, ressalva que os síndicos nomeados em um Estado contratante podem exercer suas funções sem qualquer procedimento local de reconhecimento. Em relação às concordatas, destaca Haroldo Valladão que seu regime internacional foi o mesmo das falências, possuindo, portanto, efeitos extraterritoriais¹¹⁷. Também possuiriam tais efeitos a reabilitação do falido, nos termos da decisão judicial que a proferiu, após seu trânsito em julgado (art. 422).

Em razão dessas normas, Paulo Campana Filho entende que o código adotou um sistema universalista atenuado:

"[A]s normas do Código Bustamante pendem para o universalismo mais do que as normas brasileiras que lhes eram contemporâneas – e mais do que outros tratados internacionais latino-

¹¹⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa...*, p. 40.

¹¹⁷ Idem, p. 47.

-americanos a respeito do assunto. Entretanto, como apontou Miranda Valverde, o código ainda tem raízes territorialistas muito fortes em virtude da norma que permite a abertura de uma pluralidade de processos de insolvência na hipótese de o devedor manter estabelecimentos economicamente separados em mais de um país signatário. Por essa razão, diz-se que o Código Bustamante adotou uma forma atenuada de universalismo. A possibilidade de existência de diversos processos falimentares autônomos para cada estabelecimento do devedor é, aliás, a principal diferença do Código Bustamante para os textos de convenção que, na época, se discutiam na Europa."¹¹⁸

Por mais que o Código tenha sido ratificado por muitos países latino-americanos, algumas economias de peso na época, como a Argentina, não o fizeram. Além disso, os próprios Estados Unidos da América, economia de ponta, não retificaram o instrumento. Assim, considerando que os principais fluxos de investimento ocorriam entre países que não eram abrangidos pelas disposições do Código Bustamante, o diploma restou praticamente inutilizado:

"Although Brazil has ratified the Bustamante Code, whose purpose is to govern automatic recognition and enforcement of bankruptcy procedures, the convention is restricted to signatory states (Latin America countries), excluding the most important Brazilian investor partners such as the United States and European Union (EU) countries. Furthermore, the code has not addressed cooperation and assistance procedures in cases of parallel proceedings in various jurisdictions. Hence, the application of the Bustamante Code has been almost nonexistent because the main flow of investment is from or is legally connected with other jurisdiction, rather than investors being located in the signatory states of the code".¹¹⁹

Inobstante a situação apresentada, Jacob Dolinger acentua o papel do Código como importante fonte doutrinária:

¹¹⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 161.

¹¹⁹ LOCATELLI, Fernando. "International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of Its Benefits on International Trade)". *Law and Business Review of the Americas*, v. 14. Disponível em: <<http://works.bepress.com/fernandolocatelli/1/>>. Acesso em 21.03.2016, p. 339.

"Observe-se, contudo, que, mesmo admitindo a teoria de que o Código Bustamante não se aplica a questões que envolvam nacionais ou domiciliados em países que não o ratificaram, isso significa que não há aplicação cogente, mas o Código poderá sempre ser invocado como fonte doutrinária, como vimos acima, ao tratarmos das convenções não ratificadas que são aceitas como fonte do Direito Internacional Privado. A Convenção não ratificada é seguramente tão importante quanto o trabalho de um jurista isolado em seu gabinete. Esse foi o entendimento de Eduardo Espíndola no sentido de que em relação aos outros Estados o Código deveria ser aplicado como fonte doutrinária."¹²⁰

Percebe-se que, embora o legislador brasileiro tenha sido precursor ao tratar da falência no Direito Internacional Privado, por intermédio do Decreto nº 6.982/1878, o país quedou-se inerte em atualizar a matéria e passou a deter um quadro de profunda escassez normativa, especialmente para tratar dos casos que envolvam grupos societários multinacionais. Em relação ao Código Bustamante, inobstante ainda esteja em vigor, sua aplicabilidade vem sendo duramente questionada. Além disso, o diploma data do início do século XX e, mesmo aplicado, não possuiria disposições adequadas para regular com eficiência os complexos assuntos em uma insolvência transnacional.

7. O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OGX

Como se viu, a ausência de regras específicas sobre insolvência transnacional no ordenamento brasileiro gera forte insegurança jurídica às partes envolvidas. Ilustra-se tal situação com análise do caso OGX, que tratou da questão recuperacional nos grupos societários, tendo que lidar com a complexa questão de subsidiárias autônomas situadas no exterior.

Em razão de situação financeira desfavorável, a OGX Petróleo e Gás Participações S/A, com sede no Rio de Janeiro, e suas controladas requereram recuperação judicial. O feito foi distribuído em 30.10.2013 para a 4ª Vara Empresarial. Dentre as controladas, havia duas sociedades estrangeiras: OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH. Em 21.11.2013, ad-

¹²⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado...*, p. 231.

veio decisão de processamento, admitindo a recuperação judicial apenas das sociedades brasileiras.

Na fundamentação, o magistrado reconheceu que era fato econômico inquestionável o vínculo entre as sociedades estrangeiras e as nacionais, porém isso não constituía por si só elemento jurídico necessário para admissão da recuperação judicial das primeiras. Isso porque as sociedades estrangeiras poderiam se beneficiar da blindagem legal inerente ao processamento da recuperação, sem, contudo, ser possível a decretação da falência, caso descumprissem o plano de recuperação. Ademais, os credores poderiam ficar sujeitos a condições de pagamento de outro país, com legislação diversa daquele em cujo território as obrigações foram contraídas.

O magistrado destacou que o direito nacional não pode ser aplicado nem estender sua proteção a sociedades de outras nacionalidades, sob pena de afronta à soberania dos outros Estados. Asseverou ainda que as sociedades estrangeiras eram dotadas de personalidade jurídica própria, o que impedia que fossem tratadas como meros ativos das sociedades brasileiras. Nesse ponto, acentuou que não se deve confundir harmonização de processos falimentares de sociedades que possuem ativos localizados em diferentes jurisdições, nos moldes do *Chapter 15* norte-americano, com julgamento de uma recuperação judicial de sociedades estrangeiras sem que haja previsão legal nesse sentido.

O juiz acentuou ser cabível o ajuizamento do pedido de *Chapter 15* na Corte Distrital de Nova Iorque após o deferimento de processamento da recuperação das sociedades brasileiras, uma vez que constituía foro de eleição dos negócios jurídicos pactuados com os credores das sociedades estrangeiras. Ato contínuo, analisou os efeitos desse pedido e a importância de cooperação entre as Cortes, *in verbis*:

"Esse pedido de Chapter 15 do Bankruptcy Code terá por objetivo conferir efeitos ao plano de recuperação em território norte-americano, o que provavelmente ensejará sua admissão e reconhecimento da ação proposta neste Juízo como principal processo de insolvência para fins da lei norte-americana e concessão de assistência e cooperação da corte norte-americana ao Juízo da Recuperação Judicial. Essa é a integração de legislação, harmonização de cooperação e res-

peito da soberania que se pode pretender para salvaguardar a recuperação judicial das empresas OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A. e o interesse na solução do adimplemento dos credores que investiram seu capital nas empresas OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH, com a concessão eventual de suspensão de ações e execuções para a proteção temporária dos ativos nos Estados Unidos, tudo com o fim precípua de criar um ambiente propício aos investimentos para implementar a produção de petróleo e gás das empresas em epígrafe. Com efeito, os sistemas recuperacionais mundiais utilizam modelos que estendem à autoridade de uma decisão havida num país, a tantos outros, objetivando garantir eficácia aos projetos de reorganização empresarial que, repita-se, encontram empresas espalhadas por todo o mundo. Na hipótese, as empresas OGX Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A. abrangem um nicho de mercado com pesados investimentos de credores internacionais, centenas de empregos, fornecedores de produtos e prestadores de serviços que desempenham importante função na economia que são de enorme relevância para a sociedade." ¹²¹

Irresignadas com a decisão, as sociedades em questão interpuseram Agravo de Instrumento. Em decisão monocrática, o desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho destacou que as sociedades estrangeiras não possuíam qualquer ativo físico ou filial, agência ou sucursal em solo brasileiro, bem como designaram para local de cumprimento das obrigações pactuadas e assumidas a cidade de Nova Iorque. Reconheceu, ademais, a personalidade própria e autonomia patrimonial dessas sociedades. Em razão disso, negou provimento ao recurso.

No entanto, uma terceira sociedade interessada, Acciona Infraestrutura S/A, interpôs distinto agravo de instrumento nos autos de outro pedido de recuperação judicial, formulado por outras sociedades do grupo econômico em questão e distribuído por dependência. O agravo de instrumento, no entanto, foi livremente distribuído para outra câmara cível, que preferiu despacho inaugural anteriormente à decisão mono-

121 RIO DE JANEIRO. Processo nº. 0377620-56.2013.8.19.0001, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 4ª Vara Empresarial, decisão proferida pelo juiz Gilberto Clovis Farias Matos em 21.11.2013.

crática acima analisada. Desse modo, aquela câmara ficou preventa, nos termos do art. 106 do CPC/73, o que levou ao cancelamento da decisão acima analisada e submeteu os autos a novo julgamento.

Ato contínuo, a Décima Quarta Câmara Cível deferiu o efeito suspensivo ativo ao recurso. No julgamento de mérito, o relator destacou que o caso deve ser analisado a partir da premissa de preservação das sociedades, que constituíam o mais extenso grupo econômico brasileiro voltado à exploração de petróleo e gás, com impactos no desenvolvimento econômico e social do Brasil, gerando inúmeros empregos. Reconheceu, ademais, que as sociedades estrangeiras excluídas na decisão de primeira instância operam apenas em função da controladora brasileira, servindo tão somente de veículo para emissão de títulos de dívidas e recebimentos de receitas no exterior, colimando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás no Brasil. Desse modo, as sociedades atuam em prol de uma única empresa.

Portanto, o relator entendeu ser cabível albergar os credores nacionais e estrangeiros em um plano comum de recuperação no Brasil, evitando-se eventual constrição de ativos no exterior e a impossibilidade de realização de operações no âmbito internacional, o que frustraria o soerguimento das sociedades. Destacou, ainda, o uso da equidade quando a lei for omissa, a fim de adequar o direito às necessidades da realidade concreta, mediante uma solução dinâmica e atual à controvérsia. No entanto, sugeriu que a legislação de insolvência brasileira fosse reformada para tratar da insolvência transnacional.

Em razão do exposto, a Décima Quarta Câmara Cível, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento e revogou a decisão interlocutória de primeira instância. O Ministério Público¹²² interpôs recurso em conjunto com terceira parte irrisignada (G-Comex Armazéns Gerais Ltda). O feito foi encaminhado para o STJ e encontra-se concluso ao Ministro Raul Araújo. Resta tão somente aguardar eventual posicionamento meritório da Corte responsável por resguardar as normas infraconstitucionais, seara em que está regido o tema ora analisado.

122 Saliente-se que esse órgão veio se posicionando a favor do territorialismo desde a primeira instância. Na visão da Procuradoria de Justiça, "o fato de a lei brasileira estar defasada e não acompanhar os avanços da globalização não poderia servir como justificativa para a sua não aplicação. Assim, conforme a interpretação conferida pela Procuradoria ao art. 3º da Lei 11.101 de 2005, o juiz brasileiro teria jurisdição sobre as sociedades estrangeiras somente se elas tivessem filial ou estabelecimento no Brasil – o que não era, contudo, o caso das OGX austríacas". (CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil". *Revista Comercialista*, p. 28-31. São Paulo: 17 de maio de 2015, p. 30)

8. CONCLUSÃO

O Brasil atualmente enfrenta profundo quadro de escassez normativa para lidar com situações de insolvência transnacional, especialmente em relação aos grupos societários multinacionais. Neste trabalho foram apresentados e examinados os sistemas de insolvência transnacional mais influentes nos debates acadêmicos sobre a matéria. Percebeu-se o intuito de cada teórico em selecionar os louros do sistema que defende, descartando-se os defeitos e atentando-se às reais demandas e resistências dos Estados soberanos. A eficiência de cada sistema adotado pelo ordenamento de cada Estado está associada à fixação de prioridades sobre os interesses a serem perseguidos nos processos de insolvência transnacional, tais como a satisfação dos credores, proteção do devedor ou preservação dos empregos. Se a escolha por um determinado sistema de insolvência se mostra difícil, em razão da complexidade das questões envolvidas, certo é que o direito brasileiro não pode mais permanecer alheio e inerte ao tema.

Prova do afirmado supra é o processo de recuperação judicial da OGX. Nele, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez prevalecer um entendimento em prol da análise econômica do direito, com fulcro no clássico princípio da preservação/soerguimento da atividade empresária (art. 47 da Lei nº 11.101/05), em detrimento de uma análise mais técnica dos insuficientes dispositivos que versam sobre a matéria, tendo desconsiderado a autonomia das subsidiárias estrangeiras em relação à sociedade-mãe brasileira.

A decisão não merece críticas nem elogios. Não se pode criticá-la, afinal buscou alinhar o país a um entendimento mais atualizado sobre a matéria, porém, por outro lado, realizou tal intento sem uma base normativa positivada para tanto, gerando afronta aos requisitos técnicos do direito, bem como insegurança jurídica para partes que venham a se deparar com situações semelhantes no futuro. A doutrina especializada aponta que a solução correta seria o adequado trâmite legislativo no Congresso Nacional de diploma legal que adotasse o sistema do universalismo modificado¹²³.

123 "A nossa conclusão foi de que o Brasil deveria adotar um sistema jurídico baseado no modelo do universalismo modificado, com a adaptação das disposições da lei modelo da UNCITRAL, quando passíveis de aplicação, para tratar da recuperação dos grupos multinacionais. As disposições seriam flexíveis o suficiente para admitir que a reestruturação dos grupos pudesse ser conseguida tanto por meio de um único processo, de abrangência extraterritorial, como por uma diversidade de processos concorrentes e coordenados entre si. Dessa forma, defendemos que o sistema brasileiro deveria permitir a abertura de processos de recuperação de todo o grupo, desde que o seu respectivo

O objetivo do presente estudo é o de servir como centelha para futuros debates acadêmicos aprofundados sobre a temática, incentivando e promovendo a atualização do direito falimentar brasileiro. Só assim o país conseguirá por fim às inseguranças jurídicas que pairam sobre ele, posicionando-se novamente à altura das exigências do hodierno mercado globalizado. Não custa recordar que o país, outrora, já fora destaque em matéria de insolvência transnacional. ❖

9. REFERÊNCIAS

BUFFORD, Samuel L. **Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki**. *Penn State Law eLibrary*. Disponível em: <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1162&context=fac_works>. Acesso em 04.05.2016.

BURMAN, Harold S. **Harmonization of International Bankruptcy Law: A United States Perspective**. *Fordham Law Review*, v. 64, Issue 6, Article 4, 1996. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3278&context=flr>>. Acesso em 03.05.2016.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Derecho Internacional Privado**. 2 ed. nº 1887, 1934.

_____. **Manual de Derecho Internacional Privado**. No. 263, 1939.

_____. **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Tomo I: Nociones Preliminares. Historia del Derecho Positivo. Historia del Derecho Científico. Habana: Imprenta y Papeleria "La Universal" de Ruiz y Mermano, 1896. Disponível em: <<https://archive.org/stream/tratadodederech00sirvgooq#page/n9/mode/2up>>. Acesso em 03.05.2016.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado" – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

_____. **O caso OGX e a questão do ajuizamento de recuperação judicial de sociedades estrangeiras no Brasil**. *Revista Comercialista*, p. 28-31. São Paulo: 17 de maio de 2015.

centro de interesses principais se encontrasse em território nacional. As sociedades agrupadas deveriam ser tratadas como entidades dotadas de patrimônios autônomos, exceto nos casos em que houvesse a desconsideração de suas personalidades jurídicas". CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. "A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais...", p. 210.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime de Insolvência Empresarial**. 4ª ed. rev. e atualiz. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado: parte geral**. 11. ed. rev., atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FLETCHER, Ian F. **Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions**. *The Aberystwyth Papers, vol. 12 of United Kingdom Comparative Law Series*. UK National Committee of Comparative Law: 1900.

_____. **Insolvency in Private International Law: National and International Approaches**. *Oxford Private International Law Series*. 2 ed. 2005.

GALEN, Robert Van. "The European Insolvency Regulation and Groups of Companies." Manuscrito não publicado. Disponível em: <http://www.iiiglobal.org/country/european_union.html>.

GARRIDO, José M. **No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies**. *Texas International Law Journal*, V. 46, 459, 2011.

GUZMAN, Andrew T. **International Bankruptcy: In Defense of Universalism**. *Berkeley Law Scholarship Repository*. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=facpub>>. Acesso em 16.05.2016.

JACKSON, Thomas H. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law: Implications of Collective Action and Discharge Policies**. *Discussion Paper nº. 16, 12/85*, Harvard Law School, 1986. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Jackson_16.pdf>. Acesso em 03.05.2016.

JITTA, D. Josephus. **La Codification du Droit International de la Failite**. Le Haye : Belefante Frères, 1895.

KIPNIS, Alexander M. **Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency**. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 36, 156 (2006). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=913844>>. Acesso em 13.03.2016.

LACERDA, Jozé Candido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Jorge. **Comentário ao artigo 47**. In: TOLEDO, Paulo Fernando F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord). **Comentários à lei de recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

LOCATELLI, Fernando. **International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of Its Benefits on International Trade)**. *Law and Business Review of the Americas*, v. 14. Disponível em: <<http://works.bepress.com/fernandolocatelli/1/>>. Acesso em 21.03.2016.

LOPUCKI, Lynn M., **Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach**. *Cornell Law Review*, v. 84, 696, 701 (1999). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=132408>>. Acesso em 14.03.2016.

_____. **Global and Out of Control?**. *American Bankruptcy Law Journal*. V. 79 (Junho, 2005). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693601>. Acesso em 16.05.2016.

_____. **Universalism Unravels**. *American Bankruptcy Law Journal*, junho de 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732123>. Acesso em 17.05.2016.

MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. (2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1539391>>. Acesso em 17.05.2016.

NADELMANN, Kurt. H. **Foreign and Domestic Creditors in Bankruptcy Proceedings. Remnants of Discrimination?** April, 1943. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9314&context=penn_law_review>. Acesso em 02.05.2016.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema de Direito Romano Atual**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

TIBURCIO, Carmen. **Efeitos extraterritoriais da falência**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. V. 16, ano 2013, n. 62.

TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TUNG, Frederick. **Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations.** *UC Berkeley Law and Economics Working Paper* nº 2001-7, abril de 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=267437>>. Acesso em 14.03.2016.

RASMUSSEN, Robert K. **A New Approach to Transnational Insolvencies.** 19 *Michigan Journal of International Law*, v. 19:1, 1997-1998. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mjil19&div=8&id=&page=>>. Acesso em 16.05.2016.

_____. **Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy.** 71 *Texas Law Review*, 71:51, 1992-1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr71&div=9&id=&page=>>. Acesso em 16.05.2016.

_____. **Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering.** *Michigan Law Review*, v. 98 (2000). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256473>. Acesso em 16.05.2016.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos.** V. III, *Parte especial (fim)*; Conflitos de leis comerciais, cambiais, falimentares, marítimas, aeroespaciais, industriais, trabalhistas, processuais, penais, administrativas, fiscais e eclesiásticas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

WESSELS, Bob. **EU Insolvency Regulation and Its Impact on European Business.** *CESifo DICE Report*, v. 4. Disponível em: <<https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/96843359F6790D9FE04400144FAFB A7C>>. Acesso em 19.05.2016.

WESSELS; Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. **International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters A Joint Research Project of American College of Bankruptcy and International Insolvency Institute.** New York: Oxford University Press, 2009.

WESTBROOK, Jay Lawrence. **A Global Solution to Multinational Default.** *Michigan Law Review*, v. 98, junho de 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259960>. Acesso em 17.03.2016.

_____. **Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies.** *Brooklyn Journal of International Law*, v. 17. Disponível em: <<http://heinonline.org/>

[HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bjil17&div=30&id=&page=>](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bjil17&div=30&id=&page=).
Acesso em 16.05.2016.

_____. **Theory and Pragmatism In Global Insovencies: Choice Of Law And Choice Of Forum.** *65 Am. Bankr. L.J.* 457, 1991. Disponível em: [<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ambank65&div=27&id=&page=>](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ambank65&div=27&id=&page=). Acesso em 03.05.2016.

_____. **Universal Priorities.** *Texas International Law Journal*, v. 33, 1998.

As Disputas Marítimas e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

Fernando Cesar Ferreira Viana

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro.

Pós-graduado em Direito Marítimo e Portuário.

1- INTRODUÇÃO

A intensificação dos conflitos sociais passou a exigir uma atuação mais eficiente do Estado em busca de métodos alternativos de solução das controvérsias. Nesse passo, a criação de uma Política Nacional de Incentivo à conciliação e mediação, além da reforma legislativa, que instituíram as leis da mediação e arbitragem, surgem como pilares da remodelação do acesso à verdadeira justiça.

No âmbito global, o projeto de Florença, dos professores Bryan Garth e Mauro Cappelletti, revela a eficiência da mediação e conciliação em diversas jurisdições internacionais.

Há muito o Judiciário não detém mais a exclusividade no papel de solucionador de conflitos, mas, infelizmente, a sociedade ainda convive com a cultura da sentença. Há um longo caminho a percorrer até a percepção geral de que a autocomposição é a melhor forma de solucionar os conflitos sociais.

As patologias do Judiciário são bastante conhecidas e se refletem na insuportável taxa de congestionamento que assola as Cortes pátrias.

Todavia, a crise do Judiciário enseja remediação específica, que não se constitui, necessariamente, na implementação dos meios alternativos de solução de conflitos. Com efeito, é importante destacar que os meios alternativos não surgem como solução ao problema do Poder Judiciário,

uma vez que independem de qualquer ineficiência estatal para se estabelecer. Os meios alternativos são naturais métodos de cuidar, da forma mais adequada, dos conflitos sociais. O fenômeno da *alternative dispute resolution* não tem o escopo de desemperrar a máquina judiciária.

É preciso dar atenção à causa da controvérsia e não apenas aos procedimentos para solucioná-los. Essa mudança de paradigma passa pela necessidade de se conhecer mais a fundo a teoria do conflito, antes mesmo de se debruçar sobre a forma de sua resolução.

Neste contexto, o Judiciário tem um relevante papel, de natureza até mesmo pedagógica. Isso porque a mudança de filosofia deve começar pelo Estado-Juiz quando fomenta a institucionalização dos meios alternativos, possibilitando que a sociedade – que foi educada a bater às portas dos Tribunais sempre que houvesse resistência ao exercício de um direito – conheça e se prepare para decidir sobre a melhor forma de se autocompor. Ademais, a responsabilidade social é um dos objetivos estratégicos de um Judiciário eficiente.

Os meios alternativos devem ter um espaço institucional autônomo, com regras bem definidas, para que não se reduzam a uma “justiça secundária”, ou mesmo a uma “forma de composição mecanizada e em série”. Somente assim a sociedade fará, livremente, sua escolha em relação ao meio alternativo que melhor atenta suas expectativas compositivas.

2- OS PRINCIPAIS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A conciliação, a mediação e a arbitragem são os principais mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

A conciliação funda-se no consenso das partes, que permitem que um terceiro, o conciliador, conduza-os a um acordo, mediante sugestão de propostas e soluções para o fim do conflito.

A mediação é um método de autocomposição assistida, com auxílio de um profissional capacitado para facilitar a realização de um acordo. É um mecanismo extremamente diferenciado, visto que busca, de forma adequada, uma solução adequada, sem envolvimento do Poder Estatal. A partir de uma negociação sem perspectiva de obtenção de um resultado positivo, a controvérsia é impactada por uma mediação confidencial e profícua, permeada em ambiente próprio, fora do contexto processual. E talvez uma das razões mais emblemáticas para se adotar a mediação como método de solução de conflito é o fato de as partes permanecerem

no controle sobre as decisões. Neste método, o contratante não entrega o domínio da disputa a terceiro, e mantém-se firme na sua escolha de autocompor o conflito com utilização de instrumentos facilitadores.

Já a arbitragem constitui-se em um procedimento litigioso privado, no qual as partes, voluntariamente, elegem um profissional independente e especializado para decidir o conflito de interesses. No contexto global, a arbitragem parece destinada a tornar-se a jurisdição do comércio internacional. A Convenção de Nova York é um dos instrumentos fundamentais na normatização da arbitragem, visto que a maioria dos países integrantes da ordem econômica mundial são seus signatários. No âmbito dos contratos internacionais de comércio, destacam-se a Internacional Chamber of Commerce (ICC) e a Comercial Mediation Rules da American Arbitration Association (AAA).

3- AS PECULIADADES DO DIREITO MARÍTIMO

O direito marítimo, inserido no direito da navegação, é um ramo autônomo do direito. É diferenciado dentro das ciências jurídicas, pois funda-se na universalidade, especialidade e autonomia. Por isso, não surpreende o fato deste ramo do direito abarcar contratos regidos por regras próprias, tradicionais e universais, muitas das quais ainda não foram internalizadas pelo ordenamento jurídico.

Quando se estuda os métodos alternativos de solução de conflitos marítimos, há que se considerar que se uma disputa marítima for levada ao Judiciário, não há garantia de que o Estado apresente uma solução protetiva nos moldes do que foi acordado entre as partes, ou mesmo que se alcance os interesses negociais dos contratantes.

Como exemplo de que a especificidade do direito marítimo enseja maiores cautelas na aplicação do direito positivado, vemos que a doutrina maritimista considera que a referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória vale como uma convenção de arbitragem, desde que esse contrato tenha a forma escrita e a referência seja feita de modo que a cláusula passe a fazer parte do contrato - sem olvidar que, no direito marítimo, entende-se por forma escrita qualquer tipo de documento ou meio que prove sua existência¹. Ainda como exemplo, no contexto de uma multiplicidade de empresas inter-relacionadas - comum na indústria marítima - uma empresa coligada pode ser vinculada

1 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. "Arbitragem Maritima". *Revista Jurídica Consulex*. Ano XII, n. 277.

por uma cláusula de arbitragem que não assinou se ela exerceu controle sobre a subsidiária.

O campo do direito marítimo é vasto, notadamente porque nosso país conta com inesgotáveis recursos naturais, e uma costa oceânica extensa e de boa navegabilidade, com excelentes condições de exportação e importação, o que nos impele redimensionar a importância das atividades marítimas e portuárias, como instrumento fundamental para o incremento econômico.

As peculiaridades do direito marítimo se verificam também a partir do enfoque da relevância da exploração de seus recursos próprios, aliada ao recrudescimento de uma política de redirecionamento de custos, de onde surgem temas relacionados à indústria naval, atividade portuária, exploração de petróleo e sustentabilidade.²

4- NATUREZA DAS DISPUTAS MARÍTIMAS

Uma disputa marítima, da qual podem fazer parte os mais variados personagens do direito marítimo - shipowners, fretadores, afretadores, bunkers, agentes marítimos, embarcadores, consignatários, shipbuilders, seguradores – envolve tanto conflitos de natureza contratual, como conflitos decorrentes de relações extracontratuais. Os conflitos contratuais permeiam as relações negociais oriundas dos conhecimentos de embarque, afretamentos, compra e venda de embarcações, construção naval, seguro, fornecimento de combustível e salvamento. Já os impasses extracontratuais decorrem basicamente dos acidentes e fatos da navegação.

Como se não bastasse a diversidade dos contratos e fatos da navegação ensejadores de conflitos, e dos mais variados tipos de pessoas físicas e jurídicas envolvidas, há que se considerar que as disputas marítimas atraem legislações e jurisdições de todas partes do mundo.

Destarte, fica fácil perceber o elevado grau de complexidade de uma disputa marítima e a imperiosidade de se garantir um ambiente altamente profissional para dirimir os conflitos neste vasto oceano de possibilidades.

2 “O Direito Marítimo Contemporâneo na era do pré-sal”, Eliane Otaviano (<http://portogente.com.br/colunistas/eliane-octaviano/o-direito-maritimo-contemporaneo-na-era-do-pre-sal>).

5- MÉTODOS ALTERNATIVOS NAS DISPUTAS MARÍTIMAS

Deduz-se, de toda a complexidade das relações contratuais e extracontratuais marítimas, que a seara do direito marítimo é um campo fértil para o implemento dos meios alternativos de solução de disputas. No âmbito do direito maritimista muito tem se avançado em busca de soluções consensuadas, muito embora a preferência ainda se direcione para a solução forçada, principalmente pela via arbitral.

Assim, a tendência é afastar o conflito do âmbito judicial, direcionando-o para uma solução que privilegie a autocomposição – mediação ou conciliação -, ou mesmo, a heterocomposição por arbitragem. Países signatários da Convenção Internacional da ONU sobre Direito Marítimo (*United Nations Convention on the Law of the Sea - UNCLOS*) indicam a conciliação como método de solução de controvérsia, e a arbitragem como alternativa (arts. 279, 280, 284 e 286).

Nos contratos da Baltic & Internacional Maritime Council - importante associação internacional do mundo shipping - tem-se propugnado pela utilização padrão de cláusulas de mediação e arbitragem, com referências às principais instituições mundiais que tratam desses métodos alternativos, entre eles a SMA (Society of Maritime Arbitrators Nova York), London Maritime Arbitrators Association (LMAA), e Singapore Chamber of Maritime Arbitration (SCMA).

5.1- Conciliação Marítima

Embora a conciliação seja admissível como mecanismo de resolução de disputas marítimas, ela não é corriqueira, notadamente porque os contratos de direito marítimo, no cenário internacional, via de regra, tendem a convencionar a instituição da arbitragem como meio alternativo prioritário.

5.2- Mediação Marítima

A mediação, na seara marítima, é de manifesta relevância na prática comercial, na medida em que preserva relacionamentos entre os personagens dos contratos marítimos, além de garantir a confidencialidade da negociação.

Na Inglaterra, tanto o *Admiralty Court* (Tribunal Marítimo), como os *Commercial Courts* (Cortes Empresariais) costumam estimular os demandantes a se engajarem em uma mediação prévia, antes de submeterem o

conflito a julgamento. Até mesmo uma das principais instituições de arbitragem do mundo, a LMAA, tem incentivado o uso da mediação. No direito britânico, as partes não podem – sob a ordem das autoridades judiciárias marítimas – se recusarem a se submeter ao processo de autocomposição.

Importante salientar que o incremento da mediação passa por uma mudança de sua leitura, posto que, na seara empresarial, a mediação não deve ser vista como um método autônomo e isolado. Isto porque é usual a prática de um procedimento híbrido, no qual os métodos autocompositivos de solução de conflitos são utilizados em um primeiro momento, sem embargo de submeter-se à arbitragem eventual questão insuperada por impasse marcante. Neste contexto negocial, busca-se a dissolução do maior número possível de problemas no contexto da mediação, deixando o remanescente não resolvido para ser solucionado por um terceiro.

Diferentemente da arbitragem, via de regra, o mediador não tem o dever de conhecer a fundo as questões técnicas que permeiam a disputa. O domínio da psicologia da mediação, da teoria do conflito e o conhecimento elementar de direito marítimo, são instrumentos fundamentais para condução de uma solução negociada e adequada aos interesses das empresas contratantes.

Aqui temos o ponto de resistência suscitado por aqueles que relutam em estimular a mediação no campo marítimo, sob o argumento de que a complexidade e especificidade do universo shipping demanda a atuação de um mediador altamente especializado na matéria, sem o qual estaria comprometido o escopo deste meio alternativo de solução de conflito. No nosso entendimento, tal questão deve ser abordada no campo da capacitação do profissional encarregado do procedimento de solução extrajudicial de solução de controvérsia, e não na importância da implementação de métodos alternativos de solução de conflitos.

De qualquer sorte, até mesmo quando não se obtém um acordo, a simples sujeição das empresas ao processo de mediação já é um ganho considerável, na medida em que os contratantes saem do processo mediatório imbuídos na busca de outra solução na qual ainda possam exercer o controle decisório. As empresas saem de uma mediação conhecedoras da natureza do seu conflito, e psicologicamente mais preparadas para autocompor qualquer impasse derivado de correlatas relações negociais. Em um contrato de afretamento marítimo, eventual conflito instaurado entre fretador e afretador, se não inteiramente solucionado em um processo

de mediação, não ensejará – em função do prévio processo de mediação – acirramento da controvérsia, e nem mesmo esta se repercutirá nas relações jurídicas subjacentes ou futuras entre as partes do afretamento, ou entre uma delas e os agentes marítimos interessados na empreitada. Este é o grande diferencial da mediação: a preservação de relacionamento entre os *players* marítimos.

5.3- Arbitragem Marítima

O complexo cenário do direito marítimo é altamente propício à adoção da arbitragem marítima – o setor *shipping*, mais do que em qualquer outro setor empresarial - tem promovido a arbitragem como método preferencial de solução de conflitos.

Três características se destacam para configurar esse ambiente favorável: i) a multiplicidade dos personagens que participam das relações jurídicas de direito marítimo, ii) a internacionalidade inerente a essa ciência jurídica, e iii) a variedade de fontes, jurisdições e tratados internacionais aplicáveis – formando um palco fértil ao desenvolvimento de instituições de arbitragem especializadas em direito marítimo.

No mundo todo, associações especializadas em arbitragem de direito marítimo vem se constituindo para solucionar as lides marítimas através da jurisdição privada. Via de regra, essas associações têm natureza de arbitragem *ad hoc* diferenciada, na medida em que possuem aparência de arbitragem institucional, mas se mantêm em formato associativo, no qual não há uma câmara arbitral conduzindo o procedimento arbitral, tornando-as menos onerosas.

De qualquer sorte, a arbitragem marítima não difere, na sua essência, da arbitragem comum. Mas, por se tratar de matéria altamente especializada, é exigida a atuação de um árbitro experiente e com conhecimentos específicos. Não por outro motivo que a maioria das arbitragens marítimas são disciplinadas por associações de árbitros especializados em direito marítimo.

Na seara internacional, a maior parte dos contratos de afretamento marítimo contém cláusula compromissória arbitral, mas também é usual a inclusão da cláusula nos contratos de transporte, armazenagem e compra e venda de embarcações. Nos conhecimentos de embarque, a arbitragem é vista apenas quando o *bill of lading* incorpora a cláusula do contrato de afretamento que emite o título.

As principais associações voltadas para a arbitragem marítima, além das citadas London Maritime Arbitrators Association (LMAA), Singapore Chamber of Maritime Arbitration (SCMA), e SMA (Society of Maritime Arbitrators Nova York), são as câmaras China Maritime Arbitration Commission (CMAC), e a German Maritime Arbitrators Association (GMAA).

São aplicadas a lei de arbitragem, as cláusulas da convenção de arbitragem, o regulamento das câmaras especializadas, os tratados e convenções internacionais, as regras internacionais do comércio, além dos usos e costumes.³

Há que se destacar, nesta seara, a Lex Mercatoria, como um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos no comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional. Outrora, os conceitos de Estado Nacional e de Lex Mercatoria eram praticamente excludentes, mas hoje fala-se em uma nova Lex Mercatoria, intrínseca no mercado globalizado, cujas fontes consubstanciam-se, entre outras, nos costumes internacionais, nos contratos-tipo elaborados pelas organizações internacionais e incoterms. Então por que estimular a arbitragem em substituição da Justiça Estatal? Ora, o tribunal arbitral goza de maior liberdade para fundamentar suas decisões na Lex Mercatoria, do que o juiz togado, que só a aplica na lacuna da lei, e quando a Lex Mercatoria não for conflitante com o direito estatal. Uma das vantagens da Lex Mercatoria reside no fato de esta acompanhar mais a evolução do comércio do que a lei estatal, pois independe do burocrático processo legislativo.

Diferentemente do que ocorre no contexto mundial e inobstante a expressa previsão legal, a arbitragem no Brasil para solução de conflitos nos setores marítimo e portuário ainda não é uma opção contratual recorrente. Os *players* do universo marítimo têm resistência a algumas de nossas práticas usuais, como a de flexibilizar cláusulas contratuais, o que pode gerar interpretação contrária às práticas comerciais – que no comércio marítimo internacional fulcra-se mais na praxe do que no regramento positivado. Por conta dessa resistência em se adotar a arbitragem brasileira, elevados recursos financeiros são destinados aos centros de arbitragem de Londres e Nova York - ou mesmo à crescente Singapura - a fim de resolverem conflitos que envolvem interesses de empresas brasileiras que operam no transporte marítimo⁴.

3 (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. "Arbitragem Marítima". *Revista Jurídica Consulex*. Ano XII, n. 277).

4 (AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo, "Arbitragem Marítima e Portuária", *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, ano IV, n. 20, 2014, p. 11).

A nossa resistência em ratificar tratados internacionais contribui para esse distanciamento global. Exemplo emblemático são as regras de Roterdã – convenção sobre transporte internacional de mercadorias – que inclui vários dispositivos sobre arbitragem, em conformidade com a tendência moderna de submeter à justiça privada os conflitos de interesse na seara marítima. O Brasil, não é signatário desta convenção internacional, como também não é em diversos outros acordos internacionais.

A solução estatal em jurisdição brasileira, muita das vezes, não é a solução buscada por armadores estrangeiros, já que o Brasil não ratificou as regras da Convenção de Bruxelas 1924 – Visby 1968 – limitação da responsabilidade do armador. No Brasil, a jurisdição favorece aos interesses da carga.

5.3.1- O Padrão Londrino

Londres é referência histórica tanto em matéria de cortes marítimas especializadas, como também em arbitragem marítima. As disputas marítimas na Inglaterra são propostas tanto na Cortes Empresariais como no Tribunal Marítimo. As primeiras são competentes para decidir conflitos relativos a contrato de transporte de mercadorias, importação e exportação de mercadorias, seguros e resseguros, e contratos de construção naval. Já o *Admiralty Court* tem competência para as lides relacionadas a salvados, colisão e arresto de navio.

Na arbitragem, a principal instituição londrina, a LMAA - associação de árbitros especialistas em direito marítimo - somente em 2013, recebeu 2.966 novas instaurações de arbitragem. A LMAA tem larga experiência e excelência nas disputas relacionadas a contrato de afretamento, contrato de transporte, compra e venda de navio, construção e reparação naval, seguro marítimo e contendas offshore na área de óleo e gás. Apenas nas disputas relacionadas à colisão e salvados outras instituições londrinhas são mais utilizadas.⁵

Eles detêm o domínio da arbitragem marítima internacional.

CONCLUSÃO

O direito de acesso à Justiça, constitucionalmente previsto, não se esgota na atuação dos órgãos judiciais, posto que implica, na sua essência, em acesso à ordem jurídica justa. Não há qualquer conflito entre os meios autocompositivos e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

5. (GOSLING, James, "The Shipping Law Review", *Law Business Research*, p. 146)

É dever do Estado incentivar políticas públicas de aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, como instrumentos de pacificação social. Os mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, exteriores ao Judiciário, são instrumentos facilitadores de resolução de conflitos, e visam promover a pacificação social. São ferramentas extrajudiciais eficazes e desnudas de burocracias e formalidades.

Nas disputas marítimas nacionais, a adoção dos métodos autocompositivos de solução de conflitos afigura-se plenamente factível, levando-se em conta o cenário favorável da necessidade de preservação de relacionamentos entre os personagens dos contratos típicos da navegação. Todavia, pouco se tem visto, na prática, a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos, inobstante as diversas vantagens destes.

No Brasil, notadamente após a edição da Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96, e da ratificação da Convenção de Nova York, a arbitragem genérica alavancou rapidamente, estando hoje bastante difundida e utilizada, principalmente nas disputas corporativas, de infraestrutura e de energia. A crescente taxa de congestionamento dos processos judiciais deu espaço para o incremento da arbitragem.

Mas na área marítima o cenário é diferente. Ao contrário das grandes potências marítimas, em que contratos *shipping* padronizados incorporam cláusulas de arbitragem, no Brasil, não há costume de se utilizar a arbitragem marítima local. Quando o caso permite, os contendores brasileiros optam até mesmo por uma arbitragem estrangeira, desprestigando, muita das vezes, o potencial arbitral interno.

Mas há de se registrar um tímido aumento da arbitragem marítima local no ano de 2014, quando algumas arbitragens relevantes foram instauradas no Rio de Janeiro. Algumas câmaras arbitrais especializadas em direito marítimo têm sido criadas no Brasil, com a grande vantagem de serem menos onerosas do que as clássicas associações internacionais de arbitragem, e com a mesma proficiência e qualidade. Em resumo, temos condições de apresentar ao mundo um corpo de arbitragem de qualidade, dinâmico e com custo reduzido. No campo marítimo, a arbitragem marítima é o mais promissor método alternativo de solução de disputa no Brasil, como há muito já o era no resto do mundo.

Estruturalmente, o Brasil tem razoável experiência com arbitragem como um todo, mas não no segmento marítimo. Por ora, clama-se por: i) adoção de política nacional que aproveite, com maior abrangência, o po-

tencial da indústria naval brasileira, seguindo modelos recentes e modernos, como o de Cingapura; ii) embora se reconheça a presença de árbitros nacionais plenamente capacitados, busca-se o aumento do quadro, com formação e capacitação de árbitros em padrão internacional; iii) mudança de paradigma para os operadores do direito marítimo, com incentivo à arbitragem, como ocorre nas maiores potências marítimas do mundo, que se utilizam de árbitros e até juízes especializados exclusivamente na matéria; iv) necessidade de inserir o direito marítimo como matéria obrigatória nas universidades.

Enfim, no Brasil, os operadores das relações comerciais do campo shipping não de reconhecer a importância de se estimular a inserção da mediação na prática marítima na medida em que mantém a integridade dos vínculos negociais em contratos específicos e a confidencialidade das desavenças negociadas, sem prejuízo de se aproveitar o potencial da arbitragem marítima brasileira.

Somente em um ambiente institucional independente e estruturado à complexidade que envolve os contratos, fatos e acidentes da navegação, as empresas marítimas farão sua escolha em relação ao mecanismo extraprocessual compositivo que melhor atenda suas expectativas. ❖

O Arresto de Embarcações no Brasil

Godofredo Mendes Vianna

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da FGV-RJ, presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Mar - OAB-Rio

Lucas Leite Marques

Sócio do Escritório Kincaid Mendes Vianna Advogados, graduado em Direito pela PUC-Rio, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UCAM/IAVM, LL.M em Transnational Commercial Practice (CILS)

Frederico Mendes Vianna F. Cardoso

Advogado do Escritório Kincaid Mendes Vianna Advogados, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio).

1. BREVE INTRODUÇÃO

O termo “arresto” a ser tratado neste artigo é pouco referido em nossa legislação interna, no que tange ao Direito Marítimo. Não obstante ser habitual na linguagem dos maritimistas, o arresto de embarcação é usualmente tratado na nossa legislação pela expressão “embargo” ou “detenção”, sendo o termo arresto derivado mais especificamente de uma tradução literal da língua inglesa, empregada em convenções internacionais e na legislação doméstica de alguns países regidos pelo sistema do *Common Law*, em que a expressão “arrest” é largamente adotada.

Esse ponto, aliás, foi alvo de críticas por parte do Ministério das Relações Exteriores que, em 2001, opinou contra a ratificação do Brasil

à Convenção de Arresto de 1999, sob o argumento de que os requisitos para o arresto de navios previstos na referida Convenção estariam em descompasso com aqueles então previstos na lei processual brasileira concernente ao arresto de bens em geral.

Em todo caso, para fins didáticos utilizaremos no presente artigo o vocábulo arresto quando estivermos nos referindo ao embargo e/ou detenção de embarcações contempladas na legislação comercial.

O arresto de embarcações no Brasil encontra atualmente sua regulamentação em três principais fontes normativas: (i) o Código Comercial de 1850, o qual, ainda está em vigor em sua segunda parte, no que tange ao âmbito do direito comercial marítimo; (ii) a Convenção de Bruxelas de 1926, que trata das hipotecas e créditos marítimos, que podem vir a dar ensejo ao direito de arresto de embarcação; e, por fim, (iii) o Código de Processo Civil de 2015, que substituiu o Código de Processo Civil de 1973, aplicado até o início deste ano.

Todavia, as fontes legislativas devem-se complementar de forma harmônica, evitando-se discrepâncias sobre os requisitos autorizadores da concessão do arresto de navios previstos nas normas de nosso ordenamento, motivo pelo qual tanto a doutrina quanto a jurisprudência exercem um importante papel para garantir a segurança jurídica na aplicação deste importante instituto do Direito Marítimo.

2. O ARRESTO NO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850

Historicamente, pode-se dizer que o direito comercial brasileiro tem origem no Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas, promulgado pelo Príncipe-Regente de Portugal Dom João de Bragança em 28 de Janeiro de 1808¹, logo após a chegada da família real portuguesa ao Brasil. Desde aquele momento até a codificação do Direito Comercial brasileiro, as atividades comerciais no país eram disciplinadas pelas leis portuguesas, com grande influência das normas comerciais da Espanha e da França. De fato, a aplicação supletiva dos códigos comerciais francês e espanhol era tutelada pela “Lei da Boa Razão”, que previa a

1 Disponível em http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/abertura_portos_1808.pdf e http://pt.wikipedia.org/wiki/Decreto_de_Abertura_dos_Portos_%C3%A0s_Na%C3%A7%C3%B5es_Amigas#/media/File:Abertura_dos_portos.jpg. Acesso em 20 de maio de 2015.

possibilidade de aplicação das leis de nações cristãs, iluminadas e polidas para dirimir os conflitos de natureza comercial em caso de eventual lacuna da lei portuguesa.

Sob esta influência do direito comercial espanhol, do Código Comercial napoleônico de 1808 e, principalmente, do Código Comercial Português de 1833, uma comissão de comerciantes apresentou ao Congresso Nacional, no ano de 1834, um projeto legislativo visando disciplinar a matéria no Brasil.

Esse projeto possuía forte motivação econômica e política, impulsionada também pela declaração de independência em 1822 e a consequente necessidade de promulgação de um instrumento normativo próprio para regular o comércio exterior do país, proporcionando maior segurança jurídica às relações comerciais e relativizando-se os laços de dependência com Portugal.

A referida proposta legislativa tramitou por mais de 15 anos no Congresso até que no ano de 1850 o Código Comercial foi sancionado e promulgado através da Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, dando origem ao primeiro código brasileiro.

Apesar de haver sido promulgado ainda naqueles tempos de Império e embora tenha sido em sua maior parte revogado por leis posteriores, o Código ainda se encontra em vigor parcialmente no que tange ao direito comercial marítimo.

Inicialmente, destaca-se que o Código Comercial tratou singularmente da modalidade *in rem* do arresto, qual seja, a aplicação do crédito pleiteado sobre a própria propriedade/embarcação que o originou². Dessa forma, a dívida seria do navio arrestado, atrelando-se ao mesmo e não se extinguindo até seu pagamento.

Tal questão é cristalina quando se atenta para o artigo 470 do Código Comercial o qual restringe a concessão do arresto somente para créditos privilegiados que textualmente elenca, estabelecendo ainda, a partir de seu surgimento, hipoteca tácita sobre a embarcação.

Assim, o Código Comercial de 1850 não trata da modalidade *in personae* do arresto, que ocorre quando o arresto é oriundo de dívida

² Art. 476 do CCom – “O vendedor de embarcação é obrigado a dar ao comprador uma nota por ele assinada de todos os créditos privilegiados a que a mesma embarcação possa achar-se obrigada (artigo nºs 470, 471 e 474), a qual deverá ser incorporada na escritura da venda em seguimento do registro da embarcação. A falta de declaração de algum crédito privilegiado induz presunção de má-fé da parte do vendedor, contra o qual o comprador poderá intentar a ação criminal que seja competente, se for obrigado ao pagamento de algum crédito não declarado.”

pessoal do proprietário da embarcação e não necessariamente do navio arrestado.

Por sua vez, essa modalidade de ação cautelar, fundada em crédito *in personae* em face do armador, encontra respaldo no Código de Processo Civil, ensejando que o devedor, em hipóteses de responsabilidade civil e desde que presentes os requisitos processuais, venha a responder por seus débitos , com todos os seus bens, incluindo suas embarcações, sejam quais e quantas forem, até a satisfação integral da dívida.

Embora Código Comercial de 1850 trate detalhadamente da matéria inerente ao embargo de navio, não é surpresa que este se encontra, em certos aspectos³, defasado da realidade mercantil marítima.

³ Até hoje subsistem no referido Código disposições como as dos artigos 601, 602 e 603 , disciplinando que o capitão pode ser obrigado pelos carregadores de carga a “fazer-se à vela” com sua embarcação e que, “não tendo o capitão fixado o tempo da partida, é obrigado a sair com o primeiro vento favorável depois que tiver recebido mais de dois terços da carga correspondente à lotação do navio” (art. 603 do Código Comercial), os quais acabaram tendo que serem readaptados e reinterpretados com o passar do tempo. Outros dispositivos também atribuem ao capitão prerrogativas que hoje não mais se aplicam, como por exemplo aquelas dos artigos 494, 499, 500, 513 e 531, listados abaixo. Pois bem, tais regras, a exemplo de outras tantas, caíram em desuso e já tiveram sua eficácia afastada em distintas oportunidades pelas cortes brasileiras e pela doutrina, demonstrando que a prática forense e comercial tem conseguido se adaptar mesmo na inércia em relação à renovação legislativa.

Art. 601 do Código Comercial: Estando o navio a frete de carga geral, não pode o capitão, depois que tiver recebido alguma parte da carga, recusar-se a receber a mais que se lhe oferecer por frete igual, não achando outro mais vantajoso; pena de poder ser compelido pelos carregadores dos efeitos recebidos a que se faça à vela com o primeiro vento favorável, e de pagar as perdas e danos que da demora resultarem.

Art. 602 do Código Comercial - Se o capitão, quando tomar frete à colheita ou à prancha, fixar o tempo durante o qual a embarcação estará à carga, findo o tempo marcado será obrigado a partir com o primeiro vento favorável; pena de responder pelas perdas e danos que resultarem do retardamento da viagem; salvo convindo na demora a maioria dos carregadores em relação ao valor do frete.

Art. 603 do Código Comercial: Não tendo o capitão fixado o tempo da partida, é obrigado a sair com o primeiro vento favorável depois que tiver recebido mais de dois terços da carga correspondente à lotação do navio, se assim o exigir a maioria dos carregadores em relação ao valor do frete, sem que nenhum dos outros possa retirar as fazendas que tiver a bordo.

Art. 494 do Código Comercial disciplina a regra do abandono liberatório da embarcação como forma de limitação da responsabilidade do armador, estabelecendo o seguinte: “*Todos os proprietários e partes são solidariamente responsáveis pelas dívidas que o capitão contrair para consertar, habilitar e aprovisionar o navio; sem que esta responsabilidade possa ser ilidida, alegando-se que o capitão excedeu os limites das suas faculdades, ou instruções, se os credores provarem que a quantia pedida foi empregada a benefício do navio (artigo nº. 517). Os mesmos proprietários e partes são solidariamente responsáveis pelos prejuízos que o capitão causar a terceiro por falta da diligência que é obrigada a empregar para boa guarda, acondicionamento e conservação dos efeitos recebidos a bordo (artigo nº. 519). Esta responsabilidade cessa, fazendo aqueles abandono do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem. Não é permitido o abandono ao proprietário ou parte que for ao mesmo tempo capitão do navio*”. Tal norma já teve a sua eficácia afastada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão relacionado ao abaloamento envolvendo o navio tanque Norsul Tubarão e o graneleiro Global Rio, a seguir destacado: Ementa: “*Embargos de Declaração opostos em face de Acórdão desta Câmara, em sede apelatória, pela parte recorrente, no sustentar de omissão e de erro material. (...) Argumento envolvendo o abandono liberatório, que não prospera; é que tal instituto, previsto no artigo 494 do Código Comercial/1850, perdeu eficácia, ao ser editado o Decreto 350/1935, que ratificou a Convenção Internacional de Bruxelas, sobre unificação de regras relativas à limitação da responsabilidade dos proprietários de navios. Ademais, Código referido, cuja leitura deve ser consentânea à evolução da legislação brasileira nos 160 anos que já se lhe seguiram. Aliás, desde quando editado o Código de Clóvis Bevilacqua, no estatuir da responsabilidade do patrão pelos atos do empregado, não mais é cabível cuidar-se de responsabilidade autônoma dos capitães de navio, por separado da responsabilidade dos armadores, estes com fulcro na culpa in eligendo. Artigos 927, 932, III, 933, 942 e 944, do Código Civil vigente, no corroborar. Pretendida compensação*”

Nesse sentido, passa-se a observar que dentre os pressupostos básicos para concessão do arresto, na forma do Código Comercial (i) o credor deveria ser detentor de crédito privilegiado, estando, inclusive, expressa no artigo 480⁴ a impossibilidade de se embargar ou deter embarcação que não seja com base no rol taxativo dos artigos 470, 471 e 474; (ii) a obrigatoriedade do navio estar sem carga ou não ter recebido a bordo mais da quarta parte de sua lotação, bem como (iii) a impossibilidade de se embargar navio que esteja pronto para zarpar.

A respeito da obrigação expressa do crédito ser de natureza privilegiada, embora tal questão ainda detenha algum fundamento, até porque as próprias Convenções Internacionais de Arresto estabelecem rol taxativo de privilégios marítimos, na prática a situação é facilmente contornada.

Isto porque desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, a cautelar inominada não exigia necessariamente um crédito privilegiado para se pleitear o arresto. Na realidade, o pedido ao Juízo local

com os danos acarretados ao navio causador do fato, que não se admite, deveras, à falta de reconvenção, ou de lide autônoma com os pólos trocados. Alegada economia processual que jamais pode ter o condão de superar o princípio da correlação, no fator extra petita, quer na instância de piso, quer nesta ad quem. Violação que não houve aos artigos 750, 751 e 752, do aludido Código Comercial, sobretudo, pelo comentado acima sobre sua atual interpretação. A propósito, reiteração da incidência do artigo 945 do Código Civil vigente, cujos termos já eram assentidos por arejadas doutrina e jurisprudência. (...)

Trecho do voto do Des. Relator: "Quanto à almejada limitação da responsabilidade, pelo abandono liberatório, tem razão a embargada em que tal instituto não mais existe no Direito Comercial Nacional. O artigo 494 do Código Comercial de 1850, que o previa, foi derogado de pleno pela Convenção Internacional de Bruxelas, sobre unificação de regras relativas à limitação da responsabilidade dos proprietários de navios; firmada aos 25 de agosto de 1924; ratificada pelo Brasil através do Decreto 350 de 1º de outubro de 1935. Aliás, como também frisou a embargada, tal instituto, contido em um Código da época da navegação à vela, já não tinha razão de ser quando da edição do Código Civil Bevilacqua, que gizou a responsabilidade do patrão pelos atos do empregado, na chamada culpa in eligendo. Os atos dos capitães não podem mais ter autonomia diante dos armadores que os escolhem. Têm pertinência, de fato, os artigos 927, 932, III, 933, 942 e 944, do Código Civil vigente. (...) Finalmente, tem-se que não houve violação aos artigos 750, 751 e 752, do aludido Código Comercial. Como dito acima, a leitura dos mesmos deve ser feita à luz da evolução de nosso ordenamento, nos 160 anos já seguidos à sua promulgação pelo Imperador Pedro II. (...)" (TJRJ, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 56146/2006, 3ª Câmara Cível, Des. LUIZ FELIPE HADDAD, j. 08.03.2010)

Art. 499 do Código Comercial: Pertence ao capitão escolher e ajustar a gente da equipagem, e despedi-la, nos casos em que a despedida possa ter lugar (artigo nº. 555), obrando de concerto com o dono ou armador, caixa, ou consignatário do navio, nos lugares onde estes se acharem presentes. O capitão não pode ser obrigado a receber na equipagem indivíduo algum contra a sua vontade.

Art. 500 do Código Comercial: O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora.

Art. 513 CCom - Não se achando presentes os proprietários, seus mandatários ou consignatários, incumbe ao capitão ajustar fretamentos, segundo as instruções que tiver recebido (artigo nº. 569).

Art. 531 CCom - O capitão que, fora do caso de inavergabilidade legalmente provada, vender o navio sem autorização especial dos donos, ficará responsável por perdas e danos, além da nulidade da venda, e do procedimento criminal que possa ter lugar.

4 Art. 480 CCom – "Nenhuma embarcação pode ser embargada ou detida por dívida não privilegiada; salvo no porto da sua matrícula; e mesmo neste, unicamente nos casos em que os devedores são por direito obrigados a prestar caução em juízo, achando-se previamente intentadas as ações competentes."

consistia no pleito de detenção da nave, mediante a não concessão do passe de saída da embarcação pela Capitania dos portos, possuindo, dessa maneira, os mesmos efeitos do arresto⁵. Para tanto, bastava comprovar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que serão mais especificados quando tratarmos do arresto no Código de Processo Civil.

A respeito desse tema, André Luiz Betttega D'Ávila observa que a delimitação do arresto somente para créditos privilegiados poderia, eventualmente, violar a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, no que tange à inafastabilidade do Poder Judiciário, considerando um cenário em que o único bem do devedor no país seria a embarcação e o credor nada poderia fazer para ver seu crédito satisfeito⁶.

É notório que o arresto de uma embarcação é uma medida cautelar de grande impacto comercial e jurídico, colocando em risco o interesse de terceiros e possíveis prejuízos para parte arrestada, além de trazer riscos para parte arretante. Tendo isso em mente, considerando ainda uma época na qual o navio, por muitas vezes descarregava toda sua carga em um mesmo porto, demandando tempo significativo no processo de carga e descarga, é plenamente plausível a opção do legislador na época.

Contudo, o avanço tecnológico permitiu uma agilidade infinitamente maior a respeito das operações de carga e descarga dos navios nos portos, com, inclusive, a programação de diversas escalas no curso de uma expedição marítima. As operações que, à época, eram realizadas manualmente e duravam dias, hoje se encontram plenamente automatizadas e não duram mais que poucas horas em cada porto.

Caso tal requisito fosse aplicado com o rigor formal contido na Lei comercial, seria impossível o arresto da maior parte das embarcações, tendo em vista a restrição legal ao arresto de embarcação que tenha mais de 25% (vinte e cinco por cento) de carga a bordo prevista no artigo 479 do Código Comercial. De fato, em questão de minutos um quarto de ca-

5 "Usualmente, o arresto é efetivado por meio da comunicação da ordem liminar à Capitania dos Portos onde o navio se encontra (atracado ou largo) para que o passe de saída do navio seja retido. Consequentemente, retido o passe de saída, o navio não pode zarpar. A hipótese de saída do navio do porto sem a autorização da Capitania dos Portos ampara o direito de perseguição (*hot pursuit*) sob égide da CNUDM III." (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. **Curso de Direito Marítimo**. V. II, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 384)

6 "A vigência de tal dispositivo cria situações de ofensa à Constituição Federal, sobretudo ao seu artigo 5º, XXXV, que prevê que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, pois retira da apreciação da Justiça brasileira a lesão cometida por armadores, ao impedir o uso do único meio hábil para deles exigir o cumprimento de dívida não privilegiada, qual seja, o arresto de suas embarcações." (D'ÁVILA, André Luiz Betttega. "O Arresto Cautelar de Navios". In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Temas atuais de direito do comércio internacional**, v. 2. 1ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 278)

pacidade da embarcação poderia ser facilmente preenchida, e, ainda, raramente embarcações como “porta-contêineres” deixam de ter menos de 25% (vinte e cinco por cento) de sua capacidade de carga a bordo, até porque as mercadorias dos contêineres são entregues e recebidas em diversos portos.

Sobre esse ponto, o próprio STJ já se manifestou recentemente no sentido de afastar as exigências do art. 479 do Código Comercial de 1850, destacando, inclusive, a ratificação da Convenção de Bruxelas de 1926:

*“Destaco, a propósito, que a própria validade da proibição legal de arresto quando o navio está carregado com mais de 25% (vinte e cinco por cento) de sua carga, tal qual defendido pela requerente, tem sido questionada pela doutrina especializada, frente às disposições da Convenção de Bruxelas, internalizada pelo Decreto n. 351/1935, que não faz referência a qualquer limite para adoção da medida.”*⁷

Outro debate provocado pela desatualização do artigo 479 do Código Comercial de 1850 é referente à proibição, descrita na segunda parte do artigo, de se arrestar navio pronto para zarpar. O fundamento adotado pelo legislador se baseia na perturbação dos múltiplos interesses que se prendem às expedições marítimas e relações dependentes da viagem a ser efetuada.

Nesse ponto, vale destacar que uma das funções do embargo é justamente obrigar o devedor a apresentar uma garantia alternativa, não sendo a intenção, necessariamente, manter o navio indefinitivamente retido no porto, mesmo porque o Código de Processo Civil de 2015 prevê em seu artigo 864 que, ainda que penhorada, a embarcação deve ser

⁷ “[...] A requerente argumenta que a situação dos autos trata, indubitavelmente, de embargo preventivo de navio em hipótese vedada pelo art. 479 do Código Comercial, seja qual for a terminologia jurídica que se queira emprestar ao fato. Sustenta que estão demonstradas as razões da ilegalidade do embargo de navio carregado com mais de 25% de sua carga, e dessa forma, para os fins aqui previstos a plausibilidade do direito da Autora” (e-STJ fl. 14). Todavia, a princípio, denota-se que o enquadramento legal conferido pelas instâncias ordinárias está adequado ao caso. Destaco, a propósito, que a própria validade da proibição legal de arresto quando o navio está carregado com mais de 25% (vinte e cinco por cento) de sua carga, tal qual defendido pela requerente, tem sido questionada pela doutrina especializada, frente às disposições da Convenção de Bruxelas, internalizada pelo Decreto n. 351/1935, que não faz referência a qualquer limite para adoção da medida. Segundo a lição de CARLA ADRIANA COMITRE GILBERTONI (*Tecnia e Prática do Direito Marítimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 264): “Além do título representativo do crédito, é necessário que o navio ou embarcação, objeto do arresto, esteja sem carga ou com menos de um quarto de sua capacidade de carga, isto é, 25% de sua lotação. Essa lotação, no entanto, é duvidosa, uma vez que pode tornar-se difícil sua comprovação. Ademais, não está consignada na Convenção de Bruxelas a obrigatoriedade da comprovação de tal limite, nem mesmo a sua observância, abrindo-se, dessa forma, a possibilidade de um arresto sem tal comprovação”. (...)” (STJ, MEDIDA CAUTELAR Nº 21.042 - SP, MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 22.05.2013)

permitida a navegar desde que, obviamente, não deixe o país e esteja coberta por seguro.

Leva-se em conta que, quanto mais tempo o navio fica inoperante, menos condições o devedor terá de quitar o pagamento, diante da redução de sua atividade comercial, dos custos necessários à manutenção do navio e sua tripulação e da depreciação do bem e das cargas que eventualmente se achem a bordo. Assim, eventuais dívidas, caso o arresto venha a ser posteriormente considerado indevido, poderão atingir patamares exorbitantes, aumentando inclusive o risco e a exposição da própria parte arrestante.

Deste modo, diante de um cenário marítimo globalizado, é evidente que a prestação de garantia alternativa por meio de caução, fiança bancária, depósito em espécie, ou até mesmo pelas seguradoras ou clubes P&Is⁸, é muito mais viável, parecendo tal exigência do art. 479 do Código Comercial um tanto obsoleta.

Outro ponto que merece destaque nos dispositivos do Código Comercial de 1850 é o artigo 482⁹, que estabelece expressamente a restrição ao arresto de navios estrangeiros, dispondo que estes não podem ser objeto de embargo e detenção, exceto se as dívidas forem contraídas em território nacional.

Naquela época, o Brasil buscava incentivar não só o investimento estrangeiro, mas a sua inserção na economia internacional, sendo tal dispositivo uma forma de facilitar o comércio com os outros países do mundo e atrair as embarcações estrangeiras para os portos brasileiros abertos em 1808, motivando a opção do legislador por reduzir os riscos dos navios estrangeiros e estabelecer o embargo e retenção apenas para embarcações nacionais¹⁰.

8 Os Clubes de P&I (Protection and Indemnity) são associações sem fins lucrativos que gerenciam um fundo formado através das contribuições dos membros (armadores, afretadores, etc) com o objetivo de garantir determinados riscos relacionados à responsabilidade civil atrelada às atividades executadas pelas embarcações registradas. - "É usual a liberação do navio arrestado amparada em carta de garantia (*letter of undertaking*) emitida pelos P&I Clubs." (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de Direito Marítimo*. V. II, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2008 p. 384).

9 Art. 482. Os navios estrangeiros surtos nos portos do Brasil não podem ser embargados nem detidos, ainda mesmo que se achem sem carga, por dívidas que não forem contraídas no território brasileiro em utilidade dos mesmos navios ou da sua carga; salvo provindo a dívida de letras de risco ou de câmbio sacadas em país estrangeiro no caso do artigo nº. 651, e vencidas em algum lugar do Império.

10 "O preceito legal estabelecido no art. 482 do Cód Comercial que, literalmente, dispõe sobre a impossibilidade jurídica de embargo ou detenção das embarcações estrangeiras surtas em portos nacionais, apesar de ainda sustentada por alguns doutrinadores do assunto, ontologicamente, não tem nenhum fundamento atualmente, em face do nosso moderno ordenamento jurídico. Ocorre que, naquela época, quando a Lei Comercial nº 556 de 25.06.1850 entrou em vigor, instituindo o Código Comercial Brasileiro, havia interesse nacional no desenvolvimento do comércio marítimo, tendo em vista a abertura dos Portos (1808), feita por D. João VI, ressaltando-se, inclusive, que a referida lei, foi promulgada na vigência da Constituição Política do Império (1824) e, portanto, tratava-se de um

Contudo, transcorridos mais de 165 anos da edição do Código Comercial, o Brasil encontra-se inserido em outro patamar na economia mundial, sendo a oitava economia do mundo, nada justificando tal privilégio para embarcações estrangeiras.

Curioso notar que, já no ano de 1908, o Supremo Tribunal Federal tecera críticas ao aludido dispositivo do Código Comercial, por entender que o mesmo feria o princípio da isonomia entre nacionais e estrangeiros. Em interessante julgado envolvendo o abalroamento de uma embarcação de bandeira brasileira denominada GUASCA pelo vapor argentino SAN LORENZO, a Suprema Corte ponderou que *“o nosso direito comercial codificado data de 1850, quando o commercio marítimo era feito por navios à vela e as abalroações eram raríssimas. De então para cá tudo mudou e outras necessidades surgiram, e, como diz o ilustre escriptor, quando as leis não mais servem de instrumento para as necessidades dos homens e não lhes dão as garantias que elles reclamam, cahem em desuso; mas, se não são desde logo revogadas pela vontade do legislador, o Juiz liberta-se das mesmas, sahe fora dos seus limites asphyxiantes e busca nos fundamentos racionais do direito o que lhe é negado pelo texto absoluto da lei.”*¹¹.

E tal crítica também possuía eco na doutrina especializada, valendo citar como exemplo o prestigiado civilista Teixeira de Freitas que, em 1878, já pugnava pela reforma da nossa legislação comercial e sustentava que o Código de 1850 já havia nascido velho.¹²

Ainda no que tange à impossibilidade de se arrestar embarcação estrangeira, contida no art. 482 do CCom, deve-se atentar que esta é mais uma situação em que a desatualização do Código Comercial gera empecilhos para concessão do arresto, causando instabilidade jurídica.

Apesar de a referida questão já ter sido amplamente debatida e, por muitos, devidamente superada, o aludido artigo ainda está em vigor, uma vez que a parte referente ao direito comercial marítimo do Código Comer-

interesse nacional relevante à exceção feita aos navios estrangeiros. Nos tempos modernos diante da ordem jurídica vigente, não há mais embasamento legal para manutenção da regra excepcionando as embarcações estrangeiras da medida de concessão da tutela jurisdicional” (ANJOS, J. Haroldo dos. **Curso de Direito Marítimo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 267)

11 Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do abalroamento do vapor Guasca pelo vapor San Lorenzo, publicado na **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**, Volume VIII, Fase. 1, Abril de 1908.

12 Teixeira de Freitas, citado por Alberto Venâncio Filho (in “A Elaboração do Código Comercial de 1850”, em **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**. Nº 23, ano XV. São Paulo: Ed. RT. 1976), já afirmava em 1878: “Urge tão sensivelmente a reforma da nossa legislação comercial – que sem a mais degradante indiferença quase mortal não será possível explicar em mais tempo seu retardamento”. Disponível em <http://www.abejur.org.br/Anexos/Portal/Artigos/Aspectos%20da%20E2%80%9Cconviv%3%AAnacia%2%80%9D%20do%20microssistema%20de%20direito%20mar%3ADtimo%20e%20do%20C%3%B3digo%20Civil.pdf>.

cial de 1850 não foi revogada, motivo pelo qual parte minoritária da doutrina ainda defende a impossibilidade de se arrestar navio estrangeiro¹³.

Dessa forma, verifica-se que o Código Comercial de 1850, ainda em vigor, estabelece limitações e requisitos para o arresto de embarcações que estão completamente discrepantes da realidade do cenário marítimo. E, embora tais requisitos tenham sido muitas vezes superados pela doutrina e jurisprudência, o fato é que permanecem vigentes, provocando instabilidade jurídica a respeito da aplicação do instituto de arresto.

Nesse cenário, atualmente existem dois projetos legislativos que buscam a reforma do Código Comercial: o Projeto Lei 1.572, de 2011, em trâmite na Câmara dos Deputados (“PL 1.57/11”), e o Projeto Lei 487, de 2013, em trâmite no Senado Federal (“PL 487/13”).

Pela leitura dos dispositivos de ambos projetos, pode-se constatar que muito do que é adotado na prática e nas Convenções Internacionais ainda não ratificadas no Brasil foi inserido no âmbito do projeto, almejando o legislador estabelecer um panorama destas com a normatividade, um tanto divergente, do instituto do arresto no Código Comercial de 1850 e o Código de Processo Civil.

Apenas para fins exemplificativos, podemos citar a possibilidade de se arrestar (i) embarcação estrangeira, a qual não seria possível pelo artigo 482 do atual Código Comercial; (ii) embarcações-irmãs, ainda no caso de arresto de natureza *in rem*, (iii) embarcação por dívida do afretador e não necessariamente do proprietário do navio, (iv) embarcação por crédito não privilegiado, a qual, conforme se verá adiante, já ocorria na prática pelo Poder Geral de Cautela do Magistado do CPC/73, e, ainda, (v) mesmo em casos nos quais não haveria jurisdição das cortes brasileiras para julgar a causa principal, dentre outros.

3. A CONVENÇÃO DE BRUXELAS DE 1926

Embora o Brasil não tenha ratificado nenhuma convenção que trate especificamente sobre o tema de arresto de embarcações¹⁴, não pode-

13 “Em tese oposta, destaca-se Loreto (1940, *passim*) declarando que a Constituição Federal apenas equipara aos brasileiros os estrangeiros residentes no Brasil. Na mesma esteira de exegese se posiciona Castro Rebelo (1940, *passim*), que acentua não se poder afirmar que, a despeito do fato de assegurar a Constituição Federal a inviolabilidade dos direitos perante a lei, tal preceito nunca foi obstáculo para isenções para o estrangeiro. Sampaio de Lacerda (1982, p. 352) assevera: “A exceção prevista no art. 482 é, desse modo, explicável [...] e extingui-lo será privar o país das vantagens que correm da entrada em seus portos do maior número de navios estrangeiros” (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. **Curso de Direito Marítimo**. V. II, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2008. 632 p. 399)

14 A Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras sobre o Arresto de Navios de Mar, assinada em Bruxelas, em 10 de Maio de 1952, e a Convenção Internacional sobre Arresto de Navios, assinada em Genebra, em

mos deixar de mencionar a Convenção de Bruxelas de 1926, “Convenção Internacional para Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas”, promulgada por meio do Decreto nº 351, de 1 de outubro de 1935.

Inobstante a referida Convenção não trazer em seus artigos nenhuma menção ao arresto de embarcações, sua importância para o instituto é notável quando se verifica a atualização significativa do rol dos créditos privilegiados, os quais, conforme já visto, poderiam ser considerados pressuposto para o arresto de embarcação, fato esse já superado pela jurisprudência pátria.

Assim, a Convenção de Bruxelas de 1926 serviu para estender as hipóteses de cabimento do arresto de embarcações, até então limitado aos créditos privilegiados elencados nos artigos 470, 471 e 474 do Código Comercial de 1850.

Para fins exemplificativos, destaca-se o artigo 2º da referida Convenção, merecendo em especial relevo a inovação para configuração como crédito privilegiado, no que tange às remunerações devidas pelo socorro e assistência e a contribuição do navio às avarias comuns, bem como a indenização devida resultante de colisões ou qualquer outro acidente marítimo.

Artigo 2º - São Privilegiados sobre o navio, sobre o frete da viagem durante a qual se origine o credito privilegiado e sobre os accessorios do navio e frete adquirido desde o inicio da viagem:

1 - As custas judiciais devidas ao Estado e despesas feitas no interesse commum dos credores, para a conservação do navio ou para conseguir sua venda e bem assim a distribuição do respectivo preço; os direitos de tonelagem, de pharol ou de porto e outras taxas e impostos publicos da mesma especie; os gastos de pilotagem; as despesas de guarda e conservação desde a entrada do navio no ultimo porto;

2 - Os creditos resultantes do contracto de engajamento do capitão, da tripulação e de outras pessoas engajadas a bordo;

3 - As remunerações devidas pelo socorro e assistencia e a contribuição do navio ás avarias communs;

12 de Março de 1999.

4 - As indemnizações pela abordagem ou outros accidentes de navegação, assim como pelos danos causados as obras de arte dos portos, docas e vias navegaveis; as indemnizações por lesões corporaes aos passageiros e aos tripulantes; as indemnizações por perdas ou avarias carregamento e bagagens;

5 - Os creditos provenientes de contractos lavrados ou de operações realizadas pelo capitão fóra do porto de registro, em virtude de seus poderes legaes, para as necessidades reaes da conservação do navio ou do prosequimento da viagem, sem levar em conta si o capitão é ou não, ao mesmo tempo, proprietario do navio e si o credito é seu ou dos fornecedores, dos reparadores, às prestamistas ou de outros contractantes.

Em que pese alguns créditos privilegiados elencados acima já constarem no Código Comercial de 1850, a repetição dos mesmos é relevante para jurisdição interna tendo em vista que, ao estarem presentes na referida Convenção, a eles foi atribuída uma categoria de preferência daqueles listados tão somente no Código Comercial. Aliás, a Convenção de 1926 ressalva expressamente que as leis nacionais dos Estados signatários poderão estabelecer outros créditos de natureza privilegiada, não estando assim, revogados os créditos privilegiados tratados em legislação interna e não mencionados pela Convenção¹⁵. Assim, a lista final do *ranking* do crédito privilegiado deve ser interpretada de forma harmônica¹⁶, considerando-se o rol previsto por ambos diplomas.

É importante notar também que no Brasil os créditos privilegiados constituem hipotecas tácitas sobre o navio, abrangendo, a Convenção de Bruxelas de 1926, apenas os créditos motivadores do arresto “*in rem*”¹⁷.

15 Artigo 3º da Convenção de Bruxelas de 1926, tradução oficial da época: “As leis nacionaes podem conceder privilegio a outros creditos além dos previstos no dito artigo, sem modificar, porém, a categoria reservada aos creditos garantidos por hypotheca, amortização e caução e aos privilegios que sobre elles têm precedencia.”

16 1. Impostos Federais; 2. Custas e honorários advocatícios; 3. Reclamações resultantes das relações empregatícias do Comandante, da tripulação e do pessoal do navio; 4. Indenizações devidas por salvamento; 5. Contribuições de Avaria Grossa; 6. Obrigações assumidas pelo Comandante fora de seu porto de registro para reais necessidades de manutenção ou para a continuação da viagem; 7. Indenizações devidas resultantes de colisões ou de qualquer outro acidente marítimo; 8. Hipotecas; 9. Taxas portuárias que não impostos; 10. Pagamentos vencidos devidos a depositários, relativos à armazenagem e aluguel de armazéns, equipamento do navio; 11. Despesas para a manutenção do navio e seus pertences, manutenção no porto e venda; 12. Faltas e avarias da carga; 13. Dívidas decorrentes da construção do navio; 14. Despesas incorridas com o reparo do navio e de seus pertences

17 Artigo 8º da Convenção de Bruxelas de 1926, tradução oficial da época: “Os créditos privilegiados acompanham o navio qualquer que seja o seu detentor”.

A critério de esclarecimento, cumpre lembrar que esse tipo de arresto se oriunda de dívida contraída pela própria embarcação, dívida esta que adere ao bem e o acompanha, sendo transferida, inclusive, para o novo proprietário da embarcação, a não ser em caso de alienação judicial.

Outro ponto que merece destaque é o fato de a Convenção de Bruxelas de 1926, diante de sua promulgação ser posterior ao Código Comercial de 1850, servir como fundamento para superar as exigências e restrições do Código, até porque a Convenção traz especificamente no seu artigo 11 a previsão de que os créditos privilegiados não estão sujeitos a nenhuma formalidade¹⁸.

Em julgado no qual se debatia a validade de exigência do artigo 479 do Código Comercial, mais especificamente a proibição legal de arresto quando o navio está carregado com mais de 25% (vinte e cinco por cento) de sua carga, o i. Ministro Antonio Carlos Ferreira, citou doutrina especializada, para reconhecer que, diante da ausência da referida obrigatoriedade na Convenção de Bruxelas de 1926, o arresto no aludido caso não necessitaria cumprir tal pressuposto, superando esta antiga restrição do Código Comercial¹⁹.

Verifica-se, portanto, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência tendem a se valer das Convenções Internacionais para superar as desatualizações normativas internas.

4. O ARRESTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O arresto preventivo de embarcação no Código de Processo Civil de 1973 encontrava fundamento em duas modalidades. A primeira, nos artigos 813 a 820, que tratavam do procedimento cautelar específico de

18 Artigo 11º da Convenção de Bruxelas de 1926, tradução oficial da época: “Salvo o previsto na presente convenção, os privilégios estabelecidos pelas disposições que precedem não ficam sujeitos a qualquer formalidade ou condição especial de prova.”

19 “Destaco, a propósito, que a própria validade da proibição legal de arresto quando o navio está carregado com mais de 25% (vinte e cinco por cento) de sua carga, tal qual defendido pela requerente, tem sido questionada pela doutrina especializada, frente às disposições da Convenção de Bruxelas, internalizada pelo Decreto n. 351/1935, que não faz referência a qualquer limite para adoção da medida”. Segundo a lição de CARLA ADRIANA COMITRE GILBERTONI (*Teoria e Prática do Direito Marítimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 264): “Além do título representativo do crédito, é necessário que o navio ou embarcação, objeto do arresto esteja sem carga ou com menos de um quarto de sua capacidade de carga, isto é, 25% de sua lotação. Essa lotação, no entanto, é duvidosa, uma vez que pode tornar-se difícil sua comprovação. Ademais, não está consignada na Convenção de Bruxelas a obrigatoriedade da comprovação de tal limite, nem mesmo a sua observância, abrindo-se, dessa forma, a possibilidade de um arresto sem tal comprovação.” (MC 021042/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2013, DJe 28/05/2013)

arresto. Já a segunda, mais utilizada na prática jurídica, no artigo 798 do referido código²⁰, que tratava do poder de cautela do magistrado, ensejando o manejo do pedido de arresto de embarcações sob a forma de uma medida cautelar inominada, isso sem se falar da possibilidade do arresto executivo, objetivando constrição do bem para ser levado a adjudicação ou praça pública, para satisfazer um título executivo.

A respeito da cautelar típica de arresto, os artigos 813²¹ e 814²² tratavam do cabimento e dos requisitos, dispondo que, para concessão do arresto de bens, seria essencial a prova literal da dívida líquida e certa, bem como prova documental ou justificação de que o devedor tentaria se esquivar do pagamento do crédito assumido.

Vale destacar que, consoante disposto no artigo 816 do CPC/73, a justificação prévia poderia ser dispensada caso o autor da ação prestasse caução, a fim de ressarcir os danos que a parte arrestada pudesse vir a sofrer²³.

Diferentemente do arresto descrito pelo Código Comercial de 1850, pela nomenclatura de embargo ou detenção, a cautelar típica de arresto do CPC/73 não exigia que o crédito que embasasse a pretensão fosse privilegiado. Contudo, conforme mencionado, o mesmo teria que ser necessariamente líquido e certo.

Entretanto, na praxe marítima, vê-se comumente a realização de contratos que não preenchem todas formalidades nem o pressuposto de dívida líquida e certa.

20 Art. 798 do CPC/73. "Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."

21 Art. 813 do CPC/73. "O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei."

22 Art. 814 do CPC/73. "Para a concessão do arresto é essencial: I - prova literal da dívida líquida e certa; II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se."

23 Art. 816. "O juiz concederá o arresto independentemente de justificação prévia: I - quando for requerido pela União, Estado ou Município, nos casos previstos em lei; II - se o credor prestar caução (art. 804). Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer."

Dessa maneira, o tema gerava enorme debate doutrinário²⁴, tendo a referida questão sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se posicionou pela desnecessidade do referido requisito:

“De fato, a concessão do arresto necessita do cumprimento dos requisitos inseridos no art. 814 do CPC, dentre eles a prova literal da dívida líquida e certa. Não se enquadrando nesses requisitos, é possível que o pleito que se pretende alcançar por meio do arresto seja julgado improcedente.

No entanto, necessitando o indivíduo de procedimento cautelar que possa garantir a eficácia de ação em trâmite, não se enquadrando dentre aquelas especificadas no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, uma vez que não detém os elementos necessários ao êxito do seu pedido, pode, então, socorrer-se no poder geral de cautela conferido ao magistrado”²⁵.

Conforme se pode depreender do julgado do Ministro Felix Fischer, apresentado acima, a fim de garantir a defesa do direito de credor não possuidor de crédito privilegiado, ou dívida líquida e certa, os magistrados optavam por aplicar o disposto no artigo 798 do Código de Processo Civil.

Verifica-se, portanto, que, apesar de o Código Comercial de 1850 e o Código de Processo Civil de 1973, no que tange à modalidade típica de cautelar de arresto, estabelecerem requisitos bem restritos, na prática tanto a jurisprudência quanto a doutrina, buscavam amenizar esses impedimentos a fim de possibilitar a garantia de execução de eventual crédito, privilegiado ou não, líquido ou não. A tendência jurisprudencial foi, sem dúvida, a de prestigiar o poder geral de cautela do magistrado.

24 “Registra-se nesse ínterim tendência doutrinária e jurisprudencial que vem defendendo o abrandamento do rigor na determinação do requisito atinente à prova literal de dívida líquida e certa. A tendência em questão vem propugnando pela desnecessidade de o credor dispor, na propositura da ação de arresto, de um título executivo perfeito e completo. Sob a égide de tal teoria, basta o credor apresentar prova documental de dívida reconhecida pelo devedor, ou a ele oponível com verossimilhança.” (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. **Curso de Direito Marítimo**. V. II, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2008 p. 381)

“O arresto de navios possui um regime jurídico diferenciado, que não necessita demonstrar a existência ou o montante da dívida para sua concessão. Este é o entendimento da doutrina, que pode ser resumido no pensamento de Ovídio Baptista da Silva: “Os arrestos especiais dispensam também a prova de liquidez e certeza da dívida, podendo decretar-se com base em simples justificação que demonstrem a existência provável do crédito que se pretende assegurar com o arresto.” (D’ÁVILA, André Luiz Bettgea. “O Arresto Cautelar de Navios.” In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Temas atuais de direito do comércio internacional**, V. 2. 1ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 283)

25 (STJ – REsp nº 753.788/AL; 5ª Turma; Min. Rel. Ministro Felix Fischer; Dje. 14/11/2005).

Tendo isso em mente, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor nesse último mês de março, trouxe grande evolução ao uniformizar as diferentes cautelares do CPC/73, simplificando as regras de tais cautelares, específicas ou não específicas.

5. O ARRESTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1. A Tutela Provisória

O novo Código de Processo Civil simplificou a questão das cautelares e tutelas antecipadas.

Nesse sentido foi criado o instituto da Tutela Provisória, intitulada no Livro V do referido código. Conforme se verifica pelo artigo 294 do CPC/15²⁶, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Podendo esta primeira ser concedida em caráter antecedente, ou seja, antes da citação do réu, ou incidental, ao longo do processo.

A principal diferença entre essas duas categorias ocorre pelos requisitos específicos para suas concessões. Enquanto a tutela de urgência, descrita nos artigos 300 a 310 do Código de Processo Civil de 2015, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, na tutela de evidência, expressa no artigo 311 do CPC/15, não será necessária tal demonstração.

Assim, o fundamento para sua aplicação é justamente evitar o prolongamento desnecessário do processo, sendo possível quando: (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, ou, por fim, (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Tendo em vista que o instituto do arresto encontra respaldo na tutela de urgência, iremos nos atentar mais para tal modalidade, a qual

26 Art. 294 do CPC/15. "A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental."

pode ser dividida em antecipada, pelos artigos 303 e 304 do CPC/15, ou cautelar, pelos artigos 305 a 310 do mesmo código.

A fim de realizar tal distinção, o que se deve ter em mente é justamente a natureza satisfativa que a concessão de eventual tutela irá gerar perante o pedido principal.

Na tutela de urgência antecipada, a sua própria concessão satisfaz o pedido da demanda principal, sendo, contudo, uma vez deferida, ainda necessária a complementação da argumentação no prazo de quinze dias sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Já na tutela de urgência cautelar, que abrange o arresto, a sua concessão não satisfaz a pretensão principal. Nesse sentido, inobstante o artigo 301²⁷ mencionar expressamente o arresto como tutela de urgência de natureza cautelar, tal classificação se faz possível por própria dedução lógica.

Conforme visto anteriormente, o arresto de embarcações visa garantir o crédito e o pagamento de eventual dívida e, assim, não se pretende deter ou possuir a própria embarcação arrestada, como aconteceria no instituto do sequestro²⁸. O arresto de embarcações se insere na tutela de urgência cautelar sendo o pedido principal o pagamento do crédito, não estando, portanto, satisfeita a pretensão pelo próprio arresto.

5.2. A Tutela Cautelar

A tutela cautelar, conforme visto acima, poderá ser realizada em caráter antecedente ou incidental. A respeito desta primeira, os artigos 305 a 310 do novo Código de Processo Civil detalham o novo procedimento a ser adotado para sua aplicação.

Considerando que o arresto de embarcações é, na maior parte das vezes, requerido em caráter antecedente, torna-se oportuno verificar os aspectos processuais para sua concessão e manutenção.

27 Art. 301 do CPC/15. “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

28 “o objetivo da medida, tal qual prevista pelo legislador processual civil, é o de garantir a guarda e a conservação de coisas enquanto o credor aguarda o instante oportuno para sua execução” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252).

Nesse sentido, observa-se que o artigo 305²⁹ já expressa a necessidade da exposição sumária do direito, comumente denominado “*fumus boni iuris*”, bem como da necessidade de comprovar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o conhecido “*periculum in mora*”.

Contudo, tal questão foi mais organizada no novo Código de Processo Civil, estando, inclusive, expressa no próprio artigo que trata da tutela de urgência³⁰, a possibilidade de o Magistrado exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer³¹.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou nova questão que não constava no CPC/73 quando mencionadas as possibilidades de extinção da cautelar em seu artigo 808³². O que no setor internacional é conhecido como “*wrongful arrest*”, ou seja, arresto equivocado, evidentemente gera um dano reverso à parte arrestada, motivo pelo qual o CPC/15 tratou de normatizar a devida indenização dentro dos próprios autos, incluindo junto dos requisitos para concessão da tutela de urgência. Dessa maneira, o artigo 302 estabelece que:

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

29 Art. 305 do CPC/15. “A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303”.

30 Art. 300 do CPC/15. “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.”

31 Existia dispositivo semelhante no Código de Processo Civil de 1973: “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

32 Art. 808 do CPC/15. “Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.”

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível."

Tem-se em vista que, diante da possibilidade processual de se conseguir arrestar uma embarcação, é necessária uma proteção mais expressa ao réu que venha a sofrer, porventura, um arresto indevido.

Uma das principais inovações trazidas pelo CPC/15 a respeito da substituição da medida cautelar foi a desnecessidade de propositura de ação principal autônoma. Pelo artigo 308³³ do referido código, uma vez efetivada a tutela cautelar, o pedido principal será formulado no prazo de 30 dias, e será apresentado nos próprios autos em que foi deduzido o pedido de tutela cautelar, não sendo necessário o adiantamento de novas custas processuais.

Tal instrução processual é relevante, considerando que o processo passa a ser mais organizado, o que gera uma agilidade em seu deslinde, bem como economia significativa para o autor a respeito da desnecessidade de recolher novamente custas processuais.

Convém ressaltar que, antes ou após a decisão do arresto, é possível ao Magistrado designar uma audiência especial ou conciliatória entre as partes, sobretudo considerando que deve ser de interesse de ambas as partes que se faça cessar os riscos que existem ao se arrestar uma embarcação.

Como afirmado anteriormente, para o autor da ação não é interessante que a embarcação fique indefinidamente atracada ao porto, seja porque (i) sua deterioração reduz o valor garantido, (ii) o custo fixo oriundo do trabalho para conservação do navio poderia estar sendo destinado para quitação da dívida, (iii) a embarcação pode estar propensa a riscos e outras despesas inclusive de cunho privilegiado, que pode até afetar o crédito da parte arretante, ou, ainda, (iv) os prejuízos causados ao réu, caso a sentença seja improcedente, poderia gerar dívida significativa para o autor em sede de dano reverso.

33 Art. 308 do CPC/15. "Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. § 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. § 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal. § 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. § 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335."

Sobre esse ponto, atenta-se que o arresto de embarcações se torna complexo quando se trata da conservação trabalhosa do navio arrestado, sendo, muitas vezes, necessário nomear depositário responsável pela manutenção do navio, o qual, obviamente, deverá receber por isso, aumentando o valor da dívida contraída.

Considerando a hipótese de eventual deterioração da embarcação diante do arresto, que, por si só, iria gradativamente desvalorizar o bem arrestado, reduzindo o valor econômico da garantia de pagamento do crédito, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 852³⁴, tratou de questão que já era adotada pelo antigo código³⁵, qual seja, a possibilidade de alienar antecipadamente o bem móvel sujeito à depreciação ou à deterioração.

Em caso recente, o MM. Juízo da 6ª Vara Empresarial do Estado do Rio de Janeiro deferiu a alienação da embarcação “ATREK” que se encontrava arrestada por prolongado período de tempo, diante da ausência de pagamento do agente marítimo pelo devedor. Assim, também abandonada pelo seu proprietário e tripulação, a embarcação estava se deteriorando rapidamente no porto, podendo, inclusive, causar grave prejuízo ao patrimônio público e meio ambiente, principalmente perante a região do Porto de Maceió³⁶.

34 Art. 852 do CPC/15. “O juiz determinará a alienação antecipada dos bens penhorados quando: I - se tratar de veículos automotores, de pedras e metais preciosos e de outros bens móveis sujeitos à depreciação ou à deterioração; II - houver manifesta vantagem.”

35 Art. 670 do CPC/15. “O juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados quando: I - sujeitos a deterioração ou depreciação; II - houver manifesta vantagem. Parágrafo único. Quando uma das partes requerer a alienação antecipada dos bens penhorados, o juiz ouvirá sempre a outra antes de decidir.”

36 “Com efeito, a Autoridade Portuária de Maceió, onde se encontra atracada e arrestada a embarcação ATREK, veio aos autos para comunicar a situação irregular em que se encontra o navio, visto que a tripulação abandonou a embarcação, e o agente marítimo deixou de honrar os compromissos relativos à permanência na instalação portuária, por conta da inadimplência da armadora, de bandeira ucraniana. Informou, ainda, a Autoridade Portuária que há sérios riscos de se causar danos incalculáveis ao patrimônio e, sobretudo, ao meio ambiente do Porto de Maceió. De plano, ainda que se entenda que não se encontra devidamente comprovada a propriedade da embarcação, tal questionamento não pode impedir a adoção de medida constritiva e conservatória do patrimônio público. Isto porque as despesas relacionadas à embarcação acompanham o bem independentemente de sua propriedade ou posse, e preferem a qualquer outra dívida contraída em seu favor - sem olvidar a solidariedade existente entre o dono da embarcação e os demais personagens intervenientes na relação marítima, tais como o embarcador, fretador e afretador. No que diz respeito à eventual irreversibilidade da medida, entendo que, ante o grave fato novo surgido, a irreversibilidade maior agora a ser obstada seria a ocorrência de grave dano ambiental, na medida em que a rejeição da venda antecipada da embarcação, ensejará a sua permanência no porto onde se encontra atracado, com risco de deterioração e naufrágio, com vazamento de óleo diesel e detritos tóxicos no mar. Por outro lado, não há restrição processual para a venda excepcional da coisa arrestada, já que o pleito está amparado no art. 670 do CPC, que prevê a autorização judicial para alienação antecipada de bem penhorado (ou arrestado - art. 821 do CPC), quando sujeito à deterioração ou depreciação, e houve manifesta vantagem. Com efeito, o bem arrestado está abandonado, em estado de depreciação agravado pelas forças das intempéries do ambiente portuário, sem qualquer tripulação, sem vigilância ou manutenção, gerando despesas portuárias, e com potencial risco de afundar e causar grave prejuízo ao patrimônio público e meio ambiente. Não faltam precedentes para lembrar que, via de regra, os bens constritos judicialmente sofrem com a ação do tempo e se deterioram, deixando de preservar os valores garantidos, e se finalizam com seu sucateamento e venda por preço vil, frustrando-se a execução, e causando prejuízo às partes. Ora, se a lei

Considerando o que foi demonstrado ao longo do presente capítulo, verificamos que o Código de Processo Civil de 2015 acertou em absorver, do antigo código, as questões jurídicas relevantes para prática do arresto, como a própria alienação antecipada, e, ainda, simplificando a concessão de tal medida de forma que se adequou ao que já era adotado na prática.

Assim, pode-se concluir que as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil são pontuais, mas de relevante impacto para o instituto de arresto, como a extinção da seção sobre Arresto, no capítulo de Procedimentos Cautelares Específicos (art. 813 a 821, CPC/73), bem como a previsão do arresto como uma das tutelas provisórias de urgência, a ser requerida em caráter cautelar ou, ainda, a extinção na propositura da Ação Principal apartada da cautelar.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que o instituto do arresto de embarcações possui fontes normativas diversas em nosso ordenamento, como o Código Comercial de 1850, a Convenção de Bruxelas de 1926 e a Lei Processual Civil, as quais devem ser interpretadas de forma harmônica.

Neste ano de 2016 já tivemos um grande avanço para aplicação e também proteção aos riscos inerentes ao arresto de embarcações no Brasil com o advento do novo Código de Processo Civil, o qual já está sendo posto em prática perante os Tribunais do país.

De todo modo, a reforma e atualização deste instituto, como por exemplo por meio dos Projetos-Lei do novo Código Comercial em trâmite no Senado e Câmara dos Deputados, ou mesmo pela ratificação das Convenções Internacionais sobre a matéria, poderão significar uma maior aproximação e inserção do Brasil na realidade e prática internacional e maior segurança jurídica na aplicação do instituto. ❖

autoriza a venda antecipada quando o bem arrestado está sujeito à depreciação, com mais razão deve ser autorizada a venda quando o bem, além de sujeito ao perecimento progressivo, é também causa de perigo de grave acidente ambiental. Assim, no exercício do juízo de retratação, invoco o poder geral de cautela, na forma do art. 798 do CPC, já que presente o perigo de dano ambiental irreparável, para o fim de deferir a alienação antecipada da embarcação ATREK, com depósito do preço de venda em conta judicial." (Ação Ordinária nº 0029314-32.2013.8.19.0001, Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana, substituto da 6ª Vara Empresarial, decisão proferida em 06.08.14)

Esculturas: Passado, Presente e Sequência

Gustavo Martins de Almeida

Advogado formado pela PUC-RIO, com atuação na área de direito autoral e do entretenimento, e responsabilidade civil; Mestre em Direito pela UGF, Doutorando na UVA, membro da Comissão de Direito Autoral da OAB-RJ e do Conselho Deliberativo do Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro.

Indagado sobre como conseguira esculpir a “Pietà” (ou “Davi”, as versões variam), a partir de um bloco de *mármore*, Michelangelo teria dado a famosa resposta: “Ela já estava lá; *eu só tirei o excesso*”. O crescente mercado contemporâneo de arte, principalmente esculturas, a limitação numérica dos exemplares, a legislação estrangeira e brasileira específica sobre o tema e o direito de sequência são os temas deste artigo. O mercado de artes experimenta fase de grande crescimento no Brasil e faz-se necessário o conhecimento das regras existentes – e aquelas faltantes – para melhor regulamentar o setor, sem interferir na sua autonomia.

DOIS TIPOS DE ESCULTURAS

Basicamente a história registra dois tipos de esculturas, em relação à sua reprodutibilidade. A de materiais que geralmente permitem a confecção de um só exemplar, como mármore e madeira, e aquelas que, por se originarem de um molde, ou de um projeto, podem ser reproduzidas facilmente, como os bronzes de Rodin e Giacometti, no primeiro caso, e os móveis de Calder, na segunda hipótese.

Com relação aos “bronzes”, chama atenção a arte dos fundidores, que remonta à antiguidade e consiste na confecção e montagem do molde, “recheio” com bronze, basicamente uma liga de cobre e estanho, que gera a escultura. Há toda uma técnica que evita bolhas de ar na base da escultura, fidelidade ao molde original, durabilidade, etc. e permite a pro-

dução de exemplares, dentro de limites numéricos e de desgaste do material que serve de molde.

Já as esculturas baseadas em projetos, como os móveis de Calder e outras que resultam da montagem de peças pré-determinadas, podem ser reproduzidas quase que infinitamente, o que aumenta a exigência de controle do número de exemplares “criados”.

Na França, por conta da tradição das artes, de detalhada regulamentação, contida em Leis federais, entende-se - para efeito do direito de sequência, ou *droit de suite*, que será referido mais adiante - que as esculturas podem ser consideradas originais até o número de 12 exemplares, sendo 8 (1/8, 2/8 e sucessivamente) identificadas por algarismos arábicos e mais 4 provas do artista (*épreuve d'artiste*, ou EA) numeradas em algarismo romanos; EA I/IV até IV/IV.¹

Também regulam a numeração das esculturas na França o Sindicato Geral dos Fundidores, Sindicato dos Escultores, Câmara Nacional dos Leiloeiros e Comitê das Galerias de Arte.

Os móveis, por sua vez, ou outras esculturas que dependam de corte de metais (aço, alumínio, ferro) podem ser reproduzidos mais facilmente, pois não sofrem a limitação da forma, do molde (*moule*, em francês) para a sua elaboração, muito embora se exija controle numérico dos exemplares.

Daí surgem 2 questões: (a) a referente às obras feitas pelo artista e sob sua responsabilidade, que são consideradas exemplares originais pela

¹ Article R122-3 *En savoir plus sur cet article...*

Modifié par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 2

Les oeuvres mentionnées à l'article R. 122-1 sont les oeuvres originales graphiques ou plastiques créées par l'auteur lui-même, telles que les tableaux, les collages, les peintures, les dessins, les gravures, les estampes, les lithographies, les sculptures, les tapisseries, les céramiques, les verreries, les photographies et les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique.

LES OEUVRES EXÉCUTÉES EN NOMBRE LIMITÉ D'EXEMPLAIRES ET SOUS LA RESPONSABILITÉ DE L'AUTEUR SONT CONSIDÉRÉES COMME OEUVRES D'ART ORIGINALES AU SENS DE L'ALINÉA PRÉCÉDENT SI ELLES SONT NUMÉROTÉES OU SIGNÉES OU DUMENT AUTORISÉES D'UNE AUTRE MANIÈRE PAR L'AUTEUR. CE SONT NOTAMMENT:

a) *Les gravures, estampes et lithographies originales tirées en nombre limité d'une ou plusieurs planches;*
b) **Les éditions de sculpture, dans la limite de douze exemplaires, exemplaires numérotés et épreuves d'artiste confondus ;**
c) *Les tapisseries et oeuvres d'art textile faites à la main, sur la base de modèles originaux fournis par l'artiste, dans la limite de huit exemplaires ;*
d) *Les émaux entièrement exécutés à la main et comportant la signature de l'artiste, dans la limite de huit exemplaires numérotés et de quatre épreuves d'artiste ;*
e) *Les oeuvres photographiques signées, dans la limite de trente exemplaires, quels qu'en soient le format et le support ;*
f) *Les créations plastiques sur support audiovisuel ou numérique dans la limite de douze exemplaires.*

lei francesa², e (b) aquelas feitas pelos herdeiros dos autores, com base no molde ou projeto deixado pelo artista já falecido.

Temos então que no caso do Código de Propriedade Intelectual francês, as obras feitas pelo artista ou sob sua responsabilidade, até o número de 12 são originais. Já o Código Geral dos impostos francês, no seu Anexo III, art. 98, limitava – este artigo teria sido revogado pelo Código mais recente - o número de esculturas originais a 8.³

Concluindo essa introdução, temos a questão do direito de sequência (*droit de suite*), que consiste no recebimento, pelo artista, ou por seus

2 Article L122-8

Modifié par *Loi n°2006-961 du 1 août 2006 - art. 48 JORF 3 août 2006*

Les auteurs d'oeuvres originales graphiques et plastiques ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen bénéficient d'un droit de suite, qui est un droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une oeuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art. Par dérogation, ce droit ne s'applique pas lorsque le vendeur a acquis l'oeuvre directement de l'auteur moins de trois ans avant cette vente et que le prix de vente ne dépasse pas 10 000 euros.

On entend par oeuvres originales au sens du présent article les oeuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité.

Le droit de suite est à la charge du vendeur. La responsabilité de son paiement incombe au professionnel intervenant dans la vente et, si la cession s'opère entre deux professionnels, au vendeur.

3 Article 98 A En savoir plus sur cet article...

Créé par *Décret n°95-172 du 17 février 1995 - art. 1 (V) JORF 18 février 1995*

I. Sont considérés comme biens d'occasion les biens meubles corporels susceptibles de remploi, en l'état ou après réparation, autres que des oeuvres d'art et des objets de collection ou d'antiquité et autres que des métaux précieux ou des pierres précieuses.

II. Sont considérées comme oeuvres d'art les réalisations ci-après :

1° Tableaux, collages et tableaux similaires, peintures et dessins, entièrement exécutés à la main par l'artiste, à l'exclusion des dessins d'architectes, d'ingénieurs et autres dessins industriels, commerciaux, topographiques ou similaires, des articles manufacturés décorés à la main, des toiles peintes pour décors de théâtres, fonds d'ateliers ou usages analogues ;

2° Gravures, estampes et lithographies originales tirées en nombre limité directement en noir ou en couleurs, d'une ou plusieurs planches entièrement exécutées à la main par l'artiste, quelle que soit la technique ou la matière employée, à l'exception de tout procédé mécanique ou photomécanique ;

3° A l'exclusion des articles de bijouterie, d'orfèvrerie et de joaillerie, productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture en toutes matières dès lors que les productions sont exécutées entièrement par l'artiste ; fontes de sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste ou ses ayants droit ;

4° Tapisseries et textiles muraux faits à la main, sur la base de cartons originaux fournis par les artistes, à condition qu'il n'existe pas plus de huit exemplaires de chacun d'eux ;

5° Exemplaires uniques de céramique, entièrement exécutés par l'artiste et signés par lui ;

6° Emaux sur cuivre, entièrement exécutés à la main, dans la limite de huit exemplaires numérotés et comportant la signature de l'artiste ou de l'atelier d'art, à l'exclusion des articles de bijouterie, d'orfèvrerie et de joaillerie ;

7° Photographies prises par l'artiste, tirées par lui ou sous son contrôle, signées et numérotées dans la limite de trente exemplaires, tous formats et supports confondus.

III. Sont considérés comme objets de collection les biens suivants, à l'exception des biens neufs :

1° Timbres-poste, timbres fiscaux, marques postales, enveloppes premier jour, entiers postaux et analogues, oblitérés ou bien non oblitérés mais n'ayant pas cours et n'étant pas destinés à avoir cours ;

2° Collections et spécimens pour collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, d'anatomie, ou présentant un intérêt historique, archéologique, paléontologique, ethnographique ou numismatique.

IV. Les objets d'antiquité sont les biens meubles, autres que des oeuvres d'art et des objets de collection, ayant plus de cent ans d'âge.

herdeiros, de percentual sobre as vendas sucessivas das obras de arte. Diz-se que a origem do instituto decorreu da cena retratada por Forain, desenhista francês do século XIX, na qual crianças maltrapilhas, vindo do lado de fora do Hotel de Ville, em Paris, o leilão por preço elevadíssimo de quadro de Millet, já falecido, disseram “*C’est um tableau de papa*”. Daí deliberou-se transmitir para os herdeiros o proveito econômico das obras de artistas que não conheceram o sucesso em vida.

Esse direito consta da Convenção de Berna, da qual o Brasil é signatário desde fevereiro de 1922, e estipula que:

Artigo 14ter

1) Quanto às obras de arte originais e aos manuscritos originais dos escritores e compositores, o autor - ou, depois da sua morte, as pessoas físicas ou jurídicas como tais qualificadas pela legislação nacional - goza de um direito inalienável de ser interessado nas operações de venda de que a obra for objeto depois da primeira cessão efetuada pelo autor.

2) A proteção prevista no parágrafo anterior só é exigível em cada país unionista se a legislação do país a que pertence o autor admite essa proteção e na medida em que o permite a legislação do país onde tal proteção é reclamada.

3) As modalidades e as taxas de percepção são determinadas em cada legislação nacional.

O Brasil tem na sua legislação esse direito, só que a redação do artigo que a instituiu, na atual lei do direito de autor (9.610/98), é péssima. Leia e faça breve reflexão acerca da aplicação prática do dispositivo:

“Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.

Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de seqüência no ato da revenda, o vendedor é considerado de-

positário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.”

Então, (a) o recebimento “mínimo” é de 5%. E qual é o máximo? (b) se a obra é revendida por preço menor, o autor paga a diferença? (c) na oscilação do preço da obra, qual a base para cálculo da revenda; a primeira de todas ou a mais baixa? O leiloeiro deverá ser depositário de 5% da revenda das obras; por quanto tempo guarda esse dinheiro? Se não aparecer interessado, o que ele faz com o “depósito”? Devolve o dinheiro para as partes?

Essas perguntas mostram a inviabilidade de aplicação prática do dispositivo. Só conheço um caso, no Brasil, de aplicação de direito de seqüência que foi julgado pelo STJ e beneficiou João Cândido Portinari, que teve uma obra penhorada pelo Banco do Brasil por um valor X e depois revendida por muito mais, mas a lei era outra.⁴

Mais fácil de aplicar é a tabela da Diretiva da União Européia que estipula o pagamento do *droit de suite* em percentuais sobre o valor da venda (não sobre a variação) da obra, com limites mínimo e máximo. Aqui vai o texto contido na lei portuguesa, que reproduz a norma geral Européia:

“Artigo 54.º

Direito de seqüência

1 - O autor de uma obra de arte original que não seja de arquitectura nem de arte aplicada tem direito a uma participação sobre o preço obtido, livre de impostos, pela venda dessa obra, realizada mediante a intervenção de qualquer agente que actue profissional e estavelmente no mercado de arte, após a sua alienação inicial por aquele.

2 - Para o efeito do disposto no número anterior, entende-se por ‘obra de arte original’ qualquer obra de arte gráfica ou plástica, tal como quadros, colagens, pinturas, desenhos, serigrafias, gravuras, estampas, litografias, esculturas, ta-

⁴ Lei 5.988/73

“Art. 39. O autor, que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito irrenunciável e inalienável a participar na mais-valia que a eles advierem, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.

§ 1º Essa participação será de vinte por cento sobre o aumento de preço obtido em cada alienação, em face da imediatamente anterior.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo quando o aumento do preço resultar apenas da desvalorização da moeda, ou quando o preço alcançado foi inferior a cinco vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País.”

peçarias, cerâmicas, vidros e fotografias, na medida em que seja executada pelo autor ou se trate de cópias consideradas como obras de arte originais, devendo estas ser numeradas, assinadas ou por qualquer modo por ele autorizadas.

3 - O direito referido no n.º 1 é inalienável e irrenunciável.

4 - A participação sobre o preço prevista no n.º 1 é fixada do seguinte modo:

a) 4 % sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 3000 e (euro) 50 000;

b) 3 % sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 50 000,01 e (euro) 200 000;

c) 1 % sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 200 000,01 e (euro) 350 000;

d) 0,5 % sobre o preço de venda cujo montante esteja compreendido entre (euro) 350 000,01 e (euro) 500 000;

e) 0,25 % sobre o preço de venda cujo montante seja superior a (euro) 500 000,01.

5 - O montante total da participação em cada transacção não pode exceder (euro) 12 500".

Consulta feita a regulamentação de leilões da Casa Christie's mostra que lá também se contempla o direito de sequência (*resale right*, em inglês), da seguinte forma:

- ***Droit de Suite The Artist's Resale Right***
- *Droit de Suite is a royalty payable to a qualifying artist or the artist's heirs each time a work is re-sold during the artist's lifetime and during the 70 years following the artist's death. Taking effect in the UK on 14 February 2006, it will initially only apply to the works of living artists. In 2012, Droit de Suite will be extended to apply to an artist's works for a period of 70 years after his death.*
- *Following the introduction of the Artist's Resale Right Regulations 2006 on 14 February, Christie's has decided an amount*

equal to the resale royalty will be collected from the buyer of a work of art covered by these Regulations. This will then be passed to the relevant collecting agency.

- *Royalties will be calculated using a sliding scale of percentages of the sale price, net of tax. For auction companies, the sale price is the hammer price (i.e., the price without the premium). However, the total amount of royalty on any one sale or lot shall not exceed €12,500. Resale royalties are not subject to VAT. Resale royalty does not apply when the hammer price is less than €1,000.*

É de se notar aqui um conceito interessante, extraído do texto da União Europeia. Para fins de direito de sequência, considera-se “obra de arte original’ qualquer obra de arte gráfica ou plástica, tal como ..., **es-culturas**, na medida em que seja executada pelo autor ou se trate de cópias consideradas como obras de arte originais, devendo estas ser numeradas, assinadas ou por qualquer modo por ele autorizadas.”

Então, por esse conceito, a obra de arte original, para fins de direito de sequência, não incluiria aquelas obras que não fossem feitas pelo artista, ou por ele ou diretamente autorizadas.

Temos aqui, então uma controvérsia acerca da aplicação do direito de sequência a respeito de obras que não tenham sido feitas diretamente pelo artista. Como já vimos na lei francesa, a obra de arte pode ser considerada original se controlada pelos herdeiros (aqui deliberadamente trato de esculturas refundidas ou reproduzidas, obviamente excluídos quadros e esculturas em mármore) e limitada a oito exemplares (fontes de *sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l’artiste ou ses ayants droit*).

Então até 12 exemplares de esculturas podem ser considerados obras originais, porém para fins do direito de sequência, somente sobre até 8 exemplares pode ser exercido esse direito de cobrança.

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a lei de direito autoral em vigor (9.610/98) assim trata da obra de artes plásticas, no que diz respeito à sua autoria:

“Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

“Art. 9º À cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original.”

É razoável entender que a gravura é protegida assim como quadro e as réplicas da obra original, desde que feitas pelo próprio autor.

No art. 39 dessa lei, que regula o direito de sequência, não se menciona, no entanto, a originalidade, ou não da obra, e só se refere ao autor; **“O autor** tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que **[ele, autor]** houver alienado.”

Então surgem mais 4 questões – sim, o tema é polêmico – (a) só o autor pode exercer esse direito, ou esse direito é transmissível aos herdeiros? (b) ele só pode ser exercido sobre as obras feitas diretamente pelo autor, ou pelas supervisionadas pelos herdeiros? (c) as esculturas reproduzíveis podem ser feitas após a morte do autor? há limite de número de esculturas? (d) que critério de cálculo utilizar para a eventual incidência desse direito?

Me parece que a primeira resposta é fácil; esse direito de sequência pode sim ser transmitido aos herdeiros. A partir da segunda questão, a resposta é menos imediata e depende de regulamentação, que esbarra em outros aspectos do direito.

O cálculo já se viu que é difícil, pois as variáveis “percentual mínimo” e “diferença de preço” complicam qualquer operação razoável, além de conterem incertezas para beneficiários e negociantes de obras de arte.

Mas as questões referentes à originalidade das obras de arte e seus reflexos no mercado no direito de sequência são delicados. Pode-se destacar, desde logo; (a) como identificar as obras feitas diretamente pelo artista, (b) aquelas reproduzidas pelo artista, sob sua responsabilidade, (c) aquelas feitas pelos herdeiros do artista, (d) a quantidade de obras e a certificação.

E as questões se afunilam e gravitam em torno dos seguintes pontos, com relação a **esculturas**: Como identificar a quantidade de obras feitas diretamente pelo artista? Como controlar as reproduções feitas por ele? Como identificar as obras feitas por herdeiros, quando as esculturas são passíveis de fácil reprodução, por meio de moldes ou projetos? Quantas esculturas feitas pelo artista podem ser consideradas originais no Brasil? Oito? Menos?

E mais. O *droit de suite* deve vigorar em tempos de pleno conhecimento dos artistas pela mídia? Se deve perdurar, por quanto tempo? 70 anos?

As indagações são muitas e as respostas não são fáceis, mas é necessário abordar o tema de frente, e com brevidade, pois o mercado brasileiro cresce muito e essas incertezas geram muitos e graves reflexos.

Pelo ângulo do direito do consumidor, quem compra uma obra de arte é um consumidor final e tem o direito de ser informado a respeito do bem que está adquirindo, e sua natureza. Se a escultura for original ou reprodução, seu valor no mercado varia muitíssimo e o comprador pode estar sendo lesado, ou ... beneficiado.

Os certificados de autenticidade de obras de arte no Brasil têm um padrão determinado? Se a obra do artista sofrer um dano, como desgaste pelo tempo, ele reparará o trabalho? Quais são as cláusulas básicas de aquisição de obra de arte em galerias? E em leilões? Note-se que o vendedor e o comprador de obras de arte estão inseridos no conceito do Código do Consumidor brasileiro:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

QUESTÃO INTERNACIONAL RECENTE E SITES DE FUNDAÇÕES

Uma das motivações deste artigo foi o caso recentemente divulgado envolvendo acusações dos herdeiros de Calder em relação a obras co-

mercializadas indevidamente⁵. E a consulta aos sites de Giacometti, Calder e Rodin mostram o cuidado das fundações com as reproduções indevidas.

No anexo, vale a pena ler as considerações do site do Museu Rodin sobre a autenticidade das obras.

CONCLUSÃO

O mercado de esculturas “reprodutíveis” precisa ser melhor estudado e regulamentado no Brasil, pois a ascensão das obras de arte ao patamar de bens mais visados pelo público implica na necessidade de um cuidado especial com essa nova camada de consumidores.

Desde os múltiplos até os “*one of a kind*”, as esculturas devem ter critérios claros quanto ao número de réplicas postas no mercado para evitar enganos, fraudes e possíveis danos.

Toda uma cadeia produtiva e de serviços está envolvida, começando pelo artista e passando pelos seus agentes, galerias de arte, leiloeiros, investidores e consumidores.

Está dado o primeiro impulso para essa salutar e intensa discussão. ❖

⁵ “*Calder’s Heirs Accuse Trusted Dealer of Fraud*”, NYT, 29.10.2013 (http://www.nytimes.com/2013/10/30/arts/design/alexander-calder-estate-sues-heirs-of-klaus-g-perls.html?ref=alexandercalder&_r=0)

O Embargo de Embarcações no Novo CPC

Luís Felipe Galante

Mestre em Direito Privado. Membro Titular do Comitê Maritime International. Coordenador e Professor da UERJ no Curso de Pós-Graduação de Direito Marítimo. Diretor Jurídico da ABDM – Associação Brasileira de Direito Marítimo.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Marítimo não tem, no presente estágio do direito positivo brasileiro, tratamento unitário e sistemático. Consiste, ao invés, em um conjunto fragmentado de normas constante dos Códigos Comercial e de Processo Civil, além de várias Convenções Internacionais e leis internas esparsas. E essa fragmentação não é apenas formal, mas também dos valores que informam tais normas, pois esses diversos diplomas onde elas se inserem remontam a momentos históricos completamente distintos, espalhando-se desde meados do século XIX (caso do Código Comercial que é de 1850, quando a ciência processual ainda nem ganhara autonomia científica) até o princípio do século XXI, com a edição do CPC de 2015.

Essas circunstâncias fazem do Direito Processual Marítimo, vale dizer, do conjunto das normas de direito processual aplicáveis especificamente às relações comerciais marítimas, uma matéria muito pouco estudada a despeito da sua óbvia relevância¹. As obras de maritimistas nacionais abordam alguns dos seus assuntos de forma meramente tópica, o restante da literatura na matéria provindo de contribuições dispersas e

¹ Precisas as palavras de Atilio Malvagni na exposição de motivos da *Ley de la Navegación* argentina: “La materia que constituye el derecho de la navegación en su parte sustantiva necesita un procedimiento espacial y adecuado, si se quiere proteger eficazmente los derechos que aquél consagra”, complementando que “el procedimiento ordinario, concebido para amparar los derechos emergentes de los códigos comunes, suele resultar impotente en ciertos casos, para hacer efectivos los que están vinculados a una cosa tan esencialmente móvil como el buque” *apud* GONZÁLEZ LEBRERO, **Manual de Derecho de La Navegación**, p. 623, Ediciones Depalma, 1979.

também pontuais de uns poucos processualistas e autores de direito internacional privado⁽²⁾. Neste contexto, da jurisprudência vem importante contribuição na construção legal do processo empresarial marítimo. Diante de todo esse cenário, o estudo do processo marítimo mostra-se, sem dúvida, tarefa árdua e desafiadora.

E, sem dúvida alguma, o tema do embargo de embarcações figura dentre os assuntos mais difíceis e, ao mesmo tempo, carentes de análise atualizada.

Na exposição que se seguirá, iremos tentar traçar, de forma sistemática, os pontos centrais da disciplina do embargo de embarcações no direito brasileiro, especialmente após o advento do novo CPC.

2. PRINCÍPIOS DE PROCESSO EMPRESARIAL MARÍTIMO

Consideram-se princípios de Direito Processual Marítimo aqueles peculiares, aplicáveis somente a lides em que há o envolvimento dos atores, veículos, operações e interesses da navegação.

Dois desses princípios, por suas amplas repercussões, destacam-se no tocante à disciplina do embargo de embarcações.

O primeiro deles é o *princípio do cumprimento da viagem marítima*³. Princípio geral de Direito Marítimo, vem enunciado em diversas disposições do Código Comercial, tal como nos arts. 613 e 614. Este princípio geral manifesta-se, em sua dimensão processual, nos arts. 479 a 483 do mesmo Código Comercial, e no art. 679 do CPC, todos buscando restringir os efeitos negativos de constrições judiciais sobre a realização das viagens marítimas, a fim de que estas possam ser concluídas.

Outro é o *princípio da garantia*. Este princípio decorre do reconhecimento de que a atividade da navegação enfrenta riscos intensos, e que tais riscos, porque associados à mobilidade inerente aos navios e às cargas transportadas, tornam esses dois patrimônios voláteis e inseguros para

2 Indicações bibliográficas gerais: **Comentários ao CPC de 1939**, de HUGO SIMAS, com notas de JOÃO VICENTE CAMPOS, v. VIII, tomos 1, 2 e 3, Forense, 1962; GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, **Comentários ao CPC**, v. VIII, tomo II, Forense, 1988; SÉRGIO SEJI SHIMURA, **Arresto Cautelar**, Edit. RT, 1993; ANDRÉ LUIZ BETTEGA D'ÁVILA, "Arresto Cautelar de Navio", in **Direito Marítimo Made in Brazil**, Lex Editora, 2007; NELSON CAVALCANTE, "O Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Direito Marítimo", **Revista de Processo**, v. 37, nº 203, Janeiro de 2012, Edit. RT.

3 Também no mesmo sentido, ver JORGE BENGOLEA ZAPATA, **Teoría General Del Derecho de la Navegación**, p. 71/74, Editorial Plus Ultra, 1975, denominado-o como o princípio de que "La expedición debe cumplir su objeto".

os respectivos credores, a impor, se necessário, suas apreensões até que os devedores prestem outras garantias aptas a assegurar a efetividade e positividade das ações de cobrança dos créditos. Inserem-se no contexto do princípio da garantia máximas bem conhecidas do Direito Marítimo, qual aquela de que o *navio está obrigado à mercadoria assim como a mercadoria está obrigada ao navio*. Encontra-se em constante contraposição ao princípio anterior do *cumprimento da viagem marítima*, limitando-o e sendo por ele limitado, em maior ou menor extensão, segundo as escolhas de cada ordenamento jurídico. Vemos o princípio da garantia manifestado em muitos preceitos legais, como, por exemplo, nas disposições do Código Comercial sobre embargo ou detenção de embarcações (arts. 479/483) e embargo de cargas (arts. 527, 609 e 619), bem assim no art. 12, § 1º, inciso I, da Lei nº 7.203/84 sobre Assistência e Salvamento. Modernamente, o princípio da garantia ganhou mais corpo, a partir da mudança do eixo valorativo do Direito Marítimo em prol dos credores do navio, ainda que com sacrifício, em certa extensão, dos direitos dos interessados na conclusão da viagem marítima.

3. A VIA PROCESSUAL ADEQUADA: A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Sob o CPC/73, dois eram os possíveis caminhos para a obtenção de tutelas cautelares visando a impedir o tráfego de embarcações, mantendo-as embargadas nos portos nacionais, enquanto expediente destinado a garantir a satisfação de possíveis créditos.

Essa duplicidade de vias processuais tinha sua raiz na questão terminológica inicial a propósito da natureza da providência cautelar envolvida: se um “embargo” ou um “arresto” da embarcação.

De um lado, o Código Comercial, nos seus arts. 479/483, refere-se a embarcações serem “*embargadas ou detidas*”. Por outro lado, leis especiais por vezes utilizam a expressão “*arresto*” para designar o remédio legal em questão.

Esta polêmica prestou-se a incertezas sob o regime do CPC/73. Alguns entendiam em submeter os pedidos de tutela cautelar ao procedimento da ação cautelar inominada⁴, com seus largos pressupostos de cabimento, con-

4 RUY DE MELLO MILLER, “Embargo e Arresto”, in *Direito Marítimo e Portuário. Estudos em homenagem a Ruy de Mello Miller e Antônio Barja Filho*, p. 15, Editora Comunicar, 2011.

forme os amplos termos do art. 798 do CPC/73⁵. Outros defendiam, ao invés, o cabimento do procedimento cautelar de arresto então regulado nos arts. 813 a 821, inclusive para efeito da exigência de prova literal de dívida líquida e certa constante do art. 814, inciso I, do antigo CPC.

Essa controvérsia encontra-se totalmente superada diante da disciplina da tutela provisória de urgência trazida com o CPC/2015. Com a supressão da figura autônoma do processo cautelar, a concessão de medida cautelar com o objetivo de deter embarcação passa a submeter-se ao disposto nos arts. 294/301 e 305/310 do novo Código, sendo passível de deferimento segundo o prudente arbítrio do juiz na presença dos pressupostos genéricos do *fumus boni juris* e *periculum in mora* (art. 300, *caput*), respeitadas as demais disposições de lei especial, se houver ⁶.

Ainda mais diante do desaparecimento do processo cautelar de arresto, optamos de nossa parte, pelo uso da expressão *embargo* de embarcação para designar o gênero dos remédios cautelares visando à constrição de embarcações, em linha com a linguagem do Código Comercial. Aliás, já havíamos antecipado essa nossa preferência em trabalho anterior ⁷.

Contudo, nada obstante o desaparecimento do processo cautelar de arresto, forçoso é convir que o CPC/2015 ressalva, em seu art. 301, ser a tutela de urgência passível de efetivação por qualquer medida idônea para a asseguaração do direito, inclusive, dentre outras, providência de *arresto*. Voltaremos mais detalhadamente ao assunto no tópico 10 deste estudo, quando examinarmos o conteúdo da decisão cautelar de embargo.

4. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Aplicam-se ao embargo da embarcação as regras sobre competência internacional da Justiça brasileira constantes do art. 21 do CPC/2015.

Porém, aquela enumeração sabidamente não é exaustiva. Por isso a ela se junta a consagrada construção jurisprudencial das nossas Cortes, inclusive com manifestação do S.T.F, sobre o *forum arresti*, com base na qual admite-se a competência do juiz onde a embarcação estrangeira se

⁵ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

⁶ Conforme já adiantáramos antes mesmo do fim da *vocatio legis* do novo Código no *Tratado de Direito Comercial*, Coord. Fábio Ulhoa Coelho, v. 8, p. 481, Saraiva, São Paulo, 2015.

⁷ *Tratado de Direito Comercial*, cit., v. 8, p. 479.

encontre para fins de seu embargo nas águas brasileiras, mesmo fora das hipóteses de incidência do CPC⁸.

5. PRESSUPOSTOS GENÉRICOS E ESPECÍFICOS DO EMBARGO

Como acima assinalado, constituem pressupostos genéricos para a tutela cautelar de embargo o *fumus boni juris* e *periculum in mora*, consoante o disposto no art. 300, *caput*, do CPC/2015, respeitados, ademais, os pressupostos específicos de leis especiais.

Constituem *lex specialis* em matéria de embargo de embarcações as normas específicas:

- do Código Comercial;
- da Lei nº 7.203/84 sobre Assistência e Salvamento;
- do art. VI, itens 1b e 2, da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo de 1969 (CLC/69 - Decreto nº 79.437/77).

Deve-se atentar para o equívoco de muitos autores em apontar como lei especial na matéria a Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas, aprovada pelo Decreto nº 351/35, bem assim o Decreto nº 15.788/22 sobre Hipoteca Marítima. Entretanto, tanto a Convenção como o Decreto somente contêm disposições acerca das obrigações elencadas como privilégios marítimos — matéria de direito material —, sem dispositivos quaisquer de direito processual⁽⁹⁾. Como se não bastasse, o Decreto nº 15.788/22 encontra-se formalmente revogado pelo Decreto nº 11 de 18/01/91.

Passaremos, assim, a examinar o regime jurídico específico do embargo constante das leis especiais.

⁸ Como de longa data já anotava, por exemplo, HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional privado*, v. III, p. 136, Livraria Freitas Bastos, 1978. Ver, para maior detalhamento, a nota de rodapé 47, abaixo.

⁹ Incidem nesse equívoco, por exemplo, GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao CPC*, v. VIII, tomo II, p. 33, Forense, 1988 e SÉRGIO SEIJI SHIMURA, *Arresto Cautelar*, p. 151, RT, 1993. Aliás, a Convenção deixa claro que a matéria processual fica fora do seu escopo, pois, além de somente conter normas de direito material, o seu art. 16 estabelece expressamente que nada nas suas disposições “pode afetar a competência dos tribunais, no que diz respeito ao processo e às vias de execução organizadas pelas leis nacionais”.

6. OS PRESSUPOSTOS DO CÓDIGO COMERCIAL

O antigo Código Comercial de 1850, embora predominantemente um diploma de índole material, contém, nos arts. 479 a 483, dispositivos de Direito Processual, pois este ramo do direito, à época, ainda não havia adquirido autonomia científica que justificasse sua codificação à parte.

Essas disposições lidam, exclusivamente, com o “*embargo ou detenção*” de embarcações. Dividem-se em duas partes distintas: as regras pertinentes a embarcações nacionais e às estrangeiras.

A disciplina relativa às embarcações nacionais consta dos arts. 479 a 481 e mais o art. 483. Já a normatização do embargo de embarcações de outras nacionalidades está no art. 482¹⁰.

6.1. O embargo de embarcação estrangeira

Principiando pela disciplina do embargo ou detenção de embarcação estrangeira, o art. 482 estabelece que embarcações estrangeiras frequentando portos nacionais não podem ser embargadas nem detidas, ainda que se achem sem carga, por dívidas que não forem contraídas dentro do território brasileiro em utilidade dos esmos navios e suas cargas. Excetua também dívidas providas de letras de risco ou de câmbio marítimo, as quais, contudo, caíram de há muito em desuso, não tendo mais esta parte do dispositivo, portanto, qualquer significação prática¹¹.

“*Esse privilégio exorbitante*” — lembra JOÃO VICENTE CAMPOS —, “*nos veio do antigo Código Comercial português (Código Ferreira Borges), onde foi posto para atrair os navios estrangeiros, eis que a frota mercante lusitana havia sido quase que inteiramente destruída nas guerras napoleônicas. A mesma escassez de navios determinou sua adoção no Código Comercial brasileiro*”¹². De fato, desde a chegada da família real portuguesa ao Brasil e a Abertura dos Portos ao Comércio das Nações Amigas (1808) por D. João VI, havia interesse no desenvolvimento do comércio marítimo brasileiro, e o art. 482 do Código Comercial, de 1850, veio a prosseguir com essa política já sob o segundo império¹³.

10 Neste sentido, HUGO SIMAS, *Comentários ao CPC de 1939*, cit., p. 257, nº 32 e p. 263, nº 35; JOÃO VICENTE CAMPOS, comentários na mesma obra, p. 89.

11 Art. 482 - “Os navios estrangeiros surtos nos portos do Brasil não podem ser embargados nem detidos, ainda mesmo que se achem sem carga, por dívidas que não forem contraídas no território brasileiro em utilidade dos mesmos navios ou da sua carga; salvo provindo a dívida de letras de risco ou de câmbio sacadas em país estrangeiro no caso do artigo nº. 651, e vencidas em algum lugar do Império”.

12 *Comentários ao CPC de 1939*, de Hugo Simas, nota de comentários nº 63, p. 122.

13 Também relembram-no J. HAROLDO DOS ANJOS e CARLOS RUBENS CAMINHA GOMES, *Curso de Direito Marítimo*, p. 266, Renovar, 1992.

Trata-se, pois, não somente de norma exorbitante, mas também anacrônica.

Inicialmente, sua validade não era questionada debaixo do sistema jurídico então vigente. Porém, já em 1908, o Supremo Tribunal Federal confirmou o embargo do vapor argentino “San Lorenzo”, para a garantia de indenização dos prejuízos sofridos pela embarcação brasileira “Guasca”, abalroada por aquele navio, em alto mar, ao longo da Costa brasileira ⁽¹⁴⁾.

Notou-se, em seguida, um pequeno e momentâneo retrocesso do S.T.F. em 1919, através de acórdão que prestigiou a aplicação do art. 482 ⁽¹⁵⁾.

Todavia, a deflagração da 2ª Guerra Mundial acarretou uma verdadeira revoada de credores ingleses e norte-americanos para os tribunais brasileiros, buscando garantir seus créditos mediante o embargo de navios mercantes alemães e italianos que haviam buscado refúgio em nossas águas, então neutras. Essa circunstância provocou o surgimento de uma torrente de julgados que moldou, definitivamente, a feição da jurisprudência nacional na matéria. O TJ-RS decretou o sequestro do navio “Montevideo” ⁽¹⁶⁾. Seguiram-se, então, acórdãos do TJ-SP no célebre caso do navio alemão “Windhuk” ⁽¹⁷⁾, do TJ do então Distrito Federal sobre o navio italiano “Teresa” ⁽¹⁸⁾ e do TJ-PE com relação ao vapor igualmente de bandeira italiana “Pampano” ⁽¹⁹⁾, todos decretando o arresto das naves estrangeiras. Culminando essa trajetória histórica, o S.T.F., pouco mais tarde, ratificou a decisão do TJ-RS quanto ao sequestro do “Montevideo” ⁽²⁰⁾, inclusive abonando-se em todos aqueles precedentes dos tribunais estaduais. A doutrina, por sua vez, também foi engrossando, acompanhando o movimento da jurisprudência ⁽²¹⁾.

14 *Revista de Direito*, v. 8, p. 280.

15 *Revista de Direito*, v. 59, p. 511.

16 Rel. Des. Erasto Correia, RT, 134/279.

17 Agravo 8.466, Relator designado Des. Antão de Moraes (RT 131/154) e Agravo 11.077, Rel. Des. Pedro Chaves (RT 130/92).

18 Agravo de Instrumento 2.185, Rel. Des. Henrique Fialho (*Rev. Direito*, ano II, V. 8, p. 342).

19 Rel. Des. Cunha Barreto (Arquivo Judiciário, 58/193).

20 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS TRIBUNAIS. Não decide contra a letra de lei federal o acórdão que reconhece a competência da Justiça brasileira para julgar conflitos de estrangeiros não domiciliados no Brasil, estando sob jurisdição brasileira o navio estrangeiro surto no porto nacional” (Recurso Extraordinário nº 4.629, Rel. Min. Aníbal Freire (*Rev. Direito*, ano III, v. 13, p. 318). No seu corpo, o aresto consignou, a respeito do art. 482: “*Parecem-me ociosas considerações doutrinárias sobre o aspecto de desigualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros estatuída neste artigo, obsoleto e aberrante dos princípios dominantes da matéria, tanto essa desigualdade ressalta em toda a sua evidência*”.

21 A doutrina foi crescentemente posicionando-se contra a aplicação da norma, a despeito de opiniões respeitáveis contrárias, porém cada vez mais isoladas. Contra o art. 482 foram opondo-se M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Rev.*

Navios estrangeiros seguem ininterruptamente, desde então, sendo embargados ou detidos pelo Judiciário brasileiro quando as circunstâncias assim o reclamam. Aqueles que militam nas lides forenses de Direito Marítimo convivem, rotineiramente, com liminares proferidas pelos juízes de 1º grau contra embarcações de bandeiras de outras nacionalidades. Estes processos, contudo, normalmente não aparecem nos bancos de jurisprudência dos tribunais porque a eficiência coercitiva das liminares leva o devedor, na maior parte dos casos, a prestar extrajudicialmente a garantia ao credor, com a consequente desistência da providência cautelar.

Porém, em algumas ocasiões a matéria sobe à apreciação dos Tribunais de Justiça, que os tem chancelado. Vale citar, a título exemplificativo, decisões como a do TJ-SC no caso da embarcação “Master Pretos”²², e, mais recentemente, do TJ-RJ com relação aos navios “Nordstar”²³ e do do TJ-SP na colisão do navio estrangeiro “Yusho Regulus” com um terminal local, causando extensas avarias aos equipamentos portuários e aos exportadores que utilizavam essas instalações portuárias para o escoamento dos seus produtos²⁴.

Em todos os precedentes, a incompatibilidade do art. 482 com a ordem jurídica vigente tem sido declarada respaldada em diversos fundamentos. Destaca-se, em primeiro plano, a inconstitucionalidade do dispo-

de Direito, v. VIII, p. 294; SABÓIA DE MEDEIROS, “Arresto de Navio Estrangeiro em Porto Brasileiro”, *Rev. Forense*, 84/61; PEDRO BAPTISTA MARTINS, parecer publicado na *Rev. Forense*, v. 82; JOÃO VICENTE CAMPOS, ob.cit., p. 122/123; THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *Direito da Navegação*, p. 134/135, Forense, 1968; HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional privado*, v. III, p. 68, Livraria Freitas Bastos, 1978; GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 35; J. HAROLDO DOS ANJOS e CARLOS RUBENS CAMINHA GOMES, ob. cit., p. 267; SÉRGIO SEIJI SHIMURA, ob. cit., p. 152; ANDRÉ LUIZ BETTEGA D’ÁVILA, “Arresto Cautelar de Navio”, in *Direito Marítimo Made in Brazil*, p. 239/240, Lex Editora, 2007; e, recentissimamente, NELSON CAVALCANTE e WERNER BRAUN RIZK, “Aspectos da ‘Convivência’ do Microsistema de Direito Marítimo e do Código Civil”, p. 12, disponível no site da Abejur – Academia Brasileira de Ensino Jurídico em <http://www.abejur.org.br/Portal/Artigos/frmArtigo.aspx>.

22 “Ação cautelar Inominada. Decisão detendo navio estrangeiro no porto até que preste caução para garantia de ressarcimento de danos que teria causado em instalações portuárias. Despacho insuscetível de reparo, prolatado, mesmo, com prudência e equilíbrio, eis que, havendo fundadas razões indicativas da responsabilidade do navio pelos danos, vindo a zarpar do porto e tomando o rumo de águas internacionais, e sem que seus responsáveis possuam aqui bens sobre os quais possa recair a execução, é muito provável não mais retorne ao país, com sérios riscos ao crédito do prejudicado (...). Agravo desprovido.” (2ª Câmara de Direito Comercial, Agravo de Instrumento 8.944, Rel. Des. João José Schaefer, julg. 11/08/1994).

23 “DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR EQUIVALENTE AO ARRESTO. NAVIO ESTRANGEIRO QUE COLIDE COM TERMINAL PORTUÁRIO. AÇÃO CAUTELAR QUE BUSCA OBTER GARANTIA DE RESSARCIMENTO. SAÍDA IMINENTE DO NAVIO DO TERRITÓRIO NACIONAL. EFEITOS. Cabível a concessão de medida liminar para compelir o armador e o operador do navio estrangeiro a cautionarem o juízo para garantia de eventuais prejuízos causados por colisão do navio no terminal portuário, independentemente da existência de título executivo que autorize o arresto. Princípio fundamental da garantia ao resultado prático da ação. Provimento parcial do recurso para deferir a medida, impedindo a concessão de passe de saída do navio do porto, enquanto não prestada caução idônea” (13ª Câmara Cível – A.I. 2007.002.33554- Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira – julg. Em 02/04/2008).

24 Agravos de Instrumento 0219365-42.2012.8.26.0000 e 0232562-64.2012.8.26.0000, julgados pela 3ª Câmara de Direito Privado, em 15/01/2013, Rel. Des. Egídio Giacoia, decisões unânimes.

sitivo por ofensa à isonomia entre embarcações nacionais e estrangeiras. Acrescentou-se, também, a impossibilidade de conciliação dessa disposição com os preceitos do Decreto nº 15.788/22 sobre hipoteca marítima e da Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Relativas à Limitação de Responsabilidade dos Proprietários de Embarcações Marítimas (Decreto nº 350/35).

Porém, de par com todas as razões antes existentes, modernamente podem ainda ser acrescentadas outras graves antinomias do art. 482 com a ordem jurídica vigente, a resultar na *revogação tácita* desse dispositivo, a saber:

a) com o art. 12, § 1º, inciso I da Lei nº 7.203/84 sobre Assistência e Salvamento, que contempla o *embargo de embarcação que tiver sido assistida*, mesmo quando estrangeira, como garantia da remuneração devida ao salvador;

b) com o art. 679 do CPC que atualmente regula a possibilidade da *penhora e detenção de navios* ⁽²⁵⁾, *sem qualquer distinção quanto à nacionalidade da embarcação*, exigindo, para a possibilidade de livre navegação a existência de seguros apropriados contra os riscos de navegação (seguro de casco e máquinas e de responsabilidade civil), obviamente desde que, na avaliação do juiz, ademais, não haja risco de desvio do bem pelo proprietários;

c) com o atual regime jurídico, em um mundo globalizado, baseado nos *princípios do livre comércio*, e da *reciprocidade e não discriminação comercial*, regime este corporificado em inúmeras normas internacionais adotadas pelo Brasil, a citar, dentre outras, as normas da Organização Mundial de Comércio (OMC) ⁽²⁶⁾, o acordo do GATT e os arts. 1 e 2 do Tratado de Assunção que criou o MERCOSUL ⁽²⁷⁾.

25 De notar que a noção de embargo do Código Comercial abrangia não apenas o arresto, mas, por via de consequência, também a subsequente penhora na qual a apreensão deveria mais adiante se transformar. Neste sentido da impenhorabilidade das embarcações, ver os acórdãos do S.T.F. de 1924 (*Revista de Direito*, 77/479) e do TJ-RS sobre o caso do navio “Montevideo” em RT 134/279.

26 O princípio da não discriminação é princípio basilar da OMC, da qual o Brasil é membro; conferir o sítio oficial da Organização em http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_stand_for_e.htm.

27 Um dos fins do processo de integração, conforme dispõe o art. 1 é o de “de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes”; por sua vez, o art. 2 declara que “O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes”.

Dito de outra maneira, mais afeita a conceitos jurídicos atuais, no *diálogo das fontes*, o art. 482 não tem como permanecer válido e eficaz sob a ordem jurídica atual ⁽²⁸⁾.

Equivocadas, portanto, doutrina⁽²⁹⁾ e jurisprudência⁽³⁰⁾ que, inadvertidamente, continuam por vezes a invocar tal dispositivo, de longa data proscrito.

Diante da revogação do art. 482 do Código Comercial, tem entendido a jurisprudência, com a aprovação unânime da doutrina, que o embargo de embarcações estrangeiras fica conseqüentemente sujeito às normas análogas destinadas ao embargo de embarcações nacionais, o que iremos examinar a seguir.

6.2. O Embargo de embarcação nacional

O embargo ou detenção de embarcação nacional vem disciplinado nos arts. 479, 480 e 481 do Código Comercial. Por sua vez, o art. 483 ⁽³¹⁾, embora também relativo ao assunto, encontra-se revogado pelo art. 679 do CPC, que dispôs integralmente sobre a matéria, até com maior amplitude, abrangendo a execução que recai sobre embarcação em regime de propriedade singular ou de copropriedade.

Nota-se claramente nesses dispositivos a tensão inerente entre o princípio do cumprimento da viagem marítima e aquele outro que privilegiava a garantia patrimonial nas relações de direito marítimo, este último já naquela época restringindo, em pequena medida, o primeiro.

Mudanças na legislação provocadas, mais do que tudo, pela mudança dos *valores tutelados pela ordem jurídica* no âmbito do Direito Marítimo ao longo de um século e meio desde a edição do Código Comercial, têm implicado na reavaliação da vigência dessas normas sob o prisma da

28 NELSON CAVALCANTE e WERNER BRAUN RIZK, ob. cit. passim, desenvolvem ainda outro fundamento interessante para a revogação do art. 482 do Código Comercial, ao lado dos arts. 480 e 481, qual seja a da incompatibilidade desses dispositivos com o conceito da função social do direito.

29 Ainda aplicando o art. 482 do Código Comercial sem sequer mencionar as opiniões e farta jurisprudência contrárias, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, **Comentários ao CPC**, v. XI, p. 284, Lejurg, 2ª ed., 1986.

30 Assim, por exemplo, o acórdão proferido na Apelação Cível nº 17.4386-4, de 01/10/2001, proferido pela 6ª Câmara do TJ-PR: "MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. AÇÃO DE COBRANÇA. ARRESTO. NAVIO. DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ACERTAMENTO". Também equivocadamente, utilizando o art. 482 como uma de suas razões de decidir, o acórdão do Agravo de Instrumento nº 0150246-91.2012.826.0000, proferido pela 27ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, Rel. Des. Moraes Pucci, julg. em 31/07/2012.

31 Art. 483 - "Nenhum navio pode ser detido ou embargado, nem executado na sua totalidade por dívidas particulares de um compartite; poderá, porém, ter lugar a execução no valor do quinhão do devedor, sem prejuízo da livre navegação do mesmo navio, prestando os mais compartes fiança idônea."

sua *compatibilidade* com o sistema jurídico atual, trabalho realizado especialmente pela jurisprudência dos tribunais nacionais.

Os pontos nodais da disciplina original do embargo de navios, à luz dos arts. 479, 480 e 481, podem ser assim resumidos:

a) admite-se, como regra, o embargo ou detenção de embarcações com base em créditos privilegiados, os chamados privilégios marítimos³² (art. 479)³³;

b) admite-se o embargo ou detenção de embarcações com fundamento em créditos não privilegiados, *“nos casos em que os devedores são por direito obrigados a prestar caução em juízo, achando-se previamente intentadas as ações competentes”*³⁴;

c) embarcações podem ser embargadas ou detidas em qualquer porto por dívidas privilegiadas; entretanto, somente no porto de sua matrícula por dívidas não privilegiadas (arts. 479, *principio* e 480);

d) vedado é o embargo ou detenção se a embarcação estiver carregada com mais de um quarto da sua capacidade de carga, independentemente de o crédito ser privilegiado ou não (art. 479, *medio*);

e) vedado é o embargo ou detenção se a embarcação estiver *“com os despachos necessários para poder ser declarada desimpedida, qualquer que seja o estado da carga; salvo se a dívida proceder de fornecimentos feitos no mesmo porto, e para a mesma viagem”* (art. 479, *in fine*);

f) vedado é o embargo ou detenção de embarcação por dívidas particulares do seu coproprietário, se ela já tiver recebido a bordo mais do que a quarta parte de sua capacidade de carga, exceto se os

32 A definição dos créditos que têm a natureza de privilégios marítimos não é tarefa do direito processual marítimo, mas sim do direito comercial marítimo. A principal obra na matéria ainda é a exposição de JOÃO VICENTE CAMPOS, nas suas notas, já citadas, aos **Comentários do CPC de 1939**, de Hugo Simas, p. 92/93, embora já algo desatualizada pelo advento de normas posteriores. Assim, a despeito de o tema ser intrincado e de enorme relevância, deixaremos de empreender aqui tal análise, diante dos limites especificamente processuais da presente exposição.

33 Art. 479 - "Enquanto durar a responsabilidade da embarcação por obrigações privilegiadas, pode esta ser embargada e detida, a requerimento de credores que apresentarem títulos legais (artigo nºs 470, 471 e 474), em qualquer porto do Império onde se achar, estando sem carga ou não tendo recebido a bordo mais da quarta parte da que corresponder à sua lotação; o embargo, porém, não será admissível achando-se a embarcação com os despachos necessários para poder ser declarada desimpedida, qualquer que seja o estado da carga; salvo se a dívida proceder de fornecimentos feitos no mesmo porto, e para a mesma viagem".

34 Art. 480 - "Nenhuma embarcação pode ser embargada ou detida por dívida não privilegiada; salvo no porto da sua matrícula; e mesmo neste, unicamente nos casos em que os devedores são por direito obrigados a prestar caução em juízo, achando-se previamente intentadas as ações competentes".

débitos tiverem sido contraídos para aprontar o navio para a mesma viagem e o devedor não tiver outros bens; libera-se o navio, neste caso, mediante fiança dos demais coproprietários (art. 481)³⁵.

Contudo, como enfatizado, o efeito inexorável do tempo provocou, em várias circunstâncias, a reapreciação do sentido desses dispositivos, ao final erodindo ou ampliando seus conteúdos, embora a conotação de algumas normas tenha sido preservada em alguns poucos casos.

Uma situação de preservação integral do conteúdo normativo aconteceu, especificamente, com o art. 479 do Código Comercial (letra “a” supra). É princípio amplamente difundido de Direito Marítimo no plano do direito comparado que os privilégios marítimos atribuem aos seus credores o direito de requerer o embargo ou detenção das embarcações gravadas por privilégios. Assim também determina, na ordem jurídica interna, o Código Comercial através do seu art. 479. Logo, a conotação originária deste artigo mantém-se inalterada e plenamente eficaz. Quanto ao rol de privilégios marítimos vigente no direito brasileiro atual e qual a ordem de preferência que deve ser observada entre eles, isso é tarefa que compete ao direito material definir.

Diferentemente, o art. 480 do Código Comercial (item “b” acima) passou por grande flexibilização do seu conteúdo original. Saliente-se que essa norma é extremamente relevante a propósito da aplicação analógica desse preceito ao embargo de navios estrangeiros por créditos não privilegiados³⁶.

A ampla pesquisa jurisprudencial³⁷ demonstra que o art. 480 não mais vem sendo aplicado pelos Tribunais. O último precedente de sua apli-

35 Art. 481 - “Nenhuma embarcação, depois de ter recebido mais da quarta parte da carga correspondente à sua lotação, pode ser embargada ou detida por dívidas particulares do armador, exceto se estas tiverem sido contraídas para aprontar o navio para a mesma viagem, e o devedor não tiver outros bens com que possa pagar; mas, mesmo neste caso, se mandará levantar o embargo, dando os mais compartes fiança pelo valor de seus respectivos quinhões, assinando o capitão termo de voltar ao mesmo lugar finda a viagem, e prestando os interessados na expedição fiança idônea à satisfação da dívida, no caso da embarcação não voltar por qualquer incidente, ainda que seja de força maior. O capitão que deixar de cumprir o referido termo responderá pessoalmente pela dívida, salvo o caso de força maior, e a sua falta será qualificada de barataria”.

36 Situações típicas de créditos não-privilegiados são os créditos não incluídos no rol legal dos privilégios marítimos *com relação à mesma embarcação por eles beneficiada* e que se deseja embargar; ou, então, de créditos efetivamente privilegiados, que, porém, são utilizados não para embargar não a própria embarcação por eles gravada, *mas sim outra embarcação* do mesmo proprietário.

37 Essa pesquisa abrange os bancos de jurisprudência dos sítios do STF e STJ, acrescidos dos sítios dos tribunais estaduais com maior atividade portuária do país e de navegação do país, vale dizer, TJ-RS, TJ-SC, TJ-PR, TJ-SP, TJ-RJ e TJ-ES (dados disponíveis até outubro de 2014), além de consulta a repositórios especializados de jurisprudência como a clássica obra de DARCY A. MIRANDA JR., **Repertório de Jurisprudência do Código Comercial**, 4ª v., Tomo I, Max Limonad Editores. Sempre que nos referirmos à posição da jurisprudência no presente estudo, estaremos nos baseando nos resultados dessa pesquisa.

cação remonta a um antigo acórdão do S.T.F. de 1924³⁸. Desde então não foram localizados quaisquer outros julgados aplicando a literalidade do art. 480, a despeito do crescimento do número de situações litigiosas, em virtude do enorme incremento de volume do tráfego marítimo internacional brasileiro³⁹, ao qual devem ainda ser acrescentados os números da navegação de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário e interior.

Essa situação se explica pela mudança do *eixo axiológico* da disciplina do embargo ou detenção de embarcações desde a edição do Código Comercial em 1850.

De princípio, o arresto de navios era considerado pela doutrina como medida “*violenta e vexatória*”⁽⁴⁰⁾ e que, ademais, era contrária aos interesses do comércio marítimo e dos donos das cargas transportadas. Daí a disciplina de outrora, voltada a proteger o navio e os interesses das cargas embarcadas, em detrimento dos interesses dos credores, os quais enfrentavam grandes restrições para conseguir embargar embarcações por dívidas. Preponderava, então, com muita intensidade, o princípio do cumprimento da viagem marítima, com a conseqüente noção ou sub-princípio de que *os interesses da navegação tinham preferência sobre os interesses dos terceiros credores no embargo das embarcações*⁴¹. Essa disciplina transparece, muito claramente, nos art. 479, 480, 481 e 482 do nosso velho Código Comercial. E as dificuldades eram naturalmente maiores no tocante aos créditos não privilegiados em comparação com os privilegiados.

Contudo, esse eixo axiológico deslocou-se. Pesaram fundamentalmente para essa revisão de valores (i) a solidez e volume da navegação marítima moderna, (ii) a mobilidade e volatilidade dos navios, o principal patrimônio com que os credores contam para assegurar a satisfação dos seus créditos. Por conta dessa mudança, a ordem jurídica passou a preocupar-se com a tutela *preferencial* (i) dos direitos de terceiros que fomentam o comércio marítimo, fornecendo crédito à atividade da navegação, e (ii) dos direitos daqueles que são por ela prejudicados. Entram na pri-

38 *Revista de Direito*, 77/479, Rel. Min. E. Lins.

39 No ano de 2013 o transporte marítimo foi responsável por 95,53% das exportações brasileiras, enquanto na mão de importação o percentual foi de 89,99% (dados do Ministério da Indústria e Comércio em <http://aliceweb.desenvolvimento.gov.br/>).

40 HUGO SIMAS, *Compendio de Direito Marítimo Brasileiro*, p. 122, RT, 1938.

41 Sobre esse mesmo sub-princípio no semelhante direito argentino sob o antigo Código de Comércio, JORGE BENGOLEA ZAPATA, *ob. cit.*, p. 86.

meira categoria fornecedores navais de vários tipos, diversos prestadores de serviços, seguradores e agentes marítimos. Na outra categoria estão especialmente as vítimas de abalroações, colisões, naufrágios, varações e incidentes ambientais. Personagens de ambas as categorias vieram juntar-se à tripulação e ao Estado, ambos credores suprapreferenciais.

E, refletindo essa mudança de valores, novas normas foram sendo progressivamente editadas, removendo os antigos obstáculos e consequentemente franqueando o amplo acesso de credores, privilegiados ou não, às medidas que visam a paralisar a movimentação de embarcações em razão de dívidas. Normas legais supervenientes, antinômicas à antiga disciplina do art. 480 do Código Comercial podem ser hoje encontradas no art. VI, itens 1b e 2, da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo de 1969 (CLC/69 - Decreto nº 79.437/77), que criou a hipótese de arresto incondicionado de embarcação “por danos causados por poluição”; o art. 12, § 1º, inciso I da Lei nº 7.203/84, prevendo *tout court* o embargo da embarcação que tiver recebido assistência ou salvamento, como garantia da remuneração devida ao salvador; e o já citado art. 679 do CPC, que passou a autorizar o embargo a título de penhora da embarcação, inclusive com sua eventual retirada de tráfego na ausência dos seguros necessários, e, evidentemente, com base no poder geral de condução do processo, também se existir risco de ela ser desviada e subtraída ao juízo da execução.

Tanto a nova valoração do assunto como a intercorrência de novas normas constituem hipóteses clássicas a impor ao intérprete a revisão do sentido da lei. “*Muitas e muitas vezes*” — nos relembra o mestre MIGUEL REALE — “*as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua aceção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista ratio juris*”⁽⁴²⁾. Isso se dá, quanto a um determinado texto legal, seja quando “*se altera o prisma histórico-social de sua aferição axiológica*”, seja “*em virtude da promulgação de leis que vêm estabelecer categorias ou padrões jurídicos diversos, de tal modo que o intérprete, por dever de unidade sistemática ou de coerência lógica na totalidade do ordenamento, não pode deixar de rever as teorias consagradas na exegese de um texto legal determinado*”⁴³.

42 **Filosofia do Direito**, p. 566/567, Saraiva, 15ª ed., 1993. Os grifos estão no original.

43 *Idem*, p. 568/569. Os grifos estão de novo no original.

Portanto, este é o fenômeno que se deu com o art. 480 do Código Comercial, dilatando seu conteúdo normativo. A restrição de que, para o embargo ou detenção, encontrem-se “*previamente intentadas as ações competentes*”, foi abolida a fim de viabilizar a tutela cautelar de caráter preventivo, ou seja, antes mesmo do ajuizamento das respectivas ações principais⁽⁴⁴⁾. Ademais, a regra de que é admissível o embargo ou detenção “*nos casos em que os devedores são por direito obrigados a prestar caução em juízo*” já há muito foi alargada para nela estarem compreendidas as próprias decisões proferidas pelos juízes em ações cautelares, na condição de situações em que “*por direito*” devedores estão obrigados a prestar caução judicial⁽⁴⁵⁾. Aliás, se assim não fosse, haveria, com relação a ambos os casos, clara denegação de justiça a importar em violação ao art. 5º, inciso XXXV da Constituição⁽⁴⁶⁾.

Avançando para a questão da competência internacional e interna de medidas que visem a embargar ou deter embarcações (letra “c” acima), as regras dos arts. 479 e 480 do Código Comercial continuam válidas para as embarcações nacionais. Contudo, quando se passa à aplicação analógica do art. 480 às embarcações estrangeiras, logicamente não será o caso de embargá-las no porto de registro estrangeiro por conta de créditos não privilegiados. Aqui, a analogia cabível tem que ser outra. Aplica-se, neste caso, a solução do art. 479, que contempla o *forum arresti*. A embarcação de outra nacionalidade na situação de dívida não privilegiada será embargável e suscetível de detenção *em qualquer porto nacional onde possa ser alcançada pelos credores*, consoante a categórica jurisprudência do S.T.F. e dos tribunais estaduais com relação ao art. 482 do Código Comercial⁽⁴⁷⁾.

44 Assim no embargo do navio “Beluga Felicity” decretado pelo juízo da 3ª Vara Cível de Vitória, em 12/04/2011, nos autos da ação cautelar inominada antecedente nº 024.110.117.579, para a garantia de comissões devidas ao agente marítimo local que atendeu o navio durante sua estadia no porto da cidade.

45 A maior parte da doutrina processual sequer mais comenta esta parte do comando legal como impeditiva do arresto, cf. GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 36 e SÉRGIO SEIJI SHIMURA, ob. cit., p. 152.

46 Com razão, no particular, ANDRÉ LUIZ BETTEGA D’ÁVILA, “Arresto Cautelar de Navio”, ob. cit., p. 239. Fica fácil perceber a denegação de justiça porque a aplicação literal do art. 480 excluiria a apreciação das ameaças ao direito de credores, somente conjuráveis através de medidas antecedentes para o embargo ou detenção da nave. Incorreta, pois, a opinião de GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 36, que negam a possibilidade de “arrestos antecedentes” para os créditos não privilegiados. Incorrendo no mesmo equívoco, aliás, abonando-se em lição muito antiga de LOPES DA COSTA, ver, SÉRGIO SEIJI SHIMURA, ob. cit., p. 152.

47 Em sua decisão no caso do navio “Montevideo”, acima referido, assim posicionou-se, inequivocamente, o S.T.F.: “A jurisprudência dos nossos tribunais locais, no tocante ao caso *sub judice*, se tem uniformizado no sentido do reconhecimento da competência da justiça brasileira, partindo do pressuposto de estar sob a jurisdição brasileira o navio estrangeiro surto em porto nacional”.

As restrições constantes do art. 479 *medio e in fine*, abordadas na letras “d” e “e” anteriores, podem ser examinadas conjuntamente. Ambas, na realidade, sofreram o mesmo efeito erosivo anteriormente constatado a respeito dos arts. 480 e 482 do Código Comercial, em decorrência de variação nos valores que informam a aplicação das respectivas regras, bem assim de mudanças legislativas supervenientes.

No pertinente à vedação de embargo ou detenção quando a embarcação se acha com mais do que um quarto de sua capacidade de carga⁴⁸, o objetivo da norma era, novamente, o de proteger os interesses de embarcadores das cargas.

Como visto na análise acima, ao art. 480, essa noção de proteção deslocou-se no século seguinte à edição do Código Comercial para uma perspectiva favorável aos terceiros credores, alterando, pois, o valor jurídico a ser tutelado. Novamente, a mudança valorativa deu azo a novas legislações na matéria. Já bastante cedo, em 13/08/1929, o Brasil incorporava ao seu ordenamento a Convenção de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante), através do Decreto nº 18.871. O art. 276 da Convenção claramente denota a guinada de orientação valorativa na matéria, assim dispondo: “Art. 276. À lei da situação deve submeter-se a faculdade de embargar e vender judicialmente um navio, esteja ou não carregado e despachado” (grifos nossos). Somaram-se depois ao Código de Bustamante, a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo de 1969 (CLC/69 - Decreto nº 79.437/77, art. VI, itens 1b e 2), a Lei de Assistência e Salvamento (Lei nº 7.203/84, art. 12, § 1º, inciso I) e o antes referido art. 679 do CPC, todos contendo preceitos que descartam, em sede de concessão de embargo ou detenção do navio, o pressuposto negativo de existir alguma quantidade de carga a bordo.

Aliás, como oportunamente ressaltam NELSON CAVALCANTE e WERNER RIZK, condicionar a concessão de embargo ou detenção de embarcação até um quarto de sua carga e não mais, significaria tornar letra morta tais medidas. A logística moderna, com operações portuárias muito eficientes e rápidas — durando muitas vezes apenas horas e não mais dias, como no caso dos navios porta-contêineres —, tornam extremamente transitórias as posições da lotação de cargas a bordo, a tal ponto que,

48 Pelo seu próprio escopo, está evidente, desde logo, que o art. 479 não tem aplicação a embarcações que não são cargueiras, tal como embarcações de apoio marítimo (PSVs, AHTs, embarcações de engenharia, etc.) ou apoio portuário.

para navios em operação normal, difícil, senão impossível, é flagrá-los com menos do que 25% de cargas de sua capacidade de carga embarcada⁴⁹.

Refletindo mais uma vez a modificação dos panoramas valorativos e a intercorrência de novas normas, a jurisprudência dos nossos tribunais de longa data não têm mais aplicado esse pressuposto negativo à concessão de embargo ou detenção de embarcações constante do art. 479, *me-dio*, do Código Comercial. Pelo contrário, o Judiciário tem repetidamente — de forma absolutamente correta, acrescente-se — decretado medidas impeditivas da saída de embarcações de portos nacionais, independentemente da quantidade de carga porventura existente a bordo. Listar casos mostra-se, assim, ocioso. Fala, por todos os demais, um exemplo emblemático da jurisprudência vigente. Trata-se do recente embargo do navio “Yusho Regulus”, atrás mencionado quando da análise do art. 482 do Código Comercial. Essa embarcação permaneceu detida por cerca de oito meses no porto de Santos, carregada com grãos destinados à exportação, até finalmente concordar em prestar caução idônea — destinada a salvaguardar as potenciais indenizações dos prejudicados pela sua colisão com terminal portuário local —, e, assim, ficar liberada para zarpar⁵⁰.

A doutrina nacional, é de se lamentar, mostra-se, até a presente data, completamente descolada da realidade jurisprudencial na matéria, limitando-se a repetir o surrado preceito do art. 479 do Código, como se a vedação ali contida referente à carga a bordo não tivesse sido afastada pela palavra dos nossos tribunais e ainda tivesse aplicação⁽⁵¹⁾. Pouca é a valia da doutrina quanto a essa questão, portanto.

49 Ob. cit., p. 12, daí também reputando revogado o art. 481 do Código Comercial, nessa questão da lotação de carga.

50 Na decisão de primeira instância que decretou um dos embargos que recaiu sobre o “Yusho Regulus” (Cautelar Inominada 0041767-64.2012.8.26.0562, proposta por CGG Trading contra Satsuma Shipping S/A), posicionou-se o juízo a quo, taxativamente, no seguinte sentido: “Além disso, o rigor da lei quanto à lotação que autoriza ou não o arresto deve ser mitigado, pois o Código Comercial, como se sabe, é do ano de 1850, época em que existia uma estrutura portuária muito diversa da atual, além de embarcações de menor porte”. Essa ordem de embargo foi posteriormente ratificada pela 3ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP. Em sentido contrário, anacronicamente e em completa falta de sintonia com a jurisprudência dominante, o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 10221-30.2005.8.06.0000/0, da 1ª Câmara Cível do TJ-CE, Rel. Des. José Mário dos Martins Coelho, julg. Em 04/02/2010, que adotou o art. 481 do Código Comercial como uma das razões para indeferir o embargo de embarcação.

51 Assim, ELIANE M. OCTAVIANO MARTINS, *Curso de Direito Marítimo*, v. II, p. 393, Manole, 2008, CARLA ADRIANA COMITRE GIBERTONI, *Teoria e Prática do Direito Marítimo*, p. 267, Renovar, 1998, e J. HAROLDO DOS ANJOS e CARLOS RUBENS CAMINHA GOMES, ob. cit., p. 267. Até o estudo mais progressista de ANDRÉ LUIZ BETTEGA D’ÁVILA, “Arresto Cautelar de Navio”, ob. cit., p. 237, segue a mesma posição, embora, ante a dificuldade da prova para o autor da ação cautelar, transfira ao réu o ônus “de demonstrar que o navio encontra-se com lotação superior à sua quarta parte, para obter o relaxamento da construção”. A única elogiosa exceção fica por conta da opinião já mencionada no texto, de NELSON CAVALCANTE e WERNER BRAUN RIZK, ob. cit., p. 12. Naturalmente, as obras mais antigas de autores como HUGO SIMAS, JOÃO VICENTE CAMPOS, SAMPAIO DE LACERDA e THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS não alcançaram o período em que avançou toda a construção jurisprudencial que hoje se constata.

Outro tanto pode ser dito da vedação da saída da embarcação, na parte final do art. 479, se a nave encontrar-se *“com os despachos necessários para poder ser declarada desimpedida, qualquer que seja o estado da carga”*.

Por mais uma feita, trata-se de disposição que era voltada a resguardar os interesses dos interessados nas mercadorias embarcadas, não permitindo que a viagem fosse frustrada a partir da obtenção das licenças e autorizações necessárias para zarpar, qualquer a lotação de carga efetivamente ocupada. Por isso mesmo, padece de idênticos anacronismo de valores e mudança da sua linha original de interpretação devido à super-veniência de legislação incompatível, qual sucede com os demais preceitos vizinhos, animados pela mesma orientação arcaica. Reportamo-nos, assim, aos nossos comentários anteriores um pouco acima.

E, como já constatáramos antes nos outros casos, a jurisprudência corretamente ignora, para efeito da concessão de liminares constritivas, a circunstância de a embarcação estar ou não já munida das aprovações para zarpar, seja por parte da Capitania dos Portos ou de outros órgãos públicos porventura interessados. Nem um único caso pode ser localizado, a partir de 1940 ⁽⁵²⁾, de acordo com a extensa pesquisa de anais da jurisprudência que foi realizada até a presente data. Aliás, para ser preciso, é comum, na prática forense, exatamente o oposto: o deferimento de liminares em que se determina que a Capitania não conceda passe de saída para a embarcação embargada, ou que, se já o houver concedido, revogue-o. Vem à tona, aqui, por sua total adequação, uma vez mais, a precisa lição de MIGUEL REALE: *“Se não se opera, salvo casos especiais, a revogação das leis pelo continuado desuso, este as esvazia de força cogente, levando o intérprete, ao ser surpreendido com a sua imprevista invocação, a encapsulá-las no bojo de outras normas, de modo a atenuar-lhes o ruinoso efeito”* ⁽⁵³⁾.

A doutrina nacional até a presente data, mais uma vez, tal como na questão da quantidade de carga existente a bordo, mostra-se total-

52 O último precedente jurisprudencial detectado vem a ser o acórdão do caso do arresto do navio “Windhuk”, proferido pelo TJ-SP no Agravo 8.466, Relator designado Des. Antão de Moraes (RT 131/154).

53 Ob. cit, p. 566. Aliás, foi exatamente isso que o S.T.F. fez ao recusar aplicação pela primeira vez ao art. 482 do Código Comercial, assim abertamente proclamando: *“... quando as leis não mais servem de instrumento para as necessidades dos homens e não lhes dão as garantias que eles reclamam, caem em desuso; mas se não são desde logo revogadas, pela vontade do legislador, o juiz liberta-se das mesmas, sai fora dos seus limites asfixiantes e busca nos fundamentos racionais do direito o que lhe é negado pelo texto absoluto da lei”* (julg. em 22/08/1908 - *Revista de Direito*, v. 8, p. 280).

mente desatualizada quanto à evolução jurisprudencial, incidindo, pois, na mesma crítica.

Finalmente, com relação ao art. 481 (letra “f” supra), ela contempla o embargo ou detenção de embarcação em regime de copropriedade. Contém a mesma restrição relativa ao embargo se a embarcação tiver recebido mais de uma quarta parte de sua lotação de carga, o que, como vimos, não tem mais lugar na ordem jurídica. Sua constrição, destarte, torna-se semelhante a das embarcações em propriedade singular.

7. OS PRESSUPOSTOS DA LEI DE ASSISTÊNCIA E SALVAMENTO E DA CLC/69

Tanto a Lei de Assistência e Salvamento (Lei nº 7.203/84) no seu art. 12, § 1º, inciso I e § 3º⁽⁵⁴⁾, como a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo de 1969 no seu art. VI, item 1b⁽⁵⁵⁾, contêm, pontualmente e de forma breve, normas relativas ao conteúdo da providência cautelar que efetiva a constrição da nave.

A Lei de Assistência e Salvamento no citado § 3º do art. 12 refere-se à circunstância de a embarcação assistida ou salva ter sido “*arrestada ou embargada*”, para efeito de contagem do prazo prescricional destinado ao exercício do direito de cobrança pelos serviços de assistência ou salvamento. O sentido da disposição tem claro propósito ampliativo. O objetivo, à época da edição da lei, foi o de abranger toda espécie de constrição de embarcação com índole cautelar, vale dizer, fosse medida decretada através de ação cautelar inominada de embargo, fosse por meio

54 “Art. 12 - Prescreve em 2 (dois) anos a ação de qualquer salvador para exigir a remuneração pelos serviços prestados, contados do dia em que terminarem as operações de assistência e salvamento.

§ 1º - São causas de interrupção de prescrição:

I - a apresentação de medida cautelar visando a embargar a movimentação da embarcação assistida ou a disposição das coisas que se encontrem a bordo;

(...)

§ 3º - No caso da embarcação assistida ou salva não ter sido *arrestada* ou *embargada* em águas brasileiras, o privilégio referido no § 2º deste artigo vigorará pelo prazo de 3 (três) anos.”

55 “Artigo VI

1. Quando, após um incidente, o proprietário tiver constituído um fundo de acordo com o Artigo V, e tiver direito a limitar a sua responsabilidade,

(a) nenhuma pessoa que tiver uma reclamação por danos causados por poluição decorrentes daquele incidente poderá exercer qualquer direito contra quaisquer outros bens do proprietário em relação àquela reclamação;

(b) o Tribunal, ou outra autoridade competente de qualquer Estado Contratante, deverá determinar a liberação de qualquer navio ou de qualquer outra propriedade pertencente ao proprietário, que tiver sido *arrestada* por força de uma reclamação por danos causados por poluição decorrentes daquele incidente e, do mesmo modo, deverá liberar qualquer caução ou qualquer outra garantia fornecida para evitar aquele *arresto*”.

do procedimento cautelar de arresto. Na medida em que o art. 301 do CPC/2015 mantém a possibilidade de tutelas de urgência com o conteúdo tanto de simples imobilização como até mesmo de arresto, a disposição ainda mantém coerência com o direito positivo atual.

Já a redação do art. VI, item 1b da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo fala em uma embarcação ser “*arrestada*” ou em seu “*arresto*”. Essas expressões foram traduzidas das duas versões oficiais da Convenção em inglês (“*arrested*” e “*arrest*”, respectivamente) e francês (“*saisi*” e “*saisie*”, respectivamente). Também no âmbito da Convenção o escopo dessas palavras é desenganhadamente amplo e não restritivo. Tanto o “*arrest*” do texto em inglês como a “*saisie*” do texto francês vêm a ser, conforme deixa claro a parte final do dispositivo, qualquer medida a constrição do navio com propósito de obtenção de caução ou garantia, *independentemente, por óbvio, dos requisitos e efeitos que o nosso procedimento cautelar de arresto tinha sob o CPC/73*. Logo, a norma da Convenção identicamente mantém-se coerente com o art. 301 do novo CPC, seja lá qual for o conteúdo da providência a ser decretada, de mera detenção ou de arresto.

No tocante à distinção de conteúdo de uma medida de simples embargo ou de arresto sob o CPC/2015, remetemos o leitor, novamente, ao item 10 deste estudo, mais adiante.

No mais, a análise dos pressupostos de cabimento da medida cautelar de urgência, far-se-á à luz dos requisitos genéricos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, combinados com os requisitos específicos, antes examinados, de embargo ou detenção de embarcações nacionais ou estrangeiras.

8. A CITAÇÃO NA TUTELA CAUTELAR DE URGÊNCIA PARA EMBARGO DE EMBARCAÇÕES

A citação no procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente, na forma dos arts. 305/310 do CPC/2015 pode ser realizada, no tocante às embarcações estrangeiras, através dos agentes marítimos que agenciaram-nas quando da sua operação em portos ou águas brasileiras.

Trata-se de regra construída pela jurisprudência, já bem antiga e consolidada no nosso direito processual, de resto sábia e indispensável, absolutamente harmônica com a intensa mobilidade das embarcações,

a necessária flexibilidade do comércio marítimo e a necessidade de assegurar-se a efetividade da jurisdição. De outro modo, medidas de urgência esbarrariam na burocrática necessidade de citação do réu estrangeiro por via de carta rogatória, isso em um ambiente jurídico de intenso informalismo como o é a atividade da navegação comercial. Acresça-se a isso que o proprietário ou armador estrangeiros são mesmo compelidos a nomear mandatário local (o agente marítimo) para representá-los perante autoridades e entidades nacionais diversas.

Portanto, os agentes marítimos, pelo só fato de serem nomeados para o agenciamento de embarcação estrangeira, passam a deter *poderes legais* para receber citações e intimações em nome dos principais que nomearam-nos para o atendimento das embarcações no país. Esse entendimento já havia sido referendado pelo próprio S.T.F. no julgamento do R.E. nº 87.138-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Décio Miranda, assim ementado: “*Comercial. O agente marítimo representa o transportador marítimo, tendo mandato legal para receber citação contra este dirigida, relativamente a cargas despachadas ou descarregadas no porto em que se situa. Doutrina assente nesse sentido. Interpretação razoável da lei (Súmula 400)*”. Mais tarde, o S.T.J. reiterou tal posicionamento a partir do acórdão proferido em 1992 no REsp nº 12.821-0/RJ, da 3ª Turma, tendo como Relator o Min. Eduardo Ribeiro.

9. O FUMUS BONI JURIS E O PERICULUM IN MORA

A aferição, pelo juiz, da fumaça do bom direito e do perigo na demora no tocante ao embargo ou detenção de embarcações comporta algumas peculiaridades dignas de nota.

Com relação ao *fumus boni juris*, deve ser observado que *privilegios marítimos*, contanto que devidamente demonstrados, já são, em si mesmos, *ex vi legis, evidência do bom direito* do requerente da medida. Com efeito, se a própria lei alça-os à condição de créditos com direito de prelação sobre todos os demais na esfera do direito marítimo, revestindo-os, ademais, com as características de *direito de seqüela* e de *direito de embargo* da embarcação sobre a qual recaem, seria um contrasenso negar que eles portam em si, *prima facie*, viva expectativa de bom direito.

Nada, contudo, que implique, no contraponto, em demérito para os *créditos não privilegiados*, os quais também desfrutam, por parte da ordem jurídica, da possibilidade de proteção por via da tutela cautelar de urgência. Apenas reclama mais forte demonstração de sua existência, posto que não institucionalizados *ex vi legis* como direitos vigorosos e merecedores de especial resguardo.

No tocante ao *periculum in mora*, este costuma ser bastante intenso no Direito Marítimo devido à *mobilidade* das embarcações, sempre que o devedor não disponha de outro patrimônio local que responda por suas obrigações. Neste cenário, a mobilidade das embarcações implica, forçosamente, na sua enorme *volatilidade* enquanto patrimônio garantidor de dívidas. Podem os devedores muito facilmente subtraí-las à efetiva atuação do órgão judicial, levando-as para fora da jurisdição brasileira. Além do mais, enquanto operam, as embarcações sujeitam-se a múltiplos riscos, tais como encalhes, naufrágios, explosões, incêndios, abalroações, colisões, pirataria, etc. Decorre disso o interesse dos credores, como última alternativa, de imobilizá-las para assegurar a futura satisfação de uma dívida, pelo menos até o momento em que o potencial devedor substitua a embarcação por uma outra garantia idônea.

O perigo na demora por vezes é tão intenso e iminente que deve sobrepor-se até mesmo, momentaneamente, a uma perquirição cautelar mais rigorosa do *fumus boni juris*. Exemplo típico dessa situação é o caso de abalroação, em que a investigação sobre a culpa pelo acidente frequentemente demanda algum tempo para ser concluída. Nada obstante, na eventualidade da saída da jurisdição brasileira de uma das embarcações envolvidas (e, pois, potencialmente responsáveis), deve o juiz, a pedido da(s) outra(s) embarcação(ões), decretar *ad cautelam* o embargo ou detenção daquela prestes a seguir para o exterior. Idêntica solução aplica-se à análoga situação da embarcação estrangeira de partida para portos no exterior após envolver-se em colisão com píeres, terminais e estruturas portuárias em território nacional.

Precisamente porque empresas brasileiras normalmente dispõem de outros patrimônios no país, não é comum ver-se a decretação de embargos ou detenções de embarcações de bandeira brasileira. Entretanto, se existir fundamento para tal, como, por exemplo, a dissipação de bens da empresa proprietária, a providência constitutiva deve ser tempestivamente decretada.

10. O CONTEÚDO DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE URGÊNCIA

Como antes assinalado, o art. 301 do CPC/2015 concede ao juiz um amplo poder de cautela, autorizando-o a decretar todas as medidas provisórias idôneas e necessárias ao acautelamento da situação de risco. À guisa de ilustração, menciona, exemplificativamente, algumas medidas possíveis, nelas incluída a providência de arresto.

O dispositivo tem sido objeto de críticas, por aludir a procedimentos cautelares que não mais existem no novo CPC⁵⁶.

Entretanto, parecem concordar todos os comentadores que a adequada interpretação ao agora inexistente arresto cautelar é a de uma referência ao *conteúdo* ou *finalidade* da medida que o CPC/73 definia como *arresto*⁵⁷. Não, porém, aos seus *pressupostos específicos de cabimento*, os quais foram substituídos pelos pressupostos da tutela de urgência, e, portanto, devem ser desconsiderados⁵⁸.

Feito este esclarecimento, observa-se que o conteúdo da providência a ser decretada pode variar, conforme o pedido deduzido pelo requerente e acolhido pelo juiz.

Primeiramente, como é mais comum, a parte requer ao juiz que simplesmente *vede* a prática de ato, no caso, que impeça a saída do navio do local onde se encontra, até que seja prestada caução idônea que assegure a futura satisfação do crédito reclamado. A ordem de vedação é materializada por meio de ofício à Autoridade Marítima, encaminhado à Capitania dos Portos local, determinando-lhe que não conceda passe de saída à embarcação, ou que, tendo concedido, revogue-o. Temos, aqui, sendo fiéis à linguagem do Código Comercial, uma nave apenas *detida* por ordem judicial, mas não objeto de apreensão. Estamos aqui, portanto, precisamente diante da hipótese legal de simples *detenção* a que aludem os arts. 479 a 483 do Código Comercial. Uma consequência jurídica daí advinda é que não há restrição à livre disposição da nave pelo seu proprietário, embora esta permaneça interdita ao tráfego por força da determinação judicial.

56 Nesse sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, p. 221, Saraiva, 2015, e, com menos ênfase, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 555, RT, 2016.

57 CASSIO SCARPINELLA BUENO, *ob. cit.*, p. 221; LUIS GUILHERME MARINONI, SERGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 384, RT, 2ª Ed., 2016; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, *ob. cit.*, p. 555.

58 TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, *ob. cit.*, p. 555.

De outro lado, podia a parte, no antigo CPC, pretender a *apreensão do navio e sua vinculação ao processo*, com o que o bem apreendido era retirado do poder de livre disponibilidade não só *material*, mas também *jurídica* do devedor, visando a satisfazer possível dívida mediante sua venda em hasta pública. Tratava-se do arresto cautelar. Consoante definição de PONTES DE MIRANDA que se tornou tradicional, o arresto “é o processo de inibição (constricção) de bens suficientes para a segurança da dívida até que se decida a causa”⁵⁹.

O art. 301 do CPC/2015 manteve a providência ao autorizar o juiz a decretar medida cautelar com conteúdo de arresto. No arresto, mesmo que o bem permaneça com o devedor, há *desapossamento jurídico*, com a transmutação do título de sua posse, que passa a ser posse na condição de depositário judicial, de auxiliar da Justiça sob as ordens do juiz, proibido o deslocamento da coisa do local onde se encontra (daí também vedada a saída da embarcação), sem autorização judicial. Por força da vinculação do bem ao processo que o arresto assim provoca, sofre o proprietário certa restrição à ampla disponibilidade jurídica do bem. Sem dúvida, proprietário que é, ele não está impedido de aliená-lo, não sendo o ato de alienação, portanto, nulo ou anulável. No entanto, a alienação, se ocorrer, *não dissolve a vinculação judicial* que recai sobre a coisa, sendo, pois, *ineficaz* com relação ao processo em que se deu a constricção⁶⁰. O bem arrestado, mesmo se alienado, permanece, portanto, isolado como *garantia de uma futura execução por quantia certa*, a usar das palavras de ROSENBERG e LOPES DA COSTA⁶¹, quando poderá vir a converter-se em penhora. Daí a sugestiva expressão de GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA de que no arresto há “*penhora e expropriação, em potência*”⁶². Por conseguinte, o arresto é modalidade de constricção intermediária, *maior* que a simples vedação da prática de um ato (a saída da embarcação) com base no poder geral de cautela, e *menor* do que a penhora.

Podem assim ser percebidas as diferentes dimensões de uma medida de simples detenção e outra de arresto. Aquela constitui um *minus* construtivo em comparação com o arresto, que é claramente mais restritivo de direitos. Não produz a detenção *desapossamento do bem*, nem

⁵⁹ *Comentários ao CPC* (de 1973), tomo 12, p. 121.

⁶⁰ SÉRGIO SEIJI SHIMURA, ob. cit., p. 309.

⁶¹ *Apud* OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, ob. cit., v. XI, p. 273.

⁶² Ob. cit., p. 81.

sua *vinculação ao processo*, daí não acarretando ineficácia de eventual alienação. Traduz-se em mera *imobilização, vedação da nave ao tráfego* e apenas isso. Já o arresto produz o desapossamento da embarcação, e, por força disso, em consequência, sua imobilização também sem autorização judicial.

Na prática forense, usualmente os credores preferem buscar a mera imobilização da embarcação, na medida em que isso costuma atender às necessidades imediatas de proteção de seu crédito. Trata-se de medida corriqueira nas lides marítimas⁶³. Todavia, o art. 301 do CPC/2015 autoriza o juiz a ir mais longe, decretando providência com aquele conteúdo do antigo arresto cautelar. Logo, deduzido esse pedido, seu cabimento deve ser aferido à luz das circunstâncias do caso concreto. Relembre-se, porém, que o órgão judicial não mais poderá sujeitar a situação, para efeito de sua aferição, às exigências do art. 814 do CPC/73, posto que revogadas. Tudo irá se resolver, pois, no âmbito da discricionariedade inerente ao seu poder geral de cautela. Havendo fumaça de bom direito e recomendando a gravidade da situação não a simples imobilização da nave, mas sim a medida mais constritiva de arresto, deverá o juiz concedê-la.

11. O RISCO DE DANO REVERSO

Finalmente, merece análise o entendimento de alguns julgados de denegar o embargo ou detenção com base na possibilidade de *dano reverso*, especialmente quando os débitos a serem acautelados guardam desproporção com o valor da embarcação objeto do pedido cautelar⁶⁴. Subjaz, aí, claramente, a aplicação do *princípio da proporcionalidade*.

O tema é interessante. No plano do direito comparado, não existe critério unívoco para lidar com a situação.

Genericamente falando, não há como deixar de aplicar o princípio da proporcionalidade em qualquer decisão judicial. De outro lado, porém,

63 Apenas uns poucos precedentes, que servem por todos os demais: no TJ-SP os acórdãos de Agravos de Instrumento todos da 3ª Câmara de Direito Privado nº 0229445-02.2011.8.26.0000, nº 0219365-42.2012.8.26.0000 e 0232562-64.2012.8.26.0000, julgados pela 3ª Câmara de Direito Privado, em 15/01/2013, Rel. Des. Egídio Giacoia; no TJ-RJ, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2007.002.35554, Re. Des. Arthur Eduardo Ferreira.

64 O acórdão proferido pela 21ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP no Agravo de Instrumento nº 0033119-69.2011.8.26.0000, Rel. Des. Virgílio de Oliveira Júnior, denegou pedido de arresto, dentre outras razões, porque a dívida a ser acautelada montaria a R\$ 135.985,79, o que não cumpria “com a justa proporcionalidade”. Idêntico entendimento esposou a 12ª Câmara Cível do TJ-RS no Agravo de Instrumento 70007387806, Rel. Des. Orlando Hermann Júnior, ao argumento de que “prejuízos maiores decorreriam da constrição do navio, que ficaria impedido de completar sua rota”.

todos os direitos de credores merecem, de forma democrática, semelhante proteção da ordem jurídica, pois não é admissível o seu sacrifício somente por serem de expressão econômica “menor” ou “inferior” comparativamente com a embarcação a ser objeto da constrição, seja lá o que “menor” ou “inferior” possa representar.

Ademais, o próprio conceito de proporcionalidade dificulta a definição de parâmetros apriorísticos na matéria, visto que, por ser abstrato, esse princípio somente ganha concretude e sentido de justiça diante das características de cada caso particular.

No entanto, no caso de arresto de embarcações, parece deva ser considerado, na equação jurídica que mede a proporcionalidade, um elemento específico: saber se as normas aplicáveis permitem ou não ao suposto devedor *meios processuais expeditos* para liberar seu navio da constrição judicial, assim impedindo ou minimizando drasticamente as perdas decorrentes da paralisação da embarcação.

O direito brasileiro dispõe desse meio eficiente: a prestação de caução, *sem restrição de espécie*, contanto que *idônea*. Diante dos interesses contrapostos de alguém que busca proteger a sobrevivência do seu crédito, e, do outro lado, do proprietário do navio que tem interesse em prosseguir operando a embarcação, a caução “idônea”, com toda a sua ampla latitude de alternativas postas à disposição do potencial devedor (depósito em dinheiro, fiança bancária, seguro-fiança judicial, cartas de garantias de Clubes de P&I ou de outros terceiros, etc.), mostra-se apta a equilibrar a salvaguarda dos interesses de ambas as partes de forma rápida e eficaz, afastando, em larga medida, a questão do dano reverso.

Diante disso, simplesmente liberar a embarcação ao argumento de desproporcionalidade do dano reverso, implica, em princípio, numa equivocada aplicação do princípio da proporcionalidade, a resultar na indevida tutela de apenas um polo da relação jurídica, com total sacrifício do interesse oposto.

E, note-se, quanto maior a desproporcionalidade entre o crédito reclamado e o valor do navio, tão menor será a garantia a ser colocada pelo potencial devedor, facilitando sua prestação. Como relutar o Judiciário em manter o embargo de embarcações por valores relativamente módicos, se a lei concede a seus proprietários a prerrogativa de reequilibrar eventuais desbalanceamentos de situação jurídica através da prestação da módica garantia, sem sacrifícios integrais de qualquer lado? A questão

parece resolver-se mediante a compreensão da possibilidade de prestação de caução a partir da perspectiva de um ônus processual, com cujas consequências negativas deva o devedor arcar na hipótese de recusa ou omissão em exercer a faculdade concedida.

Deve ser lembrado, ademais, que o *métier* da navegação está bastante acostumado a aceitar cartas de garantia dos seguradores de responsabilidade civil dos armadores/transportadores marítimos (P&I), as quais normalmente têm custo zero para os segurados. Portanto, uma garantia viável, rápida e sem custo para o potencial devedor⁶⁵. Se contarem com este tipo de cobertura securitária, mais injustificável torna-se a recusa na prestação da caução, ao argumento de dano reverso.

É princípio universal de direito marítimo que as embarcações respondem com seu corpo pelos privilégios marítimos que as gravam. Também é fato sabido e admitido que os navios constituem a única garantia dos credores naqueles locais onde os proprietários não detêm outros patrimônios com que assegurar o cumprimento de suas responsabilidades legais, daí sujeitando-se as embarcações, pois, a medidas de constrição. Todos esses são riscos inerentes à navegação moderna. Se o empresário da navegação não dispõe de meios mínimos e eficientes para lidar com os riscos normais de sua própria atividade, garantindo suas responsabilidades sequer através dos mecanismos de seguro amplamente disponíveis no mercado e indispensáveis a quem atua no ramo, então isso constitui real motivo de preocupação sob o ponto de vista jurídico.

Precedentes desse tipo constam dos anais do Judiciário nacional, e um, bem recente, foi aqui antes citado: o caso do navio “Yusho Regulus”, que ficou detido por cerca de oito meses no porto de Santos, com carga perecível a bordo, recusando-se seus proprietários, nesse ínterim, a prestar caução para poder seguir viagem. Em tais circunstâncias, de duas, uma: ou os interesses do navio mostram-se de fato insolventes, daí justificando-se a imperiosa necessidade de constrição da nave para a proteção do credor, ou então os devedores simplesmente mantêm a firme determinação de, a qualquer custo, dificultar a realização da garantia patrimonial ao credor, contando que o agravamento de sua situação por escolha própria possa equivocadamente sensibilizar algum juiz, afinal, a liberar a embarcação independentemente de caução. A hipótese última, a toda a evidência, não merece guarida da ordem jurídica. ❖

65 Também enfatizando esse ponto, J. HAROLDO DOS ANJOS e CARLOS RUBENS CAMINHA GOMES, ob. cit., p. 161 e ELIANE M. OCTAVIANO MARTINS, *Curso de Direito Marítimo*, v. II, p. 492.

Privatização Através do *Franchising*

Luiz Felizardo Barroso

Advogado titular da Advocacia Felizardo Barroso & Associados. Presidente da Cobrart Gestão de Ativos e Part. Ltda e Presidente do Conselho Empresarial de Franchising da ACRJ.

Segundo informações prestadas por um alto funcionário do **BNDES**, em recente Seminário Internacional sobre **PRIVATIZAÇÃO ATRAVÉS DO FRANCHISING**, realizado em São Paulo, o sucesso do programa de privatização em um regime democrático está na razão direta da formação de uma corrente de opinião pública a ele favorável.

Todos sabemos que o sustentáculo de uma nação é a sua classe média, em seus diversos patamares: média/baixa, média/média e média/alta. Classe média, esta constituída por estudantes, funcionários públicos, donas de casa, bancários, securitários, profissionais liberais, micros, pequenos e médios empresários, estejam ou não operando à luz da legislação comercial e tributária.

Quem quer que queira o apoio de opinião pública - principalmente os Governos em seus planos de mudanças estruturais - terá que formar e ter ao seu lado, uma corrente de opinião que lhe seja favorável, junto à classe média, ou não chegará a lugar nenhum.

Ora, é da essência da franquia empresarial a capilaridade, isto é, a distribuição de investimentos e operações comerciais ou de serviços em um amplo espectro do território, valendo-se de empresas já existentes ou da criação de outras de micro, pequeno e médio porte; classe média empresarial, esta constituída a partir de um contingente formado por estudantes, aposentados, donas de casa, profissionais liberais e outros que resolveram ingressar na senda dos negócios.

Este raciocínio nos conduz à conclusão lógica de que a privatização, para disseminação de seu conceito básico - afastamento, em definitivo, do Estado de suas funções não estruturais (que nada têm a ver com seu

papel institucional) - no qual repousa seu sucesso, depende substancialmente, não só da transmissão de conceitos de fácil assimilação, como da operacionalidade de simples manejo a que a franquia necessariamente nos conduz, como, aliás, é de sua própria essência.

Além do mais, a franquia pode tornar-se, claramente, um instrumento hábil de governo para atingir, além das metas meramente econômicas, os objetivos sociais de altíssimos dividendos políticos, como por exemplo: redução da dependência de novos investimentos estrangeiros, bem como criação de novas oportunidades para pequenas e médias empresas e empresários em potencial.

Sem contar com um outro dividendo, paradoxal como possa parecer, qual seja o de que, privatizado em seu âmago, o Brasil demonstraria, na prática, sua intenção governamental de acolher capitais privados, venham de onde vierem.

Depois de firmar-se como um dos sistemas mais eficientes de expansão de novos negócios na área comercial e de serviços em todo o mundo, o franchising está sendo adotado como alternativa prática, rápida e barata de promover a privatização de economias outrora estatizadas, como, por exemplo, a do Leste Europeu.

Animados pelas recentes experiências de países industrializados - como a Inglaterra, que franqueou à iniciativa privada os postos de atendimentos do Correios e Telégrafos - organismos governamentais de países do Leste europeu, como a Polônia, Hungria e Checoslováquia encomendaram a especialistas internacionais em *franchising* estudos para a privatização por meio da franquia de grande parte de sua economia.

Nós, com a experiência em *franchising* que já possuímos no Brasil, junto ao setor privado, muito poderíamos contribuir para acelerar o processo de privatização de nossas estatais, pela ponta de suas atividades, mormente as empresas prestadoras de serviços como as distribuidoras de energia elétrica, as responsáveis pelos serviços telefônicos, pela administração de aeroportos, ferrovias, terminais rodoviários e mesmo pelos serviços sociais, como os serviços de **Assistência ao Cidadão do Estado da Bahia e os do Poupa Tempo de São Paulo**, já amplamente divulgados, inclusive na obra do signatário intitulada (**Franquia Público-Social – A Franquia Cidadã dos Entes Públicos (Editora Lumen Juris, 2008)**).

Um desses especialistas, se não o maior deles, Philip Zeidman, afirmou, enfaticamente, do alto de seus vinte anos em *franchising* (últimos

dos quais em *franchising* internacional), como consultor da Europa Central e do Leste, Austrália, México e Argentina que:

“Existe uma ligação próxima entre franquia e privatização. A franquia pode ser um dos mecanismos apropriados para transferir propriedades do Estado para o setor privado”; sem que, necessariamente, este perca o controle delas; acrescentamos nós.

Ao atuarem, também na iniciativa privada, as companhias estatais brasileiras passariam a produzir bens e serviços com a diversidade e a qualidade exigidas pelos consumidores nacionais locais que já dispõem de uma arma legal, para a defesa e a proteção de seus interesses, ou seja, o seu próprio Código de Defesa, podendo, assim, passar a exigir, inclusive das estatais, bons serviços e melhores produtos.

Isto sem falarmos no afastamento definitivo de irregularidades provenientes da corrupção e de outras práticas, menos recomendáveis, de enriquecimento, sem causa.

Passariam, além do mais, a proporcionar aos seus funcionários um novo espectro de oportunidades de um trabalho motivador e altamente compensatório, em termos de ganhos financeiros.

Em verdade, gigantes industriais não são considerados bons candidatos ao sistema de franquia. O mesmo não se poderia dizer, porém, de certas categorias de estatais, que poderiam ingressar de forma promissora no sistema de franquias, como é, precipuamente, o caso das empresas de serviços.

Vide os exemplos dos correios na Inglaterra, e já, agora, até no próprio Brasil (com a Franquia Postal – Lei nº 11.668, de 02/05/2008), como o dissemos, de companhias aéreas, como a JAPAN AIRLINES, e toda a rede ferroviária daquele país, e, por fim, das empresas fornecedoras de energia elétrica da Tailândia e do Chile.

A expansão de qualquer atividade através do *franchising* pressupõe a existência de um trinômio onde A é a empresa franqueadora; B é um homem de negócios independente, que assume seus próprios riscos e C, o público consumidor final.

A expansão tradicional da empresa seja esta estatal, seja privada, conta, também, com o trinômio A, B e C, só que A é a empresa central; B é o gerente da filial, assalariado e geralmente desmotivado; e C, o consumidor final.

Está concretamente provado, pois, que a expansão através do *franchising* de qualquer atividade empresarial promovida, quer por empresas privadas, quer públicas, se faz mais rapidamente, a custos bem menores e com absoluto sucesso devido a uma de suas características principais: “o olho do dono (“B”) engordando o boi”, segundo a sabedoria popular.

Enquanto isto, “B” que no trinômio tradicional seria o dono do negócio, é o funcionário assalariado nas empresas estatais, raramente comissionado, sem as necessárias motivações para o trabalho, o lucro, a realização pessoal e financeira sem limites, que só a iniciativa privada proporciona.

Se transformadas em franqueadoras pela ponta de suas atividades, as grandes empresas estatais brasileiras estariam menos infensas a cair, por exemplo, em mãos de capitais estrangeiros, além de proporcionarem maior flexibilidade operacional, suficiente para reestruturarem-se em unidades individuais separadas e viáveis, porque dinâmicas, transformadas em pequenas empresas, sem perda do seu controle central, o que se apresenta como sua principal característica e uma vantagem sem precedentes.

A própria rede de distribuição de propriedade do Estado, dirigida por um governo centralizador, geralmente despótico, exercido por um diretor nacional, com filiais em várias partes do Brasil e gerenciadas por funcionários governamentais locais, desmotivados e mal remunerados, seria transformada em uma rede de franqueados, constituídos até por ex-empregados, ex-gerentes e ou ex-diretores que, doravante, passariam a gerenciar suas próprias unidades individuais, investindo suas reservas de dinheiro, suas indenizações trabalhistas, e recebendo assistência financeira e jurídica para pagar o restante do preço de sua nova condição de franqueado, como já ocorreu recentemente no Brasil com a filial de umas empresa multinacional no ramo de seguros que, outrora, fora estatal em seu país de origem.

O conceito internacional de *franchising* é mais um daqueles subordinados a um fato político econômico e social de nível mundial, inexorável, qual seja o de globalização: a privatização, o marketing, as finanças públicas e privadas, as políticas fiscais e tributárias não resistem mais a uma discussão aprisionada entre as fronteiras de um mesmo país.

Quanto ao conceito de privatização, em particular, pesquisas as mais rudimentares provaram a sua praticabilidade em países dos mais diversos continentes e de características econômicas e políticas as mais

dísparos, e diametralmente opostas, por ter-se adaptado à cultura e à economia dos países onde foi implantada.

Assim, também, a franquia no Brasil, como instrumento versátil de privatização acelerada, autosustentada e sedimentada em sólidos sentimentos de apoio da opinião pública, deve levar em consideração as tradições empresariais econômicas nacionais, onde as estatais detêm 60%, ou mais de sua economia, pouco restando para as empresas privadas nacionais ou multinacionais.

Finalizando, ousamos vaticinar, sem medo de errar, que a franquia no Brasil poderá ampliar, sobremaneira as oportunidades econômicas e o potencial de privatização de maneira mais profunda, completa e sutil do que seria possível alcançar com o emprego de qualquer outro instrumento ou veículo. ❖

O Negócio Processual: Inovação do Novo CPC

Luiz Rodrigues Wambier

*Sócio do escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier
Advocacia e Consultoria Jurídica.*

Ana Tereza Basilio

Sócia do escritório Basilio Advogados.

O novo diploma processual foi norteado pelo propósito salutar de simplificação do processo.

É relevante estabelecer necessária premissa, que diz respeito à função do procedimento. O procedimento, na verdade, nada mais é do que uma tessitura, uma costura cronológica e ordenada dos atos processuais. É preciso dar ao movimento da relação jurídica processual método, que se caracteriza por essa sucessão de atos processuais concatenados ao longo do tempo.

Ao contrário do legislador do Código de 1973, o novo diploma processual foi norteado pelo propósito salutar de simplificação do processo. E a mudança que promoveu resultou em um número expressivamente menor de procedimentos especiais, guardando fidelidade com os princípios invocados na exposição de motivos do Anteprojeto.

Se no CPC de 1973 estão contemplados os procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo - que depois ficou entregue à competência do JEC - e uma série de procedimentos especiais, no Código de 2015, o legislador optou por adotar o modelo do procedimento comum, que passa a abarcar todas as situações gerais. Contempla, ademais, alguns poucos procedimentos especiais¹, para temas peculiares no plano do direito material, aos quais o legislador precisou conferir tratamento procedimental especial.

¹ ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, num de seus preciosos textos, enumera causas que poderiam ter exercido certa influência no legislador no momento de definir que matérias de direito material contemplaria com procedimentos especiais. Diz o autor: "O peso da tradição histórica, com as complicações e incongruências decorrentes de múltiplas fontes de influência, nem sempre coesas e entre si coerentes; a eventual interpenetração, em um mesmo processo, de elementos de diversas modalidades de tutela jurisdicional (de cognição, de execução e de cautela); razões de conveniência momentânea e local, com caráter meramente emergencial; até mesmo a simples impaciência do legislador frente à morosidade do aparelhamento judiciário em contraste com a pressão da demanda social – tudo influi no sentido de retirar da vala comum do rito ordinário um número crescente de 'ações'". ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, "Justificação teórica dos procedimentos especiais". Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%3%ADcio(3)formatado.pdf), acesso em 15 de outubro de 2015.

Mas a grande inovação do CPC de 2015 consiste em criar uma inovadora modalidade de procedimento, que podemos classificar de especialíssima: a que deriva de negócios jurídicos processuais, por convenção das partes, de modo bilateral e no plano contratual; ou, ainda, de acordo das partes, celebrado em juízo e de maneira mais complexa², para estabelecer o procedimento, no âmbito endoprocessual.

Dentre as várias regras que disciplinam o negócio processual no novo código, merece destaque aquela contemplada em seu art. 190. De acordo com esse dispositivo, se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes poderão, desde que capazes em sua plenitude, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, isto é, àquilo que de especial e, portanto, merecedor de destaque, exista na questão de direito material a ser veiculada no processo. Nesse novo contexto normativo, as partes poderão convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres. E, como já afirmado, poderão pactuar sobre essas matérias antes mesmo do processo, o que significa inserir em contrato, público ou privado, negócio jurídico de natureza processual, que vai muito além da mera eleição de foro, admitida pelo código ainda em vigor.³ Se, no curso ou depois de extinta a relação jurídica, houver necessidade de ir a juízo, os contratantes, agora partes, irão submeter-se a procedimento, que deverá ser processado na forma e nos moldes ali pactuados.

Estamos diante, de fato, de uma expressiva inovação, que flexibiliza a natureza até então cogente das regras que disciplinam os procedimentos em juízo. Essa relevante mudança de perspectiva, certamente, foi inspirada no processo arbitral, que tem por principal característica a liberdade das partes de pactuarem, inclusive através de prévia cláusula de arbitragem, a respeito do procedimento ao qual estarão sujeitas em litígio a ser submetido à arbitragem.

2 A que optamos por chamar de negócio jurídico processual complexo, embora há quem prefira chamá-lo de negócio jurídico plurilateral (cf. FREDIE DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 378; PAULA SARNO BRAGA. "Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007).

3 Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante" (*Curso de direito processual civil*, v. 1, 56. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 470).

Há uma série de discussões a respeito, especialmente no caso de estipulação de normas de natureza procedimental, antes do processo. Alguns doutrinadores sustentam que essa liberdade de pactuar a respeito de procedimento resvalaria em possível nulidade, se, por exemplo, o pacto de natureza processual estiver inserido no ambiente de contratos de adesão. No entanto, os riscos de eventuais abusos nessa negociação anterior ao processo foram levados em conta pelo legislador. Diz a regra do parágrafo único do art. 190 que, de ofício ou a requerimento da parte prejudicada, o juiz aferirá a validade das convenções previstas no art. 190, recusando-lhes aplicação se houver nulidade ou inserção abusiva, na hipótese específica de contrato de adesão, ou, ainda, naquelas situações em que a parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Parece, portanto, que essa primeira crítica já está solucionada no próprio texto normativo, já que o legislador, de algum modo, criou mecanismos de solução para os eventuais problemas que essa nova regra poderia gerar.

Há outra crítica, de caráter ideológico, no sentido de que o art. 190 do novo CPC estaria, na verdade, “privatizando” o procedimento⁴. Alguns, até mesmo, engajam-se ideologicamente nessa discussão, especulando que essa atividade privada das partes poderia afetar o próprio resultado do processo, o que não nos parece correto concluir. As partes podem, sim, pactuar regras de natureza procedimental - e algumas delas já poderiam ser acordadas mesmo antes do Código de 2015, como, por exemplo, a eleição de foro⁵ - sem que se tivesse jamais cogitado dessa espécie de inconveniente. A experiência arbitral demonstra, ademais, que a possibilidade de adequar o procedimento às peculiaridades do caso em julgamento é benéfica a ambas as partes, pois permite, sobretudo, que a instrução probatória se desenvolva de maneira mais objetiva, eficiente e elucidativa.

O novo código contempla uma série de regras que estão interligadas e que demandam interpretação ampla e sistemática, para que se possa entendê-lo em toda sua extensão e plenitude. O art. 200 do CPC de 2015, por exemplo, é o primeiro que encabeça a sessão relativa aos atos das partes, e estabelece que aqueles consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição,

4 Sobre privatização do procedimento, cf. BARBOSA MOREIRA, "Privatização do Processo?" *In: Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7; e "O neoprivatismo no processo civil." *In: Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

5 Em 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 335, com o seguinte teor: "É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato".

a modificação ou a extinção de direitos processuais, o que nos permite concluir, conjugando a leitura desse dispositivo com a do art. 190, que, a partir do início da vigência do CPC de 2015, de fato haverá um espaço amplo e profícuo para o negócio jurídico processual.

Existem ainda outros dispositivos cuja leitura é importante para que se possa entender todo o engenhoso mecanismo engendrado pelo legislador em torno do negócio processual. O art. 191 no novo código, por exemplo, dispõe que o juiz e as partes poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais. Trata-se, uma vez mais, de regra com nítida inspiração no processo arbitral, no qual a fixação de cronogramas para a prática de atos processuais é praxe disseminada e bem-sucedida.⁶

É um avanço sem tamanho, pois, na medida em que esse calendário seja fixado e respeitado pelas partes e pelo juiz - que, saliente-se, estará vinculado ao seu cumprimento -, a razoável duração do processo estará objetiva e previamente assegurada. Conforme dispõe o § 1.º do art. 191 do CPC de 2015, o calendário vincula as partes e o juiz, de modo que os prazos nele previstos somente poderão ser modificados em casos excepcionais e devidamente justificados.

E há um outro elemento que decorre dessa possibilidade ampla de negócio processual, cuja compreensão é fundamental. Trata-se do § 2.º do art. 191, que estabelece o seguinte: tendo havido o pacto, o negócio que fixou um calendário que passa a vincular partes e juiz, ficam dispensadas todas as intimações das partes para a prática de ato processual ou para a realização de audiências, cujas datas tenham sido previamente designadas no calendário. A eliminação de uma série de atos de comunicação, no curso do procedimento, além de simplificar o seu trâmite, certamente provocará sensível redução do custo público de manejo do processo.⁷

A desnecessidade de atendimento a prazos decorrentes de intimações significa, de alguma maneira, gerar para juiz e para partes mais conforto e menos pressão. Diminuindo a pressão, a qualidade, é razoável supor, aumenta. É intuitivo que, quanto menor a pressão, mais as partes, seus advogados e o juiz agirão com espontaneidade no processo, visando ao alcance do seu efetivo resultado que é a declaração, em sentido amplo, do direito daqueles que estão litigando em juízo, oriundos do mi-

6 A respeito, cf. NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 702.

7 Nesse sentido, v. KEVIN E. DAVIS e HELEN HERSHKOFF. "Contracting for procedure". In: ANTONIO DO PASSO CABRAL e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 146.

organismo social representado no processo pelas partes. São alterações extraordinariamente vantajosas, que inserem o novo diploma processual brasileiro na vanguarda da processualística contemporânea.

Há quem sustente, assim como também se tem dito em relação à regra do julgamento por ordem cronológica (art. 12), que o calendário atrapalhará a gestão do estoque de processos pelo juiz. Parece-nos que, assim como na ordem cronológica, desde que o juiz crie um novo método de gestão, levando em conta todas as alterações do novo código, ele poderá, sim, gerir com eficiência seu estoque de processos⁸, atendendo tanto à expectativa das partes, quanto às regras dos órgãos do tribunal, como a Corregedoria, e dos órgãos de controle administrativo e disciplinar, como o CNJ⁹. Trata-se, pois, de um grande avanço, que, se bem utilizado, será muito útil para que o procedimento seja mais ágil e previsível.

É interessante aqui que não se confundam os negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como, por exemplo, reconhecimento da procedência do pedido, com negócios jurídicos processuais, que têm por objeto o próprio processo em sua estrutura, na sua dinâmica. É dessa última modalidade que tratam os artigos 190, 191 e 200¹⁰ do CPC de 2015. Esses dispositivos não dizem respeito à transação, por exemplo, quanto ao objeto do processo, mas do próprio processo e de suas condições de desenvolvimento ao longo do procedimento.¹¹

Além disso, é preciso que se tenha em mente que há algumas garantias, inclusive de índole constitucional, que, obviamente, não são passíveis de pactuação, seja em processo arbitral, seja em processo judicial, regido pelo novo código. Face ao truísmo, as partes não poderão contratar, antes do processo ou ao longo dele, a supressão de direito de defesa, do contraditório, do direito de interpor os recursos cabíveis e pro-

8 Sobre o princípio da eficiência, cf. LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. "A previsão do princípio da eficiência no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro". *RePro*, 233/65.

9 Acerca dos negócios processuais no novo CPC e do gerenciamento processual, v. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUS PEDRON. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 257.

10 A respeito, cf. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGERIO LICASTRO TORRES DE MELLO. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

11 Há uma série de outros pontos que poderíamos discutir a respeito do negócio processual. Por exemplo: a possibilidade de acordo para ampliação do tempo de sustentação oral de um ou de outro, para a divisão do tempo de sustentação oral nos tribunais; a convenção sobre a prova, inclusive sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova que as partes poderão pactuar; a renúncia ao prazo, prevista no art. 225; o acordo para suspensão do processo, previsto no inciso II do art. 313; a organização compartilhada (ou organização consensual do processo), prevista no art. 357, § 2.º; a possibilidade da escolha do arbitramento como técnica de liquidação, prevista no inciso I do art. 509.

duzir provas etc. Afinal, não se pode estabelecer regras que eliminem, por exemplo, garantias constitucionais; mas é lícito estabelecer alterações procedimentais, desde que não ofendam aquelas garantias. São situações absolutamente distintas.

A inovação que insere no ordenamento o negócio jurídico processual certamente é capaz de propiciar um melhor rendimento ao processo, de qualidade e tempo de duração. Está inserida no contexto da ideia de cooperação, que permeia todo o novo código, e que deve ser entendida como a necessidade de que haja esforço de todos os envolvidos na atividade processual, para que o resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável. ❖

Função Social da Empresa: Perspectiva Civil-Constitucional*

Maria Theresa Werneck Mello

Mestre em Direito Civil pela UERJ

I. INTRODUÇÃO

Nosso tema é a função social da empresa sob a perspectiva civil-constitucional.

É sob essa ótica que se pretende discorrer sobre o significado, o conteúdo e os limites da função social da empresa, buscando responder as seguintes perguntas:

1 -A empresa se destina apenas a produzir lucros para atender aos interesses individuais de seus acionistas, principalmente de seus acionistas controladores?

2 - Ou, tem ela também o dever de atender a outros interesses que gravitam em torno da empresa, como o dos empregados, consumidores, da comunidade em que ela se insere e ainda Estado como destinatário de tributos?

3 - Esses interesses se situam em posição de equilíbrio ou os interesses coletivos devem sempre prevalecer sobre os individuais dos acionistas? A empresa deve ser assim vista como um órgão público?

4 - Afinal, como deve ser preenchido o conteúdo da cláusula geral contida nos arts. 116, parágrafo único e 154 da Lei das Sociedades por Ações que obrigam o acionista controlador e o administrador a fazer com que a empresa cumpra sua função social?

5 - Qual o fundamento constitucional da função social da empresa?

6 - Quais são os limites da função social da empresa?

* Exposição realizada na EMERJ em 12 de setembro de 2007.

7- E esse movimento chamado responsabilidade social corporativa? O que é? Representa também manifestação da função social da empresa? Ou não tem nada a ver.

É uma prática voluntária?

Esses os aspectos da função social da empresa que se pretende expor e debater com os senhores, sempre a partir da perspectiva civil-constitucional, isto é, a partir da **consideração de que a Constituição é o centro do sistema jurídico**, e é do tema da perspectiva civil-constitucional ou da constitucionalização do Direito que vou tratar em primeiro lugar, sendo importante inicialmente abordar questões já conhecidas de todos, mas necessárias para o desenvolvimento do raciocínio.

II. A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

1 - O tema da perspectiva-civil constitucional ou da constitucionalização do Direito, conforme as sempre preciosas lições do Prof. Luiz Roberto Barroso, liga-se ao desenvolvimento histórico da relação entre o Direito Público e o Direito Privado, podendo ser dividida em três fases:

2 - **NA PRIMEIRA, NO SÉC XVII, NO ESTADO LIBERAL**, havia absoluta separação entre os dois âmbitos; a **Constituição** era a Carta **política**, destinada a regular as relações entre o Estado e os cidadãos e a limitar os poderes estatais frente aos indivíduos.

3 - O **Código Civil** era o documento **jurídico**, fonte do direito geral. Inspirava-se no princípio da civilização moderna, de igualdade, difundido pela Revolução Francesa. Todos os homens (nobres, burgueses, eclesiásticos etc.) são todos trazidos para a condição única de cidadão, todos regidos pela mesmíssima lei.

4 - O Código Civil tinha a pretensão de reger integralmente as relações entre os particulares, a expressar outro valor dos mais importantes para a teoria liberal: a **segurança jurídica**. Ao juiz cabia apenas a tarefa de ser **la bouche de la loi**, aplicando o direito ao caso concreto, numa operação meramente silogística.

5- As duas esferas – do Direito Constitucional e do Direito Privado - não se relacionavam . O Estado não devia intervir nas relações privadas. Os direitos fundamentais previstos na Constituição dirigiam-se portanto

apenas contra o Estado que, na época, representava a principal ameaça aos direitos e liberdades individuais.

6 - O **Direito Privado** fundamentava-se nos princípios da **razão** e coincidia com os direitos **naturais e inatos** dos indivíduos. O **Direito Público** provinha da vontade do legislador.

7- As disposições constitucionais **não dispunham de força normativa** e sua concretização **dependia da participação do legislador**. A Constituição tinha uma importância secundária. No âmbito das relações jurídicas privadas, eram os próprios Códigos que exerciam pela função de verdadeiras constituições.

8 - **A SEGUNDA FASE DESSA RELAÇÃO DIREITO PÚBLICO /DIREITO PRIVADO SURGE COM O ESTADO SOCIAL**, a partir de importantes inovações introduzidas pela Constituição Mexicana de 1917 e pela alemã, de Weimar de 1919.

9 - Passam, então, a constar das Constituições disposições e garantias pertinentes às relações privadas. É a fase do **DIRIGISMO CONTRATUAL**. Nas Constituições são introduzidas normas de ordem pública, de interferência nas relações privadas, destinadas a proteger a parte mais fraca: o consumidor, o locatário, o empregado. Busca-se a promoção da igualdade substancial, e não apenas formal.

10 - Ocorre a chamada **publicização do Direito Privado**, iniciada a partir da percepção de que a relação de poder não se estabelece apenas entre o Estado e o Cidadão, de que a garantia de liberdade econômica existente no Estado Liberal havia se transformado em poder econômico, gerando profunda desigualdade entre os homens.

11 - Assim, os textos constitucionais vão paulatinamente definindo princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade, como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família.

12 - A relação entre o Direito Público e o Direito Privado caminhou então de uma separação de âmbitos para uma relação de **complementariedade e dependência**, sendo ambos partes de um **ordenamento jurídico unitário**.

13 - Tem-se o início da **crise da distinção entre Direito Público e Direito Privado**. No Direito Privado, os aspectos coletivos e sociais assumiram o primeiro plano como forças dominantes da ordem jurídica, causando a desintegração do sistema clássico do Direito Privado e de seus

conceitos fundamentais. Exemplo clássico é o do Direito do Trabalho que passa a ser regulado fora do Código Civil.

14 - O Direito Privado não mais se justifica pelos princípios da razão mas tal como o Direito Público promana da vontade do Estado.

15 - Alterou-se a ética individual da vontade para uma **ética social da responsabilidade solidária**, significando dizer que não só o Estado mas todos os membros da sociedade respondem pela existência social dos demais. **O Direito Privado socializa-se.**

16 - Mas os preceitos constitucionais eram ainda entendidos como princípios programáticos, no sentido de orientar o legislador quando ele regulasse a matéria, não gerando qualquer direito subjetivo. Mas exerciam a função importante de **proibir o legislador** infraconstitucional de abolir completamente os institutos centrais de Direito Privado, em razão do reconhecimento da primazia da Constituição.

17 – Entretanto, como se questionava a competência dos juízes para controlar a constitucionalidade das leis, tal fato não permitiu a **concretização** do princípio da supremacia da Constituição.

18 – Outro aspecto importante a destacar é que, nessa fase, o **Código Civil perde o caráter de exclusividade**, em razão de inúmeras leis esparsas surgidas da necessidade de dar solução aos conflitos sociais emergentes e às grandes mudanças ocorridas nas sociedades. (No Brasil, podemos citar, o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64); a lei do casamento religioso com efeitos civis (1.150/50); lei do condomínio em edificações e incorporações imobiliárias (4591/64); Decreto 24.150/1934, lei de proteção ao inquilinato que preservava o fundo de comércio.)

19 - **A TERCEIRA FASE, DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**, representa a passagem, no **Estado Democrático de Direito**, da Constituição para o centro do sistema jurídico.

20 - As normas constitucionais, sejam regras ou princípios, passaram a ser entendidas como **normas jurídicas**, dotadas, portanto, de efetividade e, imperatividade. A norma constitucional passa a ser obrigatória para todos e, uma vez desrespeitada, pode-se recorrer ao Judiciário para obter o seu cumprimento de forma coativa.

21 - Assim, a Constituição passa a configurar-se **não só como norma jurídica, mas como a mais alta e mais forte, a norma suprema**, segundo a concepção americana da *supreme law of the land*, em razão de sua posição hierárquica superior.

22 – Ela deixa de ser o estatuto do Poder Público ou do Direito público para converter-se na ordem jurídica fundamental, passando a ocupar o **centro do sistema jurídico**, obrigando:

- i) os juristas a levar em consideração a prioridade das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto;
- ii) a que todo ato normativo infraconstitucional seja lido e interpretado de acordo com a axiologia constitucional.
- iii) a que o Direito Civil, assim como qualquer outro ramo do Direito, seja lido e interpretado à luz dos princípios e valores nela consagrados.

23 - Por fim, cabe destacar que, dessa ampla influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado, **emergiram duas questões** amplamente **discutidas** pelas doutrinas nacional e internacional: **a da centralidade do princípio da dignidade humana** e a da **possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas**.

24 - O **princípio da dignidade humana** é fundamento da Constituição brasileira que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, impondo assim a despatrimonialização do Direito Civil, a obrigação de se interpretar o Direito Civil com a prevalência dos valores existenciais sobre os patrimoniais– e aqui cabe observar que o Direito Empresarial, a partir do Código Civil de 2002, passou a integrar o sistema do Direito Civil.

25 - Como não há tempo para abordarmos as discussões a respeito da possibilidade ou não da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, situo-me ao lado daqueles que admitem essa aplicação direta, na ausência de lei ou quando a sua aplicação concreta revelar-se injusta. (Essa teoria é majoritária na Espanha, Portugal, Itália, Argentina e no Brasil, onde tem como adeptos Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Ingo Sarlet, Siqueira Castro).

26 - De fato, sendo a Constituição hierarquicamente superior às demais normas, fazer depender a aplicação de princípio constitucional da existência de norma infraconstitucional representaria uma total subversão do sistema.

27 - Ademais, a **extrema desigualdade existente na sociedade brasileira** justifica um reforço da tutela dos direitos humanos no campo priva-

do, impondo ao operador do direito a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*.

28 - Por fim, cabe ainda mencionar que o novo constitucionalismo e o caráter pluralista da Constituição resultou no **surgimento de nova técnica de interpretação denominada ponderação**, a ser aplicada nos casos difíceis aos quais se admite a aplicação de princípios contraditórios. Como se sabe, sendo a nossa Constituição compromissória e pluralista ela incorpora valores muitas vezes conflitantes a incidir ao mesmo tempo em determinado caso. Pela técnica da ponderação, o intérprete procura atribuir peso aos princípios em conflito, sacrificando o mínimo de cada um, e fazendo prevalecer aquele que mais realize a justiça no caso concreto.

29 - Para ilustrar, trago um acórdão do STJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux, bastante elucidativo do que foi até aqui exposto: trata-se de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça a propósito do corte de energia elétrica de consumidor inadimplente miserável, em que se afasta aplicação da lei no caso concreto, eis que ela se revelaria injusta e aplica-se diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a leitura desse acórdão permite depreender que, para o STJ, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em razão de sua superioridade e centralidade no ordenamento jurídico pátrio, deve prevalecer sobre a lei, sempre que a sua aplicação se revelar injusta no caso concreto. Ademais, ainda em consonância com a mais atualizada doutrina, consubstancia a citada decisão o entendimento de que a lei não pode ser aplicada “em tese”, mas sim levando-se em consideração as circunstâncias do caso em julgamento.

Vejam-se os seguintes trechos da ementa do referido acórdão, bastante elucidativos do acima exposto:

[...]

4. *Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infra-constitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o constitucional, que revela o nosso ideário como nação.*

5. *In casu, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como*

afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

[...]

9. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contrapartida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

10. Recurso especial provido, ante a função uniformizadora da Corte¹.

III. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

QUAL SERIA ENTÃO A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL PARA A ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA?

30 - Numa economia de mercado, como a brasileira, é notório o **papel fundamental** que a **sociedade empresária**, em especial a de grande porte, desempenha, pois a ela cabe primordialmente criar riqueza, gerar empregos, pagar impostos, promover o desenvolvimento econômico, fabricar os produtos e prestar os serviços de que a comunidade precisa, **o que lhe atribui um enorme poder no contexto social.**

31 - Como já expusemos, em decorrência das graves injustiças sociais provocadas pelo liberalismo, o Estado passou a intervir nas relações privadas, na proteção dos mais fracos em face dos mais fortes, titulares do poder econômico, **objetivando não só a realização da justiça comutativa entre as partes como também da justiça social.** A partir do Estado Social, passou-se a exigir que **os atos privados** atendam não só aos interesses

1. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 615.705/PR. Primeira Turma. Administrativo. Corte do fornecimento de energia elétrica. Inadimplência do consumidor. Legalidade. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 4.11.2004. DJ.13.12.2004. Disponível: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 23.10.2005.

individuais mas também aos interesses coletivos, resultando na chamada socialização do direito privado; **passa-se a exigir que todo instituto jurídico tenha uma função social.**

32 – E é justamente essa função social que fundamenta a tutela e a proteção do direito. O ato é juridicamente válido na medida em que cumpre sua função social. A Constituição vigente brasileira enfatiza esse viés social, ao consagrar **como princípios fundamentais da República o da solidariedade, o da justiça social e o da promoção da pessoa humana.**

33 - No que tange à empresa, no estudo de sua função social, hão de ser considerados dois artigos principais: o parágrafo único do art. 116 e o *caput* do art. 154, ambos, da Lei das Sociedades por Ações que assim dispõem:

*Parágrafo único do Art. 116: "O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua **função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."*

*Art.154: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, **satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.**"*

34 - Estes artigos bem evidenciam a **funcionalização** da atividade empresarial no sentido de que é justamente o atendimento de outros interesses além dos dos acionistas controladores que **legitima o poder da empresa.** Ou ainda, conforme a **Exposição de Motivos da Lei 6.404/76**, impõe-se esse dever porque "não se pode admitir que a parcela, em alguns casos, gigantesca de poder das companhias seja exercida apenas em proveito dos sócios majoritários ou de seus dirigentes, sem considerar outros interesses que se vinculam à sociedade".

MAS QUAL O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA? QUAL O SEU CONTEÚDO?

35 – Os Professores Fábio Konder Comparato, José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau são de opinião de que a fonte constitucional da

função social da empresa é a **função social da propriedade** (prevista no art. 170 Constituição Federal(CF)), que abrangeria qualquer tipo de propriedade, em especial a **propriedade dos bens de produção**. E concluem que, se essa **propriedade, no regime capitalista, é especialmente imputada à empresa, a função social da propriedade dos bens de produção se equipara à função social da empresa que se correlaciona assim com os demais princípios que informam a ordem econômica** também previstos no art. 170 da Constituição, como a valorização do trabalho humano, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

36 - E mais, que o **exercício da empresa**, ou seja, o exercício da propriedade dos bens de produção se **subordina aos ditames da justiça social** e representa um **instrumento para assegurar a todos existência digna**.

37 - A leitura do art. 170 da Constituição revela que o exercício da atividade econômica no sistema econômico brasileiro é **assim amplamente vinculado ao atendimento de outros interesses e finalisticamente comprometido com a realização da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana**.

38 – O nosso entendimento é de que esses valores constitucionais encontram-se refletidos no art. 154 e no Parágrafo Único do art. 116 da Lei 6.404/76 e preenchem o seu conteúdo na medida em que obrigam tanto o **administrador** como o acionista **controlador** a agir de modo a satisfazer as **exigências do bem público e da função social da empresa**, e ainda ao atendimento dos direitos e interesses dos demais acionistas da empresa, dos que nela trabalham e da comunidade em que atua, de onde se conclui que **a finalidade da companhia não se reduz apenas à produção de lucros para distribuir a seus acionistas**.

39 - O fato de a Constituição prever como princípio fundamental o **valor social da livre iniciativa** significa que a liberdade de atuação empresarial **só será legítima enquanto exercida no interesse da justiça social**; ao contrário, **será ilegítima** quando exercida com o objetivo de **puro lucro** e realização pessoal do acionista controlador.

40 - Assim, a **empresa** é um **INSTRUMENTO de implementação dos valores consagrados** pelo ordenamento jurídico e expressos no **art. 170** da CF. O que, à toda evidência, abrange **interesses extrassocietários**, o que conduz à conclusão de que a atividade empresarial não pode ser matéria de exclusivo interesse privado.

41- **CONCLUSÃO:** O conteúdo da função social da empresa., a que se referem o **Parágrafo único do art. 116** e o art. 154 da Lei das Sociedades por Ações, deve ser interpretado no sentido de **realização dos princípios constitucionais previstos no art. 170 da CF**, orientados pelos **princípios fundamentais da justiça social, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana**, o que decididamente afasta a interpretação de que à empresa caberia tão somente a função de unidade produtora de lucros destinada a atender exclusivamente o interesse dos seus acionistas.²

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA TRANSFORMA A EMPRESA EM ÓRGÃO PÚBLICO?

AFINAL, QUAIS OS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA?

42 - A **ótica solidarista da CF não pode implicar o aniquilamento da liberdade** ou do princípio da autonomia da vontade ou dos interesse individuais ou do direito de propriedade. Em uma economia capitalista como a brasileira, há de se reconhecer que o lucro se revela como importante interesse individual dos acionistas.

43 - O **lucro é direito decorrente da propriedade e é também protegido constitucionalmente e, sem dúvida, constitui premissa para a sobrevivência da empresa** e, conseqüentemente, para o cumprimento de seus objetivos sociais.

44 – Mas o que concluímos é que o **lucro a que têm direito** os acionistas controladores reunidos no acordo de acionistas de comando há de ser **razoável, justo, e o direito à sua percepção vincula-se exatamente ao cumprimento** pelo acionista controlador da função social da empresa, ou seja, do atendimento dos outros interesses que gravitam em torno da sociedade.

45 - Na perspectiva funcionalizante e socializante do ordenamento

2. E aqui cabe abrir um parêntesis para dizer que, embora estejamos analisando dois artigos da Lei das Sociedades Anônima, isto não significa que apenas as sociedades anônimas teriam função social. Como tais dispositivos refletem valores constitucionais, à toda evidência, toda e qualquer atividade econômica, seja desenvolvida mediante uma sociedade simples ou empresária, tem função social e se sujeita à concretização dos princípios constitucionais para a ordem econômica.

Agora é evidente que o seu cumprimento pela sociedade anônima, que é teoricamente o modelo jurídico para a grande empresa, assume especial relevância em razão do poder da grande empresa sobre inúmeros interesses que gravitam em torno dela.

brasileiro o **atendimento dos interesses extrassocietários é que justifica o direito à percepção do lucro.**

46 - A nossa conclusão é que a visão constitucional solidarista, centrada na promoção da pessoa humana, **outorga aos valores sociais papel fundamental** – principalmente numa sociedade extremamente assimétrica e injusta como a nossa - mas isso **não implica, como já mencionado, anular os interesses individuais.**

46-A – Assim, diante do caso concreto, devem-se ponderar os princípios em confronto – de um lado a função social da empresa e de outro o direito ao lucro, o direito de propriedade – e fazer prevalecer aquele que, diante das peculiaridades do caso em discussão, melhor realiza a justiça sacrificando o mínimo de cada princípio.

47 - No caso do direito ao lucro, é bom lembrar que a Constituição **não protege o aumento arbitrário dos lucros.** Assim, diante do caso concreto, no conflito entre direitos sociais e o direito individual e patrimonial de percepção de lucros, **o direito a ser ponderado, em cada caso, é o direito ao lucro justo, razoável. Esse é que, num processo de ponderação de valores, deverá ser minimamente sacrificado.**

48 – Um **exemplo de ato** em desacordo com a sua função econômico social da empresa é a **dispensa de empregado sem justa causa para aumentar o lucro** ou para substituí-lo por um novo de remuneração mais baixa. A CF colocou no mesmo patamar o trabalho humano e a livre iniciativa, não encontrando amparo constitucional o sacrifício do trabalhador em proveito do capital.

49 - Como **destacado em Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho** que determinou ao Carrefour a readmissão de empregado demitido por ser portador do vírus da AIDS, **“o papel social dos empresários não se restringe à obtenção de lucros para suas empresas mas que deve buscar a justiça social, a distribuição de riquezas e o bem-estar das comunidades”**³. Vale a pena transcrever parte do voto do Relator, Ministro Leonaldo Silva, inteiramente de acordo com os princípios que regem a atividade econômica:

Além dos aspectos jurídicos acima expostos, existem outras questões que merecem destaque. Não se pode, nos dias atu-

3. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista E-RR 21779/951.3. Segunda Turma. Embargos. reintegração. dispensa discriminatória. empregado portador da sida(aids)...Relator: Ministro Leonaldo Silva. Julgado em 7 de fevereiro de 2000.

ais, acolher a ideia de que o papel social dos empresários se restrinja apenas à obtenção de lucros para suas empresas. Ao contrário, a atividade empresarial é indispensável na busca pela justiça social, na distribuição de riquezas, no bem-estar das comunidades, pois gera empregos, produz as mais variadas gamas de produtos e alimenta os cofres públicos com os seus impostos. O dirigente de uma entidade privada, dessa forma, não pode ter em mente apenas o seu objetivo pessoal, mas uma maior percepção da realidade, e se preparar para cumprir a sua função dentro da sociedade.

IV. O MOVIMENTO DENOMINADO RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA

RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA. QUAL O SEU SIGNIFICADO?

50 - Em visita aos sites na Internet de 25 companhias abertas de grande porte, como SADIA, VALE, ARACRUZ, PERDIGÃO, USIMINAS, BANCO ITAU, UNIBANCO, USIMINAS, NATURA, AMBEV e outras, foi possível constatar que praticamente todas elas relacionam atividades desenvolvidas sob o rótulo de responsabilidade social corporativa.

51 - A expressão *corporate social responsibility* (embora traduzida no Brasil como “responsabilidade social corporativa”, entendo que teria sido melhor “responsabilidade social empresarial”), denota um movimento que teve início nos Estados Unidos, por volta de 1960, e embora revele um compromisso com o desenvolvimento das comunidades e das pessoas, trata-se, nos EUA, de compromisso assumido voluntariamente e não imposto por lei.

E NO BRASIL, ESSA ATUAÇÃO TERIA TAMBÉM CARÁTER VOLUNTÁRIO? AFINAL, QUAL O SEU SIGNIFICADO?

52 - O **Instituto Brasileiro de Governança Corporativa**, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, expressamente relaciona a responsabilidade social corporativa com a função social da empresa. Para ele

[...] *Responsabilidade corporativa é uma visão mais ampla da estratégia empresarial, contemplando todos os relacionamentos com a comunidade em que a sociedade atua. A “função social” da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente. Inclui-se neste princípio a contratação preferencial de recursos (trabalho e insumos) oferecidos pela própria comunidade.*⁴

53 – A pesquisa que fizemos nos sites das companhias é **significativa no sentido da correlação dos âmbitos das atividades realizadas ou dos valores ditos como norteadores da empresa com os princípios e valores constitucionais para a ordem econômica**. Ou seja, praticamente todos os sites referem-se à valorização dos seus colaboradores, à proteção do meio ambiente, à defesa do consumidor, a atividades nas áreas de educação, saúde, cultura, esporte e lazer como atuação na área de responsabilidade social. Ou seja, a práticas que representam concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica entre os quais a de redução das desigualdades regionais e sociais.⁵

54 - **CONCLUSÃO**: A função social da empresa e responsabilidade social corporativa são **expressões equivalentes** possuidoras do **mesmo conteúdo axiológico**. Portanto, as atividades desempenhadas pelas cias sob o rótulo da responsabilidade social são **manifestações dos deveres sociais impostos pela ordem econômica constitucional**.

4 Disponível no site <http://www.ibgc.org.br>, acesso em 8 de janeiro de 2006.

5 As pesquisas foram efetuadas nos seguintes sites, acessados em 10 de janeiro de 2006.:

<http://www.grendene.com.br/www/company/community.aspx?language=0;>
[http://www.pqu.com.br/siteindex.htm;](http://www.pqu.com.br/siteindex.htm)
[http://www.aracruz.com.br/pt/rsa2002guaiba/rsa_guaiba?htm;](http://www.aracruz.com.br/pt/rsa2002guaiba/rsa_guaiba?htm)
[http://www.natura.net-natura.net-RH;](http://www.natura.net-natura.net-RH)
[http://www.bombril.com.br/empresa/responsabilidade/seguranca_trabalho/teseguranca.shtml;](http://www.bombril.com.br/empresa/responsabilidade/seguranca_trabalho/teseguranca.shtml)
[http://a.248.e.akamai.net/F/248/13088/7d/www.pontofrio.com.br/pagina/relatoriosocial;](http://a.248.e.akamai.net/F/248/13088/7d/www.pontofrio.com.br/pagina/relatoriosocial)
[http://www.tam.com.br/Institucional/TAM;](http://www.tam.com.br/Institucional/TAM)
[http://www.perdigão.com.br/site/?acao=respsocial&subacao=content&nodeattribute=cidadania;](http://www.perdigão.com.br/site/?acao=respsocial&subacao=content&nodeattribute=cidadania)
[http://www.cpfli.com.br/new/conheca_energia/responsabilidade.asp;](http://www.cpfli.com.br/new/conheca_energia/responsabilidade.asp)
[http://www.usiminas.com.br:USIMINAS 2004;](http://www.usiminas.com.br:USIMINAS 2004) [http://www.ripasa.com.br;](http://www.ripasa.com.br)
[http://www.ccrnet.com.br/ccrweb/responsabilidadesocial/index.cfm;](http://www.ccrnet.com.br/ccrweb/responsabilidadesocial/index.cfm)
[http://www.telemar.com.br;](http://www.telemar.com.br) [http://www.acosvillares.com.br;](http://www.acosvillares.com.br)
[http://www.all-logistica.com/port/responsabilidadesocial;](http://www.all-logistica.com/port/responsabilidadesocial)
http://www.unibanco.com.br/arg/publicacao/int/qsn/003/rel_atividades_2003.pdf

55 – Portanto, ao contrário do que se contém na **manifestação da Confederação Nacional da Indústria (Agenda Legislativa da Indústria 2006)**, no sentido de que as práticas de responsabilidade social “**são voluntárias, que representam o desejo das empresas de ir além de exigências legais**”, tais atividades são obrigatórias, representando manifestações da concretização dos valores e princípios impostos pela CF.

56 - Essa **obrigatoriedade**, aliás, das companhias de contribuir para o desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira é **expressamente assumida em mensagens** divulgadas nos sites. Portanto, o que se constata é que as companhias, seus administradores e controladores têm **plena consciência, não só de sua obrigação de dar cumprimento à função social da empresa**, como também do fato de que tal função se traduz **na realização de outros interesses além do de produzir lucros para ela e seus acionistas. (v.p. 207)**

ITAÚ – “Acreditamos que a transformação social necessária para a construção de um Brasil melhor só é possível por meio de uma articulação eficaz entre poder público, iniciativa privada e sociedade civil. Esses três setores têm competências diferentes, mas complementares”.

TELEMAR: “A consciência de que a construção de um mundo melhor, com mais justiça e menos desigualdades, não é função exclusiva do Estado, mas um dever de cada cidadão, tem levado os diversos setores da sociedade a se organizarem em prol do bem comum. No Brasil, como em todo o mundo, é crescente o número de empresas que chamaram para si a responsabilidade social e passaram a investir em ações de cidadania”.

PERDIGÃO: “A empresa exerce a cidadania corporativa apoiada em três pilares: valorização dos funcionários, respeito ao meio ambiente e contribuição para o desenvolvimento das comunidades em que atua.”

USIMINAS: “Empresa válida é aquela que merece o lucro realizado, que gera riquezas socialmente sancionáveis, que pauta suas relações com a sociedade na transparência, na responsabilidade diante de gerações futuras, na compreensão das dimensões sociais dos atos econômicos básicos e na seleção de agentes e parceiros comprometidos com os mesmos con-

ceitos. É a empresa na qual negócios e ética são elementos indissociáveis.”

57 - Este cenário parece conflitar e opor-se ao que se vê na prática de busca de sempre crescente rentabilidade de uma “ânsia ensandecida de lucro”, nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba em artigo intitulado “A Sociedade Anônima como Instituição”, em **Temas de Direito Comercial**.

58 - Neste passo, cabe questionar, afinal, o que prevalece: essa constante busca do lucro revelando postura de natureza patrimonialista e individualista, ou aquela que parece revelar a “responsabilidade social corporativa” divulgada nos *sites* empresariais, de caráter solidário e humanista?

59 - Embora tudo sugira haver também uma **compreensão** por parte dos empresários de que a atuação social nas empresas **não mais se reveste de caráter assistencial ou filantrópico**, sendo também dever da iniciativa privada, o fato é que essa atuação ainda **não preenche o espaço imposto pela Constituição**.

60 - Com efeito, um **exame mais cuidadoso do conteúdo das informações disponibilizadas nos sites combinado com fatos notórios da realidade empresarial brasileira**, mormente quanto ao tratamento dado ao trabalho humano (trabalho extenuante, longas jornadas de trabalho, pagamento de remuneração variável condicionado ao atingimento de metas individuais coletivas, sob constante pressão, numa “batalha por melhores resultados”), faz transparecer que, de fato, o que ocorre é a flagrante depreciação do trabalho em face do maior lucro, o que **predomina é a máxima produtividade empresarial sobre o desenvolvimento e o bem-estar das pessoas**.

61 - Naturalmente a legislação trabalhista não ampara essa situação. Assim, **o cumprimento da lei trabalhista pela empresa, como da lei tributária** (é notório o fato de o objetivo do sempre maior lucro conduzir os empresários à realização dos famosos planejamentos tributários ou “planejamentos tributários”⁶, ou seja de meios que conduzam ao não pagamento ou ao menor pagamento possível de tributos, não levando em consideração que a contribuição fiscal é “instrumento de justiça so-

6. Coloca-se entre aspas por referir-se a hipóteses em que ocorrem, de fato, operações simuladas que objetivam exclusivamente o não pagamento ou a redução do valor do tributo que incidiria na real operação pretendida pelo contribuinte.

cial e de promoção civil), **da lei consumerista** (apesar do que se lê nos respectivos *sites*, a TELEMAR costuma estar sempre no topo das listas de reclamações dos centros de proteção ao consumidor, onde também aparecem a GLOBEX, o ITAÚ e o UNIBANCO, conforme estatística do ano de 2002), **ambiental, concorrencial, de medicina, saúde e segurança no trabalho constitui também manifestação do cumprimento da função social da empresa**, como, aliás, é expressamente reconhecido, na Internet, por muitas das companhias pesquisadas.

ASSIM, CUMPRIR A LEI É TAMBÉM MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA (E NÃO PODERIA DEIXAR DE ASSIM SER, JÁ QUE A LEI TAMBÉM DEVE REPRESENTAR A CONCRETIZAÇÃO DA AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL)

62 - A realidade brasileira, de **profunda desigualdade social, e a importância da empresa na ordem econômica capitalista** apontam para a necessidade de **maior envolvimento e compromisso das sociedades empresárias** com a transformação dessa realidade, a fim de tornar possível a participação de todos na vida do País e o pleno desenvolvimento da pessoa.

63 – Essa dura realidade obriga e torna premente uma contínua intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica, seja de ordem legislativa, governamental ou judicial, a fim de que a empresa cumpra a sua função social, para realizar o objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

64 - **Um exemplo é o Projeto de Lei 32 de 1999 que cria o balanço social** para determinadas empresas, onde elas seriam obrigadas a divulgar dados que permitissem, em resumo, o faturamento, o lucro, o quanto foi gasto com empregados, o número de empregados, a participação nos lucros, os gastos com horas-extras, com alimentação saúde, lazer, transporte, creches, gastos com a comunidade e com o meio ambiente.

65 - Outro exemplo seria o anteprojeto inspirado em legislação surgida na França e na Alemanha que obriga as **empresas de grande porte à apresentação da Demonstração do Valor Agregado**, que procura mensurar **o total da riqueza criada e de que forma esta riqueza está sendo distribuída**: VENDAS BRUTAS – TOTAL DE INSUMOS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS **entre** própria **empresa**(lucro líquido) ao **corpo funcional** (salários e benefícios em geral); ao **governo** (impostos e encargos sociais) e à **comunidade**(investimentos sociais e meio ambiente).

66- Sem dúvida, trata-se de **instrumento importante para realmente avaliar** o cumprimento pela empresa de sua função social, sendo certo que a previsão legal de **índices mínimos** de adequada distribuição do valor adicionado, estabelecidos em função do porte e da situação financeira da companhia, efetivamente promoveria a realização dos princípios constitucionais para a ordem econômica.

67 - Em resumo, nossa conclusão é de que o conteúdo da função social da empresa deve ser preenchido com os princípios e valores que inspiram a ordem econômica brasileira que situa a empresa, seu principal agente, como instrumento de promoção de vida digna para todos, mediante os ditames da justiça social. ❖

REFERÊNCIAS

ARCE y FLÓRES-VALDÉS, Joaquín. **El Derecho Civil-constitucional**. Madrid: CIVITAS, [198-].

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos).. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. "A dignidade do Direito Mercantil". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, Nova Série, 1973, p. 11-21.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. rev. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. "O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito." *In*: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 505-518.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro - S. Paulo: Renovar, 2003, respectivamente, p. 1-49.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. "O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro". In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro - São Paulo, Renovar, 2003, p. 327-378.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. "*En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*" In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 299-338.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Revisão. Técnica: Cláudio de Cicco. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 5. ed. rev., atualiz. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, "A sociedade anônima como instituição". In **Temas de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CANARIS, Claus-Wihelm. "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha". Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1970.

_____. **A reforma da empresa. Direito empresarial. Estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3-26.

_____. **Função social da propriedade dos bens de produção. Direito empresarial. Estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 27-37.

_____. "Estado, empresa e função social". **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Rev. Tribunais, v. 732, out. 1996, p. 38-46.

FACCHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

- GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Padova: CEDAM, 2004.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. Madrid: INAP, 2003.
- GIORGIANI, Michele. **O Direito Privado e suas fronteiras atuais**. Trad. Maria Cristina De Cicco. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro: Rev. dos Tribunais, nº 747 [separata], p. 35-55, jan. 1988.
- GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. e introd. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 38.
- _____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A. Pressupostos elaboração**. 2. ed. v.1, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- _____. **A Leis das S.A. Pareceres**. 2. ed. v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- _____. "A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros Editores, v. 128, p. 7-14, out´dez. 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Constitucionalização do Direito Civil". In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coords.) **Direito Civil. Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197-216.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. "Constituição e Direito Civil. Tendências. **Revista dos Tribunais**. S. Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 779, 2000.
- _____. "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114-115.
- _____. "O Princípio da Solidariedade". In: PEIXINHO Manuel Mesias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.) **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001, p. 167-190.
- _____. "A caminho de um Direito Civil Constitucional". **Revista de Direito Civil**, v. 65, p. 23 e ss.
- _____. "A constitucionalização do Direito Civil". **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999, p. 76 a 89.

_____. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** V. II.- 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental ns relações jurídicas entre particulares". In: BARROSO, Luís Roberto(Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 129.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 17 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. "Vinculação dos Particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil" In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 193-284.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 511.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil.** Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira.** Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Avanços no Direito Marítimo. Oportunidade Desperdiçada pelo Oligofrênico Veto Presidencial

Matusalém Gonçalves Pimenta

Professor convidado da Universidad Carlos III de Madrid, Espanha, e da Aix-Marseille Université (Faculté de Droit et Science Politique, Aix-en-Provence), França. Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Pesquisador financiado pela CAPES. Mestre em Direito Internacional. Pós-graduado em Ciências Náuticas. Professor de Direito Marítimo (UERJ e UNISANTOS).

RESUMO: Este artigo pretende lançar luz sobre o dissídio doutrinário formado no âmbito da natureza jurídica das decisões do Tribunal Marítimo. Afastou-se a ideia de “parecer técnico”, defendida por parcela minoritária de especialistas, usando-se da etimologia e da lógica jurídica. Criticou-se o equivocado veto presidencial ao dispositivo do novo Código de Processo Civil que incluía os acórdãos da Corte Marítima na lista dos títulos executivos judiciais. Pugnou-se pelo entendimento de que as decisões do Pretório Marítimo fazem coisa julgada administrativa, sendo esta a sua natureza jurídica. Ao final, concluiu o autor que essas decisões são definitivas de mérito, ressalvadas as hipóteses de vícios de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. Desse modo, tais acórdãos estão aptos para serem executados junto ao juízo cível competente, em harmonia com a Carta Política, máxime, no que toca aos direitos fundamentais que apontam para o caminho da razoável duração dos processos. Lamentavelmente, esse avanço pretendido pelo Legislativo encontrou barreira na incompetência do Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Marítimo; Novo CPC; Desacertado Veto; Oportunidade perdida.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da Natureza Jurídica das Decisões do TM. 2. História e Objetivos do novo CPC. 2.1 Da história ao momento atual. 2.2 Do objetivo primordial do novo CPC. 3. Do Lamentável Veto. 3.1 Do temor infundado. 3.2 Das decisões do TM. Questões de ordem pública. 3.3 Do infeliz exemplo. 3.4 Das consequências do veto. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

No mundo há três tipos de homens: os vivos, os mortos e os que navegam. Só aos homens do mar deve ser dada a capacidade de julgar as decisões tomadas no cenário marítimo.

Victor Hugo

Apesar de os acanhados avanços no direito marítimo terem chegado, de forma inédita, ao *novel codex* processual civil, esse especializado ramo do Direito ainda é mal compreendido por parte de alguns poucos profissionais da área.

Aqueles que militam no âmbito do direito marítimo, muitas vezes, veem suas lides sobrestadas na esfera cível por decisão dos magistrados para aguardar o acórdão final do Tribunal Marítimo (TM). Para alguns advogados da área, tal fato ganha *status* de irritabilidade. Destaca-se excerto do texto de Paulo Henrique Cremoneze¹ (e outro):

Na verdade, os “julgamentos” do Tribunal Marítimo são pareceres técnicos, ora de maior, ora de menor importância, mas, sempre e tão só, pareceres técnicos, donde se infere que as decisões do aludido órgão colegiado administrativo são extremamente limitadas [...]. Tanto assim que as decisões do Tribunal Marítimo não fazem “coisa julgada”. Em verdade, sequer a garantia constitucional do segundo grau de jurisdição encontra-se presente nas decisões do Tribunal Marítimo,

1 CREMONEZE, Paulo Henrique; MACHADO FILHO, Rubens Walter. "A relativização das decisões do Tribunal Marítimo nas lides forenses envolvendo o direito marítimo". *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 720, 25 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6856>>. Acessado em 27 de janeiro de 2016.

sendo isso mais um argumento favorável a delimitação de sua natureza como a de simples pareceres técnicos [...]. A decisão do Tribunal Marítimo não pode, salvo casos específicos, influenciar diretamente e exclusivamente o convencimento do Estado-Juiz sob pena de, conforme o caso concreto, ferir os princípios básicos da responsabilidade civil que regem o ordenamento jurídico (sic).

Nos próximos itens, pretende-se dar uma visão perfunctória sobre a natureza jurídica dos acórdãos da Corte Marítima², para, ao depois, tratar dos avanços introduzidos no novo diploma processual civil. O núcleo do artigo tratará do dissídio doutrinário que acabou por gerar o equivocado veto ao texto original proposto pelo Legislativo.

1 - DA NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO TM

Os acórdãos finais do TM têm natureza jurídica de coisa julgada administrativa³, sendo, portanto, decisões definitivas no âmbito administrativo. Estas têm caráter cogente para apontar responsáveis, aplicando-lhes as penalidades cominadas em lei.

Com todo respeito que merecem os articulistas citados na introdução deste trabalho, as decisões finais do TM não têm, nem poderiam ter, natureza jurídica de “parecer”. Ora, “parecer” é o que parece ser na opinião de determinado técnico ou especialista. Portanto, trata-se de uma opinião e não de uma decisão. Consequentemente, nenhum parecer, por mais especial que possa ser, guarda qualquer similitude com as decisões da Corte Marítima.

De clareza meridiana, “parecer técnico” não tem força para julgar, muito menos para punir, conforme se depreende da dedução lógica extraída pelo simples conhecimento etimológico desses vocábulos.

Ainda, a alegação de que não há segundo grau de jurisdição no TM aponta, *data maxima venia*, para a necessidade de revisão da matéria. Avança-se.

2 Para aprofundamento do tema e conhecimento de todas as fases do processo marítimo que tramita perante tribunal especializado, sugere-se consulta a PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Processo Marítimo. Formalidades e Tramitação**. 2 ed. rev. e ampl. Barueri: Manole, 2013, p. 66 -111.

3 Para maior compreensão do tema, sugerimos consultar. PIMENTA, Carmen Lúcia Sarmento. "As decisões do Tribunal Marítimo e o Dissídio Doutrinário". **Revista Jurídica Consulex**. Ano XVII – nº 401, 2013.

Estaria o Presidente da República privado do segundo grau de jurisdição se cometesse infração penal comum, já que a competência para julgá-lo é originária do Supremo Tribunal Federal (STF)? Obviamente que não. Os recursos, em segundo grau de jurisdição seriam analisados pelo próprio STF, com composição distinta daquela formada por ocasião do julgamento recorrido.

No TM, de igual modo, os recursos em segundo grau de jurisdição são julgados pelo mesmo órgão, mas em nova composição, sendo nomeados novos relator e revisor.

Portanto, o equívoco e a dúvida seriam perdoáveis, entretanto, a afirmação, sob análise, dos autores citados parece de todo iníqua. Eis a palavra da abalizada doutrina de Paulo Rangel,⁴ certamente, conhecida por eles:

*A expressão devolutivo causa uma certa perplexidade quando se observa que o juízo **a quo** não pode devolver aquilo que nunca lhe emprestaram, pois a causa nunca esteve no juízo **ad quem** (Tribunal). Porém, tal significado tem origem no sistema processual inquisitivo, onde todas as funções (acusar, julgar e defender) concentravam-se nas mãos do monarca ou do príncipe. Assim, o monarca ou príncipe era o depositário da jurisdição penal, possuindo todo o poder de julgar; e como o grande número de casos não lhe permitia exercê-lo direta e pessoalmente, delegava suas funções judicantes a funcionários subalternos e as reassumia quando era necessário. Neste caso, quando um cidadão recorria da decisão do funcionário, devolvia ao monarca ou ao príncipe o reexame da decisão, fazendo nascer, assim, o efeito devolutivo. [...] Efeito devolutivo significa dizer que a interposição do recurso devolve (entrega), ao órgão jurisdicional apontado na lei como o competente para reexaminar a questão, toda a matéria objeto do recurso (cf. art. 512 do CPC). O Tribunal poderá reexaminar toda a matéria, ou parte dela, surgindo, assim, a apelação plena ou limitada (cf. art. 599). **Porém, nem sempre o recurso entrega o reexame da questão ao órgão superior, pois casos existem em que o próprio órgão que proferiu a decisão reexamina-a, como nos recursos de protesto por novo júri.** [original não grifado]*

4 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 720-1.

Por último, quanto à afirmação de que a decisão do TM não pode influenciar o convencimento do Estado-Juiz, é completamente descabida e não guarda relação de pertinência com o próprio texto da Lei Orgânica do Tribunal Marítimo:

Art. 1º O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário [...] tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei.

[...]

Art. 18. As decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário.

Art. 19. Sempre que se discutir em juízo uma questão decorrente de matéria da competência do Tribunal Marítimo, cuja parte técnica ou técnico-administrativa couber nas suas atribuições, deverá ser juntada aos autos a sua decisão definitiva.

Ora, como não influenciar a decisão do Poder Judiciário se o TM é seu órgão auxiliar? Como não influenciar se suas decisões têm valor de prova técnica, produzida em tribunal especializado e, ainda, presumem-se corretas?

Assim, o magistrado, ao revés, em cumprimento à Lei 2.180/54, apreciará a decisão do TM, quando de competência concorrente, consoante seu estimado valor de prova, entendendo-a como definitiva de mérito. Seu reexame se dará tão só, quando necessário, no aspecto formal.

Por outro lado, para a hipótese remota de o Judiciário ignorar o julgado do TM, em caso de competência concorrente, espaço haverá para os recursos cabíveis, inclusive ação rescisória, como bem asseverou, em artigo pertinente, o Juiz Marcelo David Gonçalves,⁵ da Pretória Corte do Mar:

Desta forma, o Judiciário poderá apoiar-se na decisão profundamente técnica do Tribunal Marítimo (por isso auxiliar do Poder Judiciário) no momento de definir responsabilida-

⁵ GONÇALVES, Marcelo David. "O tribunal marítimo e o valor de seus acórdãos". *Revista de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*. São Paulo: Síntese, mar-abr/2011, p. 64.

des cíveis ou criminais em processos de competência concorrente. Como, também, evitar-se-á natural ação rescisória, caso decida sem levar em conta prova fundamental (decisão de Corte Especializada) para o deslinde do litígio.

2. HISTÓRIA E OBJETIVOS DO NOVO CPC

Em 16 de março de 2015, como amplamente noticiado, foi sancionado, em cerimônia no Palácio do Planalto, o novo Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105/2015, conforme aprovado em dezembro do ano anterior pelo Senado. Percebe-se, no novo texto, o desejo do legislador de caminhar em sintonia com a Carta Política. Explica-se.

2.1 Da História ao momento atual

O novo Diploma Processual não é uma atualização tão somente, mas, uma verdadeira modernização do *Códice* anterior, que foi iniciada pelo então presidente do Senado, José Sarney, em 2009. Na ocasião, foi instituída uma comissão composta de juristas para elaborar o anteprojeto, sendo esta presidida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, que, à época, integrava o Superior Tribunal de Justiça.

Essa comissão, de notáveis juristas, apresentou um anteprojeto de lei que foi convertido no PLS 166/2010 e passou a ser analisado por uma comissão especial de senadores. O texto foi aprovado em Plenário e seguiu para a Câmara dos Deputados. Na Câmara, ele recebeu alterações. Entre outras, as regras especiais para favorecer a solução consensual de demandas no âmbito das ações de família.

De volta ao Senado, o projeto passou mais uma vez pelo exame da comissão especial de senadores. Por fim, seguiu para o Plenário para votação final, que ocorreu em dezembro/2014. O presidente do Senado, Renan Calheiros, enviou o texto final à sanção, em fevereiro de 2015, após minuciosa revisão técnica.

Vale sublinhar que esse novo diploma processual foi o primeiro a ser elaborado em plena vigência de um regime democrático no Brasil e tramitou no Congresso por mais de cinco anos. Avança-se.

O CPC anterior, como se sabe, foi editado em 1973, durante o regime da ditadura militar, com a assessoria do ministro da Justiça, Alfredo

Buzaid. Já o Código que o precedeu havia nascido em um contexto de exceção do Estado Novo, sob o mesmo chicote com que Getúlio Vargas fustigava seus cavalos, em 1939.

Desse modo, soa estranho que ainda haja pensamentos retrógrados a defender o modelo antigo, não percebendo a real necessidade de celeridade nos processos e o “desafogamento” do Judiciário brasileiro que acumula mais de 100 milhões de processos, conforme os recentes relatórios do Conselho Nacional de Justiça.

Considerando 200 milhões de habitantes, verifica-se que 100 milhões de processos significam o absurdo e a inimaginável marca de um processo para cada dois residentes no país. Portanto, vivencia-se um colapso da máquina burocrática judiciária. Daí a extrema necessidade de soluções, sendo uma delas o cumprimento do direito fundamental de se ter uma razoável duração dos processos.

2.2 Do objetivo primordial do novo CPC

Como se sabe, o Código de Processo Civil define como tramita um processo na Justiça: prazos, tipos de recursos, competências, ritos etc. são rigorosamente explicitados no texto legal.

Uma das principais inovações do novo texto é a maior celeridade no andamento dos processos, numa tentativa de harmonização com a Carta Política: “art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Nada mais injusto do que uma decisão extremamente tardia que, em várias situações, sequer alcança com vida o autor da demanda. Pelo texto processual que ainda se faz vigor, no momento em que se escreve este artigo, mesmo após anos de luta e o trânsito em julgado ocorrido, não se tem a efetividade da prestação jurisdicional, vez que ao devedor ainda cabem, na execução, novas baterias de recursos, inclusive às Cortes Superiores.

Essa teratologia já era motivo da preocupação de Rui Barbosa⁶ que se eternizou por suas célebres assertivas. Entre muitas, está a que se amolda ao que se quer demonstrar: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

6 BARBOSA, Rui. **Pensador**: frases e pensamentos. Disponível em <http://pensador.uol.com.br/frase/NTM3MjY0/>. Acessado em 27/01/2016.

Na esteira dessas preocupações e para o fiel cumprimento da Constituição Federal, o novo CPC faz várias alterações no atual sistema de recursos, reconhecido como um dos obstáculos à celeridade dos processos na esfera cível.

Nesse passo, suprimiu diversos recursos e restringiu o uso de alguns outros. Ainda, na tentativa de desencorajar os litigantes de má-fé, foram majoradas as multas para coibir o manejo dos recursos com fins meramente protelatórios.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o novo Código de Processo Civil está posto para assegurar o direito constitucional e fundamental que todos têm a uma resposta do poder judicante em tempo razoável e relativamente justo. Contraditoriamente a esse pensamento, caminhou o desacertado veto presidencial que se comenta a seguir.

3. DO LAMENTÁVEL VETO

No mesmo dia em que foi sancionado o novo CPC, a Presidente da República enviou ao Senado Federal a Mensagem nº. 56:

[...] nos termos do § 1o do art. 66 da Constituição Federal, a Presidente da República decidiu vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 166, de 2010 (nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados), que institui o Código de Processo Civil.

Em meio aos dispositivos vetados, estava o inciso X, do art. 515, que incluía, entre os títulos executivos judiciais, os acórdãos do Tribunal Marítimo. As razões ao veto foram postas no sentido de uma suposta preocupação: “se for atribuída a natureza de título judicial às decisões do TM, o controle de seus acórdãos poderá ser afastado do Poder Judiciário”⁷ e, se assim ocorresse, na visão dos que orientaram a Presidente, estar-se-ia em desarmonia com a Carta Magna.

Percebe-se que a justificativa é tão pífia que não subsiste por seus próprios argumentos. Trata-se de teratologia jurídica que este artigo pretende esmiuçar, demonstrando que a infundada preocupação é inconsistente por várias razões; entre elas, o fato de já existirem no ordenamento

7 BRASIL. Lei Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/msg/vep-56.htm. Acessado em 27 de janeiro de 2016.

jurídico títulos executivos outros, fora da sentença, jamais questionados pela sociedade.

De compreensão franciscana, perceptível a qualquer intérprete mediano, o inciso X, sob comento, foi introduzido ao novo diploma ladeado de incisos outros, já existentes pelo desejo do legislador desde o texto anterior. Entre eles, a sentença arbitral: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral [...] X - (VETADO)”.

Ora, a sociedade, por seus representantes legislativos, entendeu, em harmonia com a Constituição Federal, já há algum tempo, que a sentença arbitral é decisão apta a ser executada, ainda que produzida fora do Judiciário de forma rápida e simples. Exatamente é essa celeridade que se amolda ao texto constitucional.

Verifica-se que não houve temor de que o controle das sentenças arbitrais fosse afastado do Poder Judiciário. Ao contrário, o Brasil rendeu-se à modernidade das relações mercantis internacionais, privilegiando a celeridade na solução dos conflitos.

Se uma decisão tão célere, que é definida por um árbitro em até seis meses, pode ser executada sem qualquer temor, por que todo esse medo e preocupação com relação aos acórdãos do Tribunal Marítimo?

Ao que tudo indica, há um profundo desconhecimento da importância desse Tribunal. Os acórdãos finais do TM são produzidos por decisão de um colegiado, formado por juízes legalmente nomeados pelo Presidente da República, após todos os recursos cabíveis, inclusive em segundo grau de jurisdição. As partes são representadas obrigatoriamente por advogados, com todos os requintes do contraditório e da ampla defesa, por período médio de três anos.

Se esse acórdão não for o bastante para se julgar o mérito de um acidente da navegação; se há necessidade de que a matéria seja novamente discutida por um juiz de primeira instância, que nomeie perito e, ao final, prolate sentença; e, ainda, que essa sentença passe por todos os recursos cabíveis, para se ter certeza sobre as causas determinantes do ocorrido no mar, pergunta-se: por que ainda mantemos no Brasil um Tribunal Marítimo?

A questão está muito clara e pode ser resumida da seguinte forma: não há temor do Poder Judiciário que, ao contrário, clama por auxílio; tampouco há temor da sociedade. Há, sim, temor dos particulares interessa-

dos de que seus processos, envolvendo cifras milionárias, continuem sendo julgados sem o respaldo técnico de um tribunal especializado. Ainda, que essas indenizações se arrastem por anos, beneficiando os maus devedores.

Destarte, o veto só ocorreu por força do lobby que representa uma elite bem estruturada que percebeu a possibilidade de seus interesses serem frustrados.

Essa elite, infelizmente, representada nas redes sociais por profissionais do Direito, conseguiu adeptos, até mesmo entre magistrados aposentados, que, sem o devido conhecimento do especializado direito marítimo, aceitaram escrever artigos elogiando o veto. É o caso do desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Luiz Roberto Sabbato⁸. Eis excertos de seu artigo:

Somente o Poder Judiciário, regularmente representado por seus membros investidos, tem a prerrogativa constitucional de criar títulos judiciais. Fosse reconhecer ao Tribunal Marítimo o predicamento judicante sem o processo jurisdicional, os mais espaçosos – que atualmente não faltam no Brasil - pensariam logo em exercer a função de legislar sem o processo legislativo. [...] Os que se enveredaram por essa perigosa senda contavam com a distração do leitor, desestimulando-o de uma análise mais acurada diante do tamanho do texto. Andou bem, pois, quem o reviu para provocar o veto, descontinando as tramas desonestas de redatores cúmplices com o fisiologismo [...] Por que [sic], enfim, além de imoral é inconstitucional a uma instituição administrativa criar documentos espúrios, quanto mais enquanto judiciais, aos interessados em exercer a jurisdição se recomenda a leitura dos artigos 92 e seguintes da Constituição Federal, com o que pela lei e pela ordem poderão alcançar o cargo e a função de juiz, assumir o poder pela investidura e julgar com o equilíbrio de quem tem o direito e o dever de vestir a toga. [...] Que dizer, pois, se à [sic] esses títulos de exequibilidade duvidosa fossem agregados os títulos resultantes da sentença arbitral, provindos ou não do tribunal marítimo, que por força

⁸ SABBATO, Luiz Roberto. **O Novo CPC afasta desejo do Tribunal Marítimo de se sobrepor ao Judiciário**. Disponível em <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Novo-CPC-afasta-desejo-do-tribunal-Maritimo-de-se-sobrepor-ao-Judiciario.html>. Acessado em 27 de janeiro de 2016.

de evidente inconstitucionalidade, foram incorporados sub-repticiamente no diploma de 1973, artigo 475-N, V, incluído pela Lei n. 11.232, de 2005: “a sentença arbitral”. Supondo-se a existência de uma sentença arbitral que houvesse analisado um acidente marítimo, por exemplo, de um abalroamento como o que aconteceu com o Costa Concórdia, na Itália, quando pilotado pelo comandante FRANCISCO SCHETTINO, que hoje ainda responde na Justiça Comum da Itália, acusado de homicídios por imprudência, abandono de navio e danos ao meio ambiente. (originais não sublinhados).

Ainda que em uma leitura superficial desse artigo, percebe-se que o nobre magistrado aposentado, apesar de seu notório saber jurídico, escreveu sobre matéria que não domina. Permita-se comentar tão só as assertivas sublinhadas.

3.1 Do temor infundado

Sabbato alega que só o Poder Judiciário cria títulos executivos judiciais. Sabe-se que não é verdade. É notório que toda regra pode caminhar harmoniosamente com suas exceções. Não é diferente no âmbito jurídico. Vale lembrar o que segue.

Em tempos muito remotos, o poder de julgar era exclusivo dos monarcas. Estes logo perceberam a necessidade de auxiliares e criaram a figura dos pretores. O mundo de lá pra cá evoluiu. Hoje, nos países democráticos, quem decide sobre a legitimidade para produzir títulos executáveis é o Poder Legislativo (pela lei) e não o Poder Judiciário. É uma questão de evolução, como no dizer de Mendonça Lima⁹:

Mas, desde a Idade Média que determinados documentos se tornaram executáveis e garantizantes. Quanto mais progrediam as instituições processuais, para atender à evolução, sobretudo, dos direitos obrigacionais e, entre esses, das relações mercantis, fundadas em certos títulos, o direito positivo foi estendendo a força executiva a diversos e diferentes

⁹ MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. 3 ed., v. VI. São Paulo: Forense, 1979, p. 347.

documentos, fora da sentença. Cada ordenamento, porém, adota orientação própria, de acordo com suas tradições, suas praxes, seus costumes e, máxime, seu direito material, que exija ou não maior proteção. (original não sublinhado).

Desse modo, o Poder Legislativo, usando de suas atribuições criou, pela lei da arbitragem, título executivo judicial que não existia, em total harmonia com o ordenamento jurídico. Não houve e não há qualquer temor ou terror em razão dessa evolução.

Maior clareza não se podia exigir do texto legal que para alguns, que compreendem mal o múnus da magistratura, deve ter causado calafrios por baixo de suas togas: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (Lei nº 9.307/96).

3.2 Das decisões do TM. Questões de ordem pública

Outro equívoco do desembargador Sabbato, que aponta para necessidade de revisão da matéria, é o fato de ele supor que as decisões do Tribunal Marítimo são sentenças arbitrais. Podem ser, mas não é a regra e nem é esse o assunto do veto. Explica-se.

A Corte Marítima pode excepcionalmente funcionar como tribunal arbitral, se assim for o desejo das partes para uma demanda específica, envolvendo direitos disponíveis. Nesse caso, a decisão tomada pelo TM estará revestida da condição de título executivo judicial, por força da lei de arbitragem já mencionada, não havendo qualquer questionamento possível.

Essa, porém, não é a regra. O TM, primordialmente, julga fatos e acidentes da navegação, que são vistos pela lei como questão de ordem pública e, portanto, na esfera dos direitos indisponíveis. Matéria específica que requer expertise diferenciada, razão por que da existência do Tribunal Marítimo, a quem a sua Lei Orgânica (Lei nº 2.180/54) atribui *status* de Órgão Auxiliar do Poder Judiciário.

Ora, são os acórdãos proferidos por esse Colegiado, no julgamento de fatos e acidentes da navegação, que estão em discussão. O veto presidencial foi no sentido de não aceitar que essas decisões de ordem pública fossem incorporadas ao rol dos títulos executivos judiciais.

Não parece lógico, tampouco jurídico, que uma sentença arbitral não cause qualquer temor de afastamento do crivo judiciário e, por outro lado, que um acórdão proferido por juízes, nomeados pelo Presidente da República, compondo Órgão Auxiliar do Poder Judiciário cause tanta estranheza.

3.3 Do infeliz exemplo

Finalizando o comentário ao artigo de Sabbato, vale gizar que suas palavras, como tiro que saiu pela culatra, reforçam a necessidade de se ter um tribunal marítimo no país. Ao comentar sobre o caso Costa Concordia, além de voltar ao uso indevido de “sentença arbitral”, usa a expressão “abalroamento” para falar daquele acidente marítimo, demonstrando seu desconforto com o tema.

Mesmo sendo um desembargador experiente e já aposentado, não sabe que a expressão que usou é para designar o choque mecânico entre duas embarcações, fato esse que não ocorreu com o navio de passageiros que ele comentou. Por essa razão é que se têm, no Brasil e na maioria dos países desenvolvidos, tribunais especializados em direito marítimo.

O Costa Concordia, como de conhecimento dos expertos, sofreu uma série de acidentes interligados. Primeiro, colidiu com pedras submersas e, em razão do primeiro acidente, fez água aberta (outro acidente). Em seguida, o comandante, em ato volitivo, decidiu pela varação (mais um acidente). Ao varar, o navio colidiu com novas rochas e fez nova água aberta (mais dois acidentes). Por fim, naufragou parcialmente (último acidente da série). Portanto, foram seis acidentes em sequência. Mas, não houve, em absoluto, “abalroação”, como imaginou Sabbato.

A complexidade desses acidentes e as questões náuticas envolvidas demandariam um julgamento por tribunal especializado, coisa que a Itália não possui, em descompasso com a maioria dos países da Europa. Infelizmente, os juízes italianos da esfera penal tiveram que julgar com base no fraco relatório dos peritos. Certamente que julgariam com muito mais propriedade se pudessem contar com decisão prévia de uma corte marítima.

Apenas para ilustrar, o ato volitivo do comandante, consubstanciando na varação, tem consequências jurídicas múltiplas, sendo a mais importante a de se declarar a condição de avaria grossa, com o rateio obrigatório dos prejuízos entre os atores da aventura marítima.

A varação é ato necessariamente intencional e tem por objetivo sal-

var o navio, as vidas ou as fazendas de bordo. No caso que se analisa, esse ato volitivo foi responsável pelo salvamento de mais de quatro mil pessoas.

Adianta-se que esse comentário é puramente técnico e está circunscrito à área administrativa e à civil. Portanto, não guarda relação com a esfera penal. Nesse ponto, vale tributar-se profundo respeito às famílias das 32 pessoas que perderam suas vidas naquele acidente.

Não há espaço nesse artigo para se analisar a culpabilidade do comandante na esfera náutica. A questão penal jamais seria discutida por qualquer Tribunal Marítimo no mundo, não sendo intenção deste autor tecer comentário nessa área.

Apenas ressalta-se que o ato volitivo do capitão e sua expertise para colocar o navio em seco, após os dois primeiros acidentes, estando o navio sem máquinas e sem governo, se analisados por tribunal especializado, seriam considerados, no mínimo, como atenuantes para possíveis faltas cometidas na esfera administrativa, podendo ter reflexos no âmbito penal.

Quanto às ações civis indenizatórias envolvendo o Costa Concordia, estas estão sendo julgadas (algumas já finalizadas) sem prejuízo algum dos resultados na esfera penal, já que independem da falta ou culpa do comandante do navio. Tampouco estariam jungidas às decisões administrativas, se lá houvesse tribunal marítimo.

Ora, sabe-se que o transporte marítimo de passageiros é entendido pacificamente na comunidade internacional como de responsabilidade objetiva. Razão por que várias vítimas foram indenizadas antes da condenação do comandante, e outras ainda serão, mesmo que haja recursos pendentes de julgamento na esfera penal.

Desse modo, a preocupação de Sabbato é fruto de seu desconhecimento da matéria que, por si só, desqualifica seu artigo. Se o acidente ocorresse no Brasil, o Tribunal Marítimo julgaria tão só a questão náutica, apontando os culpados pelo acidente e aplicando-lhes as penalidades administrativas cabíveis. Não julgaria a responsabilidade penal, por simples razão de incompetência. Mas, seu acórdão poderia auxiliar e aprimorar o convencimento dos respectivos juízes naquela esfera.

3.4 Das consequências do veto

De volta ao desastroso veto presidencial, lamentavelmente, o Executivo frustrou o desejo do legislador de trilhar pelo caminho constitucio-

nal. Não fosse o veto, na esfera cível não mais se discutiriam as causas e os responsáveis pelo acidente marítimo, mas tão só o dever de indenizar e o *quantum* indenizatório, por meio de processo de liquidação de sentença. Esse foi o desejo do legislador, consoante se percebe no art. 516, III, do novo CPC:

Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: [...] III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. (original não sublinhado).

De fácil constatação, o objetivo do legislador não foi usurpar prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, ao revés, quis dar a esse Poder condições de cumprir o texto constitucional, oferecendo à sociedade a prestação jurisdicional com razoável duração do processo. Nessa esteira já estava o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁰:

A criação do Tribunal Marítimo, órgão administrativo integrado por técnicos, a que se atribui competência quase jurisdicional para o deslinde de questões de direito marítimo, se insere na tendência do Estado moderno de aliviar as instituições judiciais de encargos puramente técnicos, para os quais não estão elas preparadas (original não sublinhado).

Infelizmente, o desacertado veto não permitiu que os avanços pretendidos pelo legislador fossem materializados. Os que pretendem indenizações em razão de fatos ou acidentes da navegação, por enquanto, continuarão a depender de dois julgamentos para mesma matéria: um no Tribunal Marítimo e outro no Poder Judiciário, sendo que o último pode divergir do primeiro e retardar ainda mais a satisfação do crédito.

Por último, verifica-se a total atecnia dos que orientaram equivocadamente a Presidente. Ora, o veto do inciso X do artigo 515, necessariamente, deveria provocar o veto da parte final do artigo 516, já transcrito anteriormente. Ora, o acórdão do TM não poderá ser cumprido no juízo cível competente porque não foi considerado título executivo.

¹⁰ STF, AI nº 62.811. Ministro Bilac Pinto – 20/06/75.

Dessa incompetência até para vetar, resultará trabalho extra para a doutrina e a jurisprudência. Espera-se que o Legislativo, brevemente, em nova análise sobre o tema, possa amadurecer a ideia e definitivamente avançar no caminho constitucional da razoável duração dos processos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em apertada síntese, pugnou-se pela natureza jurídica de coisa julgada administrativa para as decisões do Tribunal Marítimo, por força da sua própria Lei Orgânica. Essas decisões podem ser reexaminadas pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de vícios de inconstitucionalidade e/ou legalidade, não devendo o Judiciário imiscuir-se no mérito. O reexame não diminui nem torna apoucada a decisão do Pretório do Mar, eis que é garantia constitucional, no âmbito intangível da Carta Política.

Entretanto, restou claro que aquele que quiser anular uma decisão dessa Corte, na esfera do Poder Judiciário, terá, como Sísifo¹¹, tarefa praticamente impossível, vez que seus acórdãos gozam de respeito, tanto na comunidade marítima brasileira quanto na internacional, não sendo diferente o entendimento jurisprudencial.

O novo Código de Processo Civil, com olhos postos na Carta Política, quis ver os acórdãos do Tribunal Marítimo no rol dos títulos executivos judiciais, com, pelo menos, dois objetivos: evitar decisões antagônicas sobre o mesmo assunto e permitir ao Poder Judiciário entregar a prestação jurisdicional com razoável duração do processo.

De forma plangente, o Executivo, ao sancionar a lei que introduziu o novo CPC, vetou o inciso X, do artigo 515, que trazia esse avanço que se amoldava ao desejo da sociedade por processos mais céleres. Perdeu-se a oportunidade.

Por fim, espera-se que esse veto presidencial, que beira a oligofrenia, não seja suficiente para impedir que o Legislativo continue trabalhando, em harmonia com o pensamento de Victor Hugo, explicitado na epígrafe deste trabalho, permitindo que o Tribunal Marítimo avance no seu mister profilático de proteção à segurança da navegação e ao meio ambiente marinho.

11 Nota do autor: Sísifo, segundo a mitologia grega, recebeu a seguinte punição: foi condenado, por toda a eternidade, a rolar uma grande pedra de mármore com suas mãos até o cume de uma montanha, sendo que toda vez que ele estava quase alcançando o topo, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida, por meio de uma força irresistível, invalidando completamente o duro esforço despendido.

Ainda, almeja-se que o direito marítimo não fique de fora dos progressos que certamente o novel *Codex* trará aos brasileiros que, há muito, sofrem com a duração injusta e kafkiana dos processos. ❖

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Pensador**: frases e pensamentos. Disponível em <http://pensador.uol.com.br/frase/NTM3MjY0/>. Acessado em 18/07/2015.

BRASIL. Lei Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/msg/vep-56.htm. Acessado em 18 de julho de 2015.

BRASIL. **Mensagem do veto à Lei 13.105/2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em 18 de julho de 2015.

CREMONEZE, Paulo Henrique; MACHADO FILHO, Rubens Walter. "A relativização das decisões do Tribunal Marítimo nas lides forenses envolvendo o direito marítimo". **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 720, 25 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6856>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GONÇALVES, Marcelo David. "O tribunal marítimo e o valor de seus acórdãos". **Revista de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**. São Paulo: Síntese, mar-abr/2011.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. 3 ed., v. VI. São Paulo: Forense, 1979.

PIMENTA, Carmen Lúcia Sarmento. "As decisões do Tribunal Marítimo e o Dissídio Doutrinário". **Revista Jurídica Consulex**. Ano XVII – nº 401, 2013.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Processo Marítimo. Formalidades e Tramitação**. 2 ed. rev. e ampl. Barueri, Manole, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SABBATO, Luiz Roberto. **O novo CPC afasta desejo do Tribunal Marítimo de se sobrepor ao Judiciário**. Disponível em <https://www.editoroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Novo-CPC-afasta-desejo-do-tribunal-Maritimo-de-se-sobrepor-ao-Judiciario.html>. Acessado em 18 de julho de 2015.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC

Mônica Gusmão

Professora de Direito Empresarial.

1. INTRODUÇÃO

Nada inquieta mais que o novo. É compreensível que toda lei nova traga certo desassossego ao sistema jurídico, mas, com o tempo, a jurisprudência aplaina o desconforto e mostra que a antinomia a mais das vezes é apenas aparente. Com o novo CPC não será diferente. Diversas críticas brotaram contra ele ainda na sua *vacatio*, notadamente em relação à redação dos institutos vitais para a sua compreensão. Até mesmo a sua necessidade foi questionada. O ministro do STF Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas criada para discutir e formular o anteprojeto do novo código, disse que o texto foi construído a partir de um processo que envolveu mais de cem audiências públicas e o recebimento de cerca de oitenta mil e-mails, além de contribuições da Academia e de juristas¹. Estudei os reflexos do novo CPC no Direito Empresarial e, em vários pontos, trouxe de fato inovações necessárias. Em outros, andou para trás. Neste artigo, tento trazer minhas primeiras impressões sobre uma velha questão. Até que todas as arestas sejam aplainadas, há muito o que fazer.

Portanto, mãos à obra!

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

Personalidade jurídica é a aptidão de contrair direitos e obrigações na órbita civil. Começa com o arquivamento dos atos constitutivos no ór-

¹ Segundo Fux, este é “um código da sociedade brasileira”, já que 80% das sugestões foram acatadas. Com a aplicação das medidas nele previstas, o ministro supõe reduzir o tempo de duração do processo em 50%, permitindo resposta judicial em prazo razoável.

gão competente² (no Registro Público de Empresas Mercantis se for sociedade empresária e no Registro Civil de Pessoas Jurídicas se for sociedade simples) e termina pela via judicial ou extrajudicial (dissolução, liquidação, partilha e baixa dos atos no registro próprio). Em princípio, em atenção ao princípio da autonomia patrimonial, o patrimônio pessoal do sócio não se confunde com o da sociedade.

Sobre o tema (E. nº 470, do CJF³):

“Art. 980-A. “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constituiu, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”.

3. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Seu objetivo é desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios quando houver confusão patrimonial e desvio de finalidade⁴, preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa a anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, e sim desconsiderar momentaneamente a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio que se desvia da finalidade para qual a sociedade foi criada. A finalidade é impedir que os sócios ou terceiros se locupletem indevidamente às custas da pessoa jurídica porque o direito repudia a ideia de que a personalidade jurídica de uma sociedade sirva de couraça para acobertar situações antijurídicas.

Essa teoria está positivada no art. 50, do Código Civil, deste modo:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

² Código Civil, art. 485.

³ Conselho da Justiça Federal.

⁴ Código Civil, art. 50.

Ainda na **vacatio** do Código Civil, e com o propósito de aclarar a extensão do seu art. 50, a 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal publicou diversos enunciados, dentre esses, o de nº 51, assim redigido:

*“Art. 51: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica — **disregard doctrine** — fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.*

Na verdade, o E. 51/CJF mantém toda construção jurídica sobre o tema e os microsistemas legais. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se aplica quando a responsabilidade dos sócios já decorrer de expressa previsão legal, como é o caso dos arts. 158, da L. nº 6.404/76; 135; III, do CTN; 1.015; parágrafo único e incisos; 1.016 e 1.080, do Código Civil, dentre outros.

Os chamados microsistemas legais, são:

- *art. 28, do Código de Defesa do Consumidor;*
- *art. 4º, da Lei nº 9.605/98 (Lei do Meio Ambiente);*
- *art. 34, da Lei nº 12.529/11 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e*
- *Lei nº 12.846/2013 (aplicação da teoria no âmbito do processo administrativo).*

Parte da doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em **maior** e **menor**⁵. Para os adeptos da **teoria maior**, a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude, em sentido lato; para a **teoria menor**, a fraude é irrelevante, bastando a comprovação da simples insatisfação do crédito. Ao contrário da chamada **teoria maior** da desconsideração, em que a imputação de responsabilidade aos sócios depende, necessariamente, da prova da culpa (em sentido lato), a **teoria menor** admite o levantamento da personalidade jurídica da sociedade e consequente responsabilização dos sócios se a sociedade não dispuser de bens suficientes para ressarcir o prejuízo

⁵ Cf. Fábio Ulhoa.

do credor. Para mim, a aplicação dessa teoria (menor) parte de mero casuísmo e nega toda a base do direito societário porque não relativiza a distinção consagrada entre a figura da sociedade e a de seus sócios e ignora todo o princípio da autonomia patrimonial. O mero inadimplemento de obrigações contraídas pela sociedade não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica⁶. A má redação do art. 28 da Lei nº 8.078/1990⁷ induz a equívocos. Há quem invoque a regra do §5º desse artigo como fundamento para a aplicação da teoria (menor), ou seja, a insatisfação do credor seria o bastante para que o juiz determinasse a responsabilidade pessoal dos sócios. Isso é inexato. Esse artigo somente permite a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Pode dar-se, também, a desconsideração ao inverso. Aqui, desconsidera-se a personalidade da pessoa jurídica, a fim de responsabilizá-la por atos praticados por seus sócios. É o caso, por exemplo, do casal que se separa e o cônjuge sócio transfere seus bens à sociedade para fraudar a partilha ou esvaziar seu patrimônio quando demandado por eventual credor, por dívida particular.

Sobre o tema (E. nº 282/CJF):

“Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiro”.

4. A DESCONSIDERAÇÃO E O NOVO CPC

Embora com inovações, o novo CPC trata da desconsideração da personalidade jurídica de modo dúbio⁸. O seu art. 133, § 1º, diz que o

6 Para DINAMARCO, “o pilar fundamental do presente estudo é, portanto, a afirmação de que sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração” (cf. DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, *Op. cit.*, p. 1.183 *apud* GUIMARÃES NUNES, Márcio Tadeu. *Op. cit.*, p. 56).

7 Código de Defesa do Consumidor.

8 V. Capítulo IV, “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. Como dito, o art. 50 do Código Civil manda desconsiderar a personalidade jurídica nos casos de **desvio de finalidade** e de **confusão patrimonial**. O E. nº 51, da 1ª Jornada de Direito Civil, do CJF, manda observar, ainda, os microssistemas legais. Com o novo CPC, há duas formas de o credor pleitear a aplicação da teoria:

—Pedido **originário**:

Não satisfeita a obrigação contraída pela sociedade, o credor pode — desde que comprovadas as hipóteses que autorizam o pedido— direcionar sua pretensão ao sócio que se desviou da finalidade da sociedade obrigando-a perante terceiros para auferir vantagem própria ou para terceiros. Nesse caso, o credor poderá incluir no polo passivo a sociedade e o (s) sócio(s). Não há subsidiariedade porque as relações jurídicas são distintas: a do credor com a sociedade devedora e a do sócio com o credor. O ônus de comprovar a fraude é do credor.

—Pedido **incidental**:

O pedido de desconsideração também pode ser **superveniente**, ou seja, cabível em todas as fases do **processo de conhecimento**, no **cumprimento de sentença** e na **execução** fundada em título executivo extrajudicial.⁹

Não se trata de questão nova.

Sobre o tema:

“O juiz pode determinar, de forma incidental, na execução singular ou coletiva, a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade. De fato, segundo a jurisprudência do STJ, preenchidos os requisitos legais, não se exige, para a adoção da medida, a propositura de ação autônoma. Precedentes citados: REsp 1.096.604-DF, Quarta Turma, DJe 16/10/2012; e REsp 920.602-DF, Terceira Turma, DJe 23/6/2008. REsp 1.326.201-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 7/5/2013.

⁹ CPC, art. 134.

*“A Turma negou provimento ao recurso especial, mantendo a decisão do tribunal a quo que, com base no conjunto fático-probatório dos autos da execução, entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual os ora recorrentes foram sócios. Na espécie, ficou demonstrado que os recorrentes, ao promover cisões da empresa e transferências de bens entre as sociedades dela decorrentes, bem como ao alterar os quadros societários, utilizaram-se da sua personalidade jurídica para frustrar o pagamento do crédito devido à recorrida. Segundo o Min. Relator, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, contida no art. 50 do CC/2002, exige, via de regra, não apenas a comprovação do estado de insolvência da pessoa jurídica para que os sócios e administradores possam ser responsabilizados pelas obrigações por ela contraídas, mas também a ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Ressaltou, ainda, inexistir ofensa à coisa julgada pelo fato de o pedido de desconsideração ter sido rejeitado em julgado anterior - embargos de terceiro -, pois o efeito da imutabilidade recai sobre a norma jurídica concreta do dispositivo do **decisum**, não sobre a fundamentação nele exarada.”* Precedente citado: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp 1.200.850-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4/11/2010.

“Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Execução. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Requisitos. Revisão. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo Regimental Desprovido.” REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp AgRg no AREsp 636704/ MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25/8/2015.

A doutrina tradicional não admitia a desconsideração **incidental** da personalidade jurídica, ou seja, que ela se desse somente na execução. Sustentava-se que o juiz não podia apenhar bens de sócio que não figurasse no polo passivo da relação processual e que era indispensável

que o credor tivesse um título executivo contra o demandado, o que lhe impunha a obrigação de ajuizar ação de conhecimento em face do sócio porque, não sendo assim, estariam violados o devido processo legal, o limite subjetivo da coisa julgada, o contraditório e a ampla defesa. Sempre sustentei que essa posição contrariava o fim ontogênico da jurisdição ao exigir que o exequente, na execução, somente pudesse demandar o sócio depois de obter, por sentença, título em que ficasse claro o que se sabia desde o início, isto é, que a sociedade agira em fraude. A dilação probatória poderia ser feita nos próprios autos da execução em objeção de pré-executividade, embargos ou impugnação¹⁰.

Como dito, o art. 134 do novo CPC admite a instauração do incidente de desconconsideração a requerimento da parte ou do Ministério Público (este, quando lhe couber intervir no processo) em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Mais uma vez, o atual CPC ratifica a regra de que **o juiz não pode aplicar a teoria de ofício**. Na Justiça do Trabalho, contudo, não são incomuns decisões admitindo a desconconsideração, de ofício, da personalidade jurídica. A Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, do TST, em seu artigo 6º, diz:

“Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

É indispensável que o juiz do trabalho observe o novo CPC na desconconsideração da personalidade jurídica. **Não pode agir de ofício**. O próprio juiz, para afastar a personalidade da sociedade com objetivo de atingir o patrimônio pessoal dos sócios, terá de instaurar o incidente.

Instaurado o incidente, o magistrado deve imediatamente comunicar ao distribuidor para as devidas anotações¹¹. Essa comunicação não se destina a incluir o sócio no polo passivo, mas tão somente registrar o incidente. A inclusão do sócio como réu ou executado somente se dará caso o incidente seja julgado procedente. O § 2º do art. 134 do novo CPC,

¹⁰ GUSMÃO, Mônica. **Lições de Direito Empresarial**. Forense; Rio de Janeiro, 12ª edição, 2015.

¹¹ CPC, art. 134, § 1º.

determina o sobrestamento do feito se o pedido for incidental, diferentemente se originário porque, nesse caso, a ação cognitiva terá o seu trâmite normal.

O CPC respeitou os princípios do contraditório e da ampla defesa no art. 135 ao determinar que o sócio ou a pessoa jurídica devem ser citados para se manifestar sobre o pedido e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória¹². Se instaurado o incidente quando o feito estiver no tribunal e a decisão for proferida pelo relator, cabe **agravo interno**; em caso contrário, o recurso cabível será o **agravo de instrumento**.¹³ Já no Direito do Trabalho, em caso de decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente, prevalecem as seguintes regras¹⁴:

*I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato*¹⁵;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

*III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal*¹⁶.

5. OU SEJA:

Embora com algumas imperfeições que o tempo, a doutrina e a jurisprudência corrigirão, o novo CPC deu à desconsideração da personalidade jurídica um pouco mais de sistematização, seja aproveitando a base que já estava sedimentada no art. 50 do Código Civil (**desvio de finalidade e confusão patrimonial**), seja agasalhando os subsídios dos microsistemas que compõem o tecido do ordenamento positivo. A desconsideração não será necessária, útil ou possível quando a responsabilidade dos sócios ou administradores das pessoas jurídicas já decorrer da própria lei. Se a responsabilidade decorre da lei, aplique-se a lei. A desconsideração pode ser **originária** ou **incidental**. Na **originária**, o credor incluirá desde logo no

¹² CPC, art. 136.

¹³ CPC, art. 1.015, IV.

¹⁴ Art. 6º, § 1º, da Resolução/TST nº 203, de 15 de março de 2016.

¹⁵ CLT, 893, § 1º.

¹⁶ CPC, art. 932, inciso VI.

polo passivo da lide os sócios e a sociedade de que fazem parte. Se **incidental**, ou **superveniente**, a desconsideração pode ser pedida na fase de **conhecimento**, no **cumprimento de sentença** e na **execução** fundada em título executivo extrajudicial. Parte da doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em **maior** e **menor**¹⁷. Os antigos alicerces da velha teoria continuam de pé: para a **teoria maior**, a personalidade jurídica da sociedade só pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude. É necessária a prova da culpa. Para a **teoria menor**, a fraude é irrelevante e basta a prova da insatisfação do crédito, mas é preciso levar em conta que mero inadimplemento de obrigação pela sociedade não basta para a desconsideração. O § 5º do art. 28 da Lei nº 8.078/1990¹⁸ não pode ser invocado para desconsiderações genéricas porque esse micro-sistema somente autoriza a desconsideração quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. **O novo CPC não admite desconsideração de ofício**. O pedido deve ser feito pela parte ou pelo Ministério Público, quando este tiver de intervir no feito. Pedida a desconsideração **incidental**, isto é, no curso do processo, o juiz deve suspender a tramitação do processo principal e oficiar ao Distribuidor para anotação do incidente. Em seguida, os sócios serão citados para defender-se e produzir provas em quinze dias. Os sócios somente constarão como réus das anotações do Distribuidor se o pedido for julgado procedente. Julgado procedente o pedido de desconsideração, a sociedade e os sócios passam a responder como réus. Resolvida a cognição incidental, contra essa decisão cabe **agravo de instrumento**. Se a desconsideração for pedida quando os autos já estiverem no tribunal, cabe ao relator decidir o incidente. Contra a sua decisão cabe **agravo interno**. No Direito do Trabalho, é um pouco diferente. Na fase cognitiva, contra a decisão que resolve o incidente de desconsideração não cabe recurso algum porque decisões como essas não são agraváveis de imediato no sistema da CLT. Se a desconsideração for pedida e decidida na execução, cabe **agravo de petição**. A garantia do juízo não é necessária. Por fim, se a desconsideração for resolvida no tribunal, contra a decisão do relator cabe **agravo interno**. ❖

17 Cf. Fábio Ulhoa.

18 Código de Defesa do Consumidor.

A Proteção da Marca do Medicamento: Perfil, Função e Estratégias para Tutela do Consumidor e da Propriedade Intelectual

Antigamente qualquer farmacêutico, no ramo terapêutico

Era um bom doutor.

E veja agora, como era tão simples

O receituário do velho Boticário.

DR. BOTICÁRIO (Jackson do Pandeiro)

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Doutor em Direito Comercial pela USP, Mestre em Direito Civil pela UERJ, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio. Professor de Direito Civil, Direito Comercial e Propriedade Intelectual da PUC-Rio. Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados.

Gabriel Schulman

Doutorando em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Direito pela UFPR, Especialista em Direito Médico pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Civil, Direito Médico e Direito Imobiliário da Universidade Positivo de Curitiba. Parecerista Consultor de Denis Borges Barbosa Advogados.

1) INTRODUÇÃO (INDICAÇÕES E POSOLOGIA)

O direito do consumidor e a proteção da propriedade intelectual constituem campos distintos, mas que se entrecruzam, por exemplo, na disciplina da utilização de signos distintivos dos produtos.

A tutela do consumidor busca a adequada informação sobre o produto e a facilitação da comparação entre concorrentes. Assim, se uma determinada esponja tem mil e uma utilidades, o fabricante desejará que esta não seja confundida com outra não tão polivalente.

No âmbito do regime capitalista, a existência de produtos concorrentes areja o mercado, fomenta o desenvolvimento e influi diretamente no regime de preços. Contudo, a utilização indevida da imagem construída ao longo dos anos junto ao público consumidor caracteriza, claramente, a concorrência desleal¹, a qual prejudica a recuperação do investimento em pesquisa, *marketing* e desenvolvimento, e promove a confusão de produtos/serviços com níveis de qualidade e características bastante distintos.

É preciso, todavia, atentar à sofisticação de tal análise, como denota a circunstância de que determinadas atividades possuem um visual típico, um “código paradigmático de indumentária”, ou vestimentas usuais em seus produtos. Assim, tentando oferecer exemplos didáticos e simples, as hastes de higiene auricular são usualmente azuis, e os invólucros de ketchup se apresentam em garrafinhas de plástico de cor bordô.

Na seara dos medicamentos, o destinatário (leigo) muitas vezes está com pressa, outros tantos gozam de parca experiência e, com frequência, desconhecem os produtos que irão adquirir. Não bastassem as circunstâncias supracitadas, o uso de tais produtos pode ser excepcional, ou até único. Além disso, o âmbito dos produtos farmacêuticos envolve princípios ativos com nomes complexos (para quem não é *experto* em química), com caracteres que são fáceis de engendrar confusão.

Conforme lição tão singela, quanto fundamental, “Essa confusão é o que a lei quer evitar. A geometria das linhas do desenho perde relevo quando o consumidor, que não é técnico no assunto, leva como gato aquilo que acredita ser ‘lebre’, porque apresenta ‘cara de lebre’ e se parece

1 Consoante dispõe a Lei n.º 9.279/1996, art. 195. “Comete crime de concorrência desleal quem (...) 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”.

com uma “lebre”.² Assim, é preciso neste sentido levar em conta a eficácia comunicativa, os padrões do setor, para que não se tome o remédio equivocado, com efeitos colaterais que atingem a saúde e o bolso do consumidor.

2) CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DO SETOR DE MEDICAMENTOS

Se as marcas são utilizadas, contemporaneamente, como um dos signos distintivos mais importantes, de outro lado o mundo corporativo emprega, simultaneamente, diversos outros “sinais de diferenciação”.

Não há uma competição comunicativa ou superposição de direitos, mas uma complementação semiológica para que, em cada contexto o usuário/consumidor consiga ser influenciado pela marca (tradicional ou tridimensional) do produto ou do produtor, pela indicação geográfica, pelo nome de empresa³, pelo nome de domínio, pela expressão de publicidade e pelo conjunto imagem (mais conhecido sob a rúbrica anglófona *trade dress*). Portanto, a embalagem de produtos farmacêuticos torna-se ainda mais relevante, quando se considera que o produto em si muitas vezes somente está disponível depois que o consumidor abre a embalagem.⁴

É possível que, tendo em vista o caráter leigo do destinatário, o consumidor não perceba as distinções funcionais de cada uma das espécies de sinal distintivo e, muitas das vezes, sequer compreenda completamente o funcionamento do produto que deseja comprar.

De outra banda, se houver eficácia comunicativa no trato comercial, na consulta *online* ou mesmo na simples compra, o adquirente terá maior facilidade em comparar. Nessa linha, a adequada proteção jurídica no mercado de drogas lícitas deve atentar às peculiaridades do setor, inclusive as dificuldades dos nomes dos medicamentos e as regras específicas de aquisição.

Medicamentos isentos de prescrição médica, também designados de anódinos, são regulados, especificamente, pela Lei n.º 5.991/1973.

² TRF-2, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AC 2008.51.01.805451-9, DJ 25.09.2009.

³ “Trata-se o nome de empresa de bem imaterial, sendo um dos sinais identificadores e distintivos de maior relevância e valor para o seu titular, objeto de um direito, a rigor, absoluto de utilização, cuja proteção encontra-se sob o pálio das normas que disciplinam o registro do comércio e a propriedade industrial”. SOUZA, Daniel Adensohn. **Proteção do Nome de Empresa no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

⁴ A respeito, o STJ, ao tratar da distintividade, consignou que “a embalagem de ambos não é semelhante, enquanto a cor do comprimido em nada influenciará nessa decisão, pois não é possível visualizar qualquer dos medicamentos sem antes abrir a embalagem, o que só é possível após a compra” STJ. Resp. n. 1.370.646. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. 3ª. Turma. DJe: 10/05/2013.

Conhecidos, ainda, pela sigla OTC (*over the counter* – sobre a prateleira) restam alocados nas gôndolas⁵ de farmácias, drogarias, amplamente disponíveis ao público⁶; tal como ocorre com adoçantes, preservativos e barbeadores.

Para outros medicamentos, é indispensável a apresentação de receita, com diversidade de exigências de acordo com a substância. Ilustrativamente, a receita simples é permitida para medicamentos de tarja vermelha, ou seja, quando se realiza “venda sob prescrição médica”, na forma da Lei n.º 5.991/1973.

No âmbito das modalidades mais comuns de prescrição, a receita de controle especial é aplicada nos casos em que é necessária a retenção de receita, como nas hipóteses de drogas “imunossupressoras e antirretrovirais, anabolizantes, antidepressivos”.⁷ Além disso, a receita azul ou a receita B é aplicada na prescrição de substâncias psicotrópicas.⁸

3) PROCESSO DE COMUNICAÇÃO E A COMPREENSÃO DO INTERLOCUTOR NO SETOR DA SAÚDE (REAÇÕES ADVERSAS)

A possibilidade de efetiva comparação e escolha, como se demonstrou, é bastante limitada⁹ perante as restrições jurígenas que visam preve-

5 “Since OTC products are available on request and without prescription, it is possible for manufacturers to market them directly to consumers through regular advertising” traduzido livremente para “Uma vez que produtos OTC estão disponíveis a simples pedido e sem prescrição, é possível aos produtores os comercializarem através de publicidades regulares” PHILLIPS, Jeremy. *Trade Mark Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 545.

6 “Outrossim, cabe ressaltar que referidos medicamentos são vendidos independentemente de receita médica e que, no Brasil, é notório o fato de haver alta incidência de automedicação entre a população, não havendo garantia nenhuma de que os medicamentos em tela não gerem confusão quanto à sua origem e sejam adquiridos indistintamente, um pelo outro. Cumpre ressaltar que o fato de uma marca ter apresentação mista e outra, nominativa, em nada interfere com a aferição de similaridade e reconhecimento de eventual colidência, uma vez constatada a semelhança fonética e gráfica do elemento nominativo integrante de marca mista a distinguir a mesma classe de produtos ou serviços ou classes semelhantes, como se verifica na hipótese dos autos”. TRF-2, 1ª Turma Especializada, Des. Paulo Cesar Espirito Santo, AC 2012.51.01.034704-5, DJ: 10.07.2013. “No País, existe uma cultura de que a farmácia é um mero comércio e o medicamento é uma mercadoria como outra qualquer e isto tem estimulado, e muito, o consumo de medicamentos de forma indiscriminada”. Conselho Nacional de Saúde. *Consumo de medicamentos: um autocuidado perigoso*. Disponível em <http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/medicamentos.htm>. Acesso em 02.05.2016, às 21:42.

7 MADRUGA, Célia Maria Dias. *Manual de orientações básicas para prescrição médica*. 2. ed. rev. ampl. Brasília: CRM-PB/CFM, 2011. P. 24.

8 A Portaria nº 344/1998, do Ministério da Saúde, “aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial”.

9 “Por fim, porém de fundamental importância, é que o público consumidor em questão é formado por pessoas normalmente jurídicas e com alto nível de informação, como emissoras de televisão, jornais, revistas, partidos políticos etc., não sendo plausível que se deixem enganar ou confundir pelas marcas em questão. A possibilidade ou não da marca de causar confusão deve levar em consideração, em cada caso concreto, o mercado consumidor potencial e a sua capacidade de discernimento”. TRF-2, 1ª Turma Especializada, Des. Aluisio Mendes, AC 200151015240310, DJ 19.12.2008.

nir as potenciais confusões.¹⁰ Não se trata de um consumidor qualificado,¹¹ mas de marcada *vulnerabilidade*¹². O déficit informacional é notório, a demandar que a comunicação se faça de forma muito clara, prática e efetiva. Como lecionam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem:

*E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um **minus**, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro. Daí porque a vulnerabilidade informativa não deixa de representar, hoje, o maior fator de desequilíbrio da relação **vis-à-vis** dos fornecedores, os quais, mais do que **experts**, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade*¹³.

A informação ampla, clara e adequada constituem formas de mitigar riscos, proteger, e igualmente de permitir a adequada análise do

10 [...] “evidencia-se a similaridade gráfica e fonética entre os elementos nominativos dos signos em confronto, na medida em que ambas ostentam os radicais “HOMEIO” e “NATU” em suas composições marcárias, diferenciando-se apenas quanto à parte final de ambas (...) Além disso, é relevante notar que as mesmas se destinam a assinalar produtos pertencentes ao mesmo segmento mercadológico, qual seja, o de medicamentos homeopáticos, o que poderia ocasionar erro ou confusão no público consumidor acerca da procedência dos produtos”. TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. Liliâne Roriz, AC 200151015144977, DJ 18.10.2010.

11 A jurisprudência distingue claramente as hipóteses de um adquirente especialista (em geral consumidor para a teoria maximalista) de um consumidor comum. Por exemplo: “No presente caso, apesar dos elementos integrantes comuns, é possível a convivência entre os registros, pois apesar de semelhantes, as marcas litigantes distinguem produtos distintos, e, tendo em vista que o público consumidor alvo destes tipos de material (produtos químicos) é considerado como qualificado, dificilmente se estabelecerá confusão, erro ou dúvidas na aquisição dos produtos, não ocorrendo a possibilidade de concorrência desleal entre as empresas”. TRF-2, 1ª Turma Especializada, Des. Abel Gomes, AC 201351010016252, DJ 03.11.2014.

12 [...] “está relacionado ao apelo “estético” que o objeto representa junto ao consumidor, e esse aspecto estético é utilizado para evocar no consumidor questões de natureza até subconscientes ou inconscientes mesmo, ou seja, faz travar um “diálogo” com esse consumidor, suscitando-lhe reações de diversas ordens psico-emocionais. A forma como o objeto se comunica com o consumidor, esse diálogo é que vai ser decisivo a que o consumidor decida levar aquele objeto para casa ou deixá-lo na prateleira do estabelecimento comercial (...) A mãe que compra um carrinho infantil como os que se encontram em litígio nos presentes autos, não o faz porque o desenho da porta de um é rebaixado enquanto que a porta de outro tem recorte liso, mas o faz com base nas diferenças entre o efeito visual global de um e o efeito visual global de outro. A leitura de um geômetra, para esse efeito, não chega a ser tão relevante, à medida em que os pais de crianças usuárias de ditos carrinhos são pessoas comuns, donas de casa, profissionais de outras áreas, que se fixarão muito mais no efeito visual global do carrinho do que na infinidade de outras combinações de forma que poderiam existir para o mesmo”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AC 2008.51.01.805451-9, DJ 25.09.2009.

13 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 160-161.

consumidor. No campo das situações existenciais de acesso, fundadas no *consentimento livre e esclarecido*, mostram-se umbilicalmente vinculadas ao conhecimento, à liberdade e à dignidade do paciente¹⁴.

Embora o *consentimento livre e esclarecido* tenha a muito deixado de ser um estranho ao direito, a percepção do processo de escolha nem sempre tem recebido a devida atenção. Como expõe Herman Benjamim, em lapidar fundamentação sobre a obrigatoriedade de informar o consumidor a existência de *glúten* nos alimentos:

*No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no **homo medius** ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.*

A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).¹⁵

Por isso a liberdade de iniciativa dos *agentes econômicos* em eleger o ornamento (*trade dress*) encontra limite, inclusive por força da lealdade competitiva que informa cada setor econômico com um grau distinto de incidência. O ordenamento exige que haja uma efetiva distância¹⁶ or-

14 Sobre a relação entre autonomia e dignidade que advém do eficiente diálogo entre profissionais sanitários e pacientes vide ADORNO, Roberto. "Liberdade" e "Dignidade da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos". In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Leticia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009, p. 74 e seguintes.

15 (STJ. REsp 586316 / MG. Rel.: Min. HERMAN BENJAMIN. 2ª. Turma. DJe 19/03/2009).

16 [...] "por a lei querer que os elementos empresariais se distingam claramente uns dos outros". (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 417). "Com efeito, no exame de eventual colidência, doutrina e jurisprudência têm tradicionalmente se utilizado da teoria da distância, que, fundamentando-se nos princípios da equidade e da igualdade, sustenta a coexistência de marcas quando a situação fática atual possibilite o convívio harmônico de signos semelhantes ou afins. Assim, na hipótese de pretensão a novo registro, examina-se, em regra, a distância entre o sinal pretendido e os que se lhe precedem no tempo, realizando um juízo a partir de

namental (cores, formatos, signos¹⁷ outros) dos produtos que permita a efetiva distinção. “Assim, não só as marcas ou produtos diretamente em cotejo devem ser considerados, mas o código simbólico construído por fatos em relação ao segmento de mercado pertinente”.¹⁸

A comunicação interpessoal constitui sistema semiótico de atribuição de significações coletivas¹⁹, pautadas na tríade do *significante* (letra, palavra, figura), *significado* (sentidos) e *referências* (signos próximos e distantes para a realização de sinônimos, antônimos e contrastes).

Mesmo que uma pessoa que conhecesse uma quantidade significativa de signos (palavras), caso os use sem observância do sistema (sintaxe), ou sem baliza no conteúdo (semântica), não conseguirá a compreensão do interlocutor. Não será uma língua, mas um “idioleto”²⁰.

Em determinados ramos, há *standardização* de produtos, como ocorre em setores regulados por normas-técnicas, conteúdos tecnológicos de sucesso que advieram de proteções com direito de exclusividade (patentes, *v.g.*) e ingressaram no domínio comum e os bens que operam com insumos padronizados, etc.

Como exposto acima, é costumeiro que cada nicho, num sistema *commons*, goze de elementos comuns-setoriais. O caso do comércio de extrato de tomate, por exemplo, cuida de uma hipótese preclara de signos corriqueiros-padrões, que por si só não geram *confusão*²¹. Portanto, se as cores branca, verde e vermelho avocam o *pomo d'oro italiano* (e os tons

um confronto entre os aspectos gráfico e fonético das marcas envolvidas, além de uma aferição da semelhança ou afinidade entre os segmentos mercadológicos em que se inserem” (TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, AC200751018131479, DJ 19.01.2010).

17 “Considerando que o consumidor de mobiliário em geral não participa de um segmento especializado do mercado (...) Isso se evidencia pelo fato de que a demandante vem, com o passar do tempo, obtendo registro de marcas que exploram o termo “STOK”, como PRESTOK, MINISTOK, MAXISTOK, algumas na própria classe 20, o que poderia levar o consumidor a concluir que STOK MOBILE faz parte de uma linha de produtos da autora, em mais uma variável aditiva ao signo “STOK”, ou à falsa impressão de que a empresa-ré eventualmente integra algum grupo econômico com a autora”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Marcelo Leonardo Tavares, AC 200451015119169, DJ 19.12.2008.

18 BARBOSA, Denis Borges. “Aulas sobre Semiologia e Propriedade Intelectual lecionadas no Mestrado do INPI”, Rio de Janeiro, 2011.

19 “Os símbolos são os instrumentos por excelência da «integração social»: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação (cf. a análise durkheimiana da festa), eles tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração «lógica» é a condição da integração «moral»” BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 15ª Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 10.

20 BARTHES, Roland. **Elementos de Semiologia**. Tradução de Izidoro Blikstein. 15ª Edição, São Paulo: Editora Cultrix, 2003, p. 18. Em outros termos, uma comunicação que só o emissor entende e ninguém mais.

21 [...] “al analizar la problemática del riesgo de confusión, es necesario tipificar – dentro del público interesado en la adquisición de los correspondientes productos o servicios – la figura del consumidor medio” FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. **Tratado Sobre Derecho de Marcas**. 2. Ed. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 279.

da bandeira do país), as marcas, a alocação dos sinais próprios em partes distintas dos enlatados e outros itens figurativos distinguem claramente um produto do outro.

Da análise do mercado brasileiro, nota-se que os fabricantes acabam optando por cores identificativas próprias, em geral avocando aquelas tonalidades ínsitas ao originador. Levando-se em conta as dezenas de indústrias farmacêuticas com distribuição em larga escala, e para exemplificar as possibilidades de distinção extrínseca de tais sociedades empresárias, pode ser frisado que i-) fazem uso das cores em tonalidades distintas; ii-) dispõem de proporção distinta entre uma cor e outra na ocupação ornamental das embalagens; iii-) dispõem do uso da marca do produto em pontos distintos da caixa (alguns são centralizados, outros a utilizam na lateral, muitos no lado direito, outros no lado esquerdo, algumas em cima outros embaixo); iv-) e fazem uso da marca mista do fabricante/originador de modo discreto ou ostensivo.

Noutros termos, ainda que o grosso dos produtos seja vendido em caixas em formato retangular, há muitas variáveis possíveis para auxiliar o destinatário no momento de discernir entre um medicamento e outro.

É preciso que a tutela seja adequada não apenas para um perfil médio, mas que contemple uma proteção qualificada, reforçada, apta inclusive a atingir pessoas cujas vidas não tiveram acesso a informações tidas por senso comum. Dessa forma, a proteção do direito a ser diferente²² (e a ser contemplado como tal) é ponto essencial na problemática informacional da saúde, na qual se conjugam, deste modo, fatores sociais e culturais, as esferas dos direitos empresariais e consumeristas,²³ do meandro coletivo, do jurídico e do comercial (econômico).

Por outro lado, os problemas de compreensão podem ser provocados. No campo da atuação desonesta há várias práticas nocivas, entre as quais a camuflagem.²⁴ Trata-se de um sintoma das potenciais moléstias

22 [...] “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92

23 “[...] o direito marcário não objetiva somente proteger interesses patrimoniais, na medida em que possui estreita relação com a tutela de direitos consumeristas, públicos e indisponíveis” Des. Aluísio Mendes”. TRF-2. 1ª Turma Especializada. AC 200051010176522Rel.: DJ 19.12.2008.

24 “Mas além desses, por outros se manifesta a fraude, em sentido mais técnico, passando a servir-se de processos lícitos em si mesmos, de combinações jurídicas não raro engenhosas, que, no estado atual da legislação positiva, apresentem a aparência de regularidade, de molde a chegar-se ao que a lei proíbe ou não fazer o que ela ordena”.

perpetradas pela concorrência desleal que produz, como efeito colateral, a confusão do consumidor.

4) MEDICAMENTOS QUE DISPENSAM RECEITA MÉDICA E A ADEQUADA TUTELA AO CONSUMIDOR

A dispensa do receituário naturalmente interfere no processo de compra,²⁵ haja vista que permite o consumidor comprar sem auxílio médico ou a assistência de um farmacêutico.²⁶ Em tais casos, o consumidor tomará, *desacompanhado*, a decisão sobre a *escolha* da aquisição, e, em um ambiente de livre mercado, gozará de uma série de opções possíveis dentro da mesma *azienda*.

Sob tais circunstâncias, os signos distintivos oferecem seu papel essencial de tutela às diferenças²⁷ e (em segundo lugar, da proteção à reputação²⁸) ao direito de uma sociedade produtora ser apartada de sua

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil. V. VI. São Paulo: Saraiva, 1962.

25 “O que me causa espanto nesse tipo de nome para marca de remédio é exatamente isto: um país onde infelizmente há um nível cultural muito baixo, um país onde se compra muito remédio em farmácia sem receita médica... Há alguns que são comprados com receita controlada, com a tarja preta, mas são poucos, e é até muito organizado isso no Brasil. Tem muito remédio comprado em farmácia sem receita médica que pode fazer uma devastação na vida de uma pessoa, diferentemente de como acontece em países desenvolvidos”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, Des. Paulo Cesar Espírito Santo, AC 2010.51.01.812523-5. DJ: 15.06.2012.

26 Segundo a melhor doutrina francesa, não se pode confundir a hipótese do consumidor munido de um atestado médico e do atendimento farmacêutico – vulnerabilidade menor – com a hipótese distinta: “*Jusq’a un passé récent, l’imitation illicite en matière de marques pharmaceutiques était appréciée dans les conditions ordinaires. Cela signifie que l’imitation illicite était retenue, lorsque les marques en cause présentaient des similitudes suffisantes pour créer une possibilité de confusion de la part d’un acheteur moyennement attentif, qui n’avait pas les deux marques en même temps sous les yeux (...)*” *le consommateur exercerait une attention particulièrement accentuée, en raison des circonstances suivantes: is els constat que les spécialités pharmaceutiques ont souvent des dénominations très voisines: s’agissant d’un médicament, le consommateur apporte à son choix un soin inhabituel; mais surtout le consommateur est guidé par le médecin en par le pharmacien*”, traduzido livremente para: “Até recentemente, a imitação ilegal de marcas farmacêuticas foi apreciada em condições normais. Isto significa que a imitação ilegal quando as marcas em causa tinham semelhanças suficientes para criar uma possibilidade de confusão a partir de um comprador medianamente atento, que não tinham as duas marcas juntas sob os olhos (...) O consumidor exerce a atenção particularmente acentuada por causa das seguintes circunstâncias: constantemente os medicamentos têm denominações muito semelhantes: o caso de um medicamento, o consumidor leva (...), mas especialmente o consumidor é guiado pelo médico, e pelo farmacêutico”. MATHÉLY, Paul. **Le Dorit Français des Signes Distinctifs**. Paris: **Librairie du Journal des Notaires et des Avocats**, 1984, p 533 – 534.

27 “Assim, por exemplo, quando a nossa lei se refere à possibilidade de erro ou confusão por parte do consumidor, como critério para a apreciação das imitações, não tem ela em vista, senão secundariamente, o prejuízo que dessa confusão possa advir para o comprador, sendo seu fim evitar o prejuízo do titular da marca resultante dos erros em que os consumidores podem ser induzidos pela semelhança das marcas”. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume I - Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 243.

28 Por isso a preocupação de Cássio no clássico do Bardo: “Reputação, reputação, reputação! Oh, eu perdi minha reputação! Eu perdi a parte imortal de mim mesmo, e o que remanesce é pura carne-beastial”, em tradução livre de “*Reputation, reputation, reputation! Oh, I have lost my reputation! I have lost the immortal part of myself, and what remains is bestial*”. SHAKESPEARE, William. **The Tragedy of Othello**, 1603. Atto 2, Cena 3. p. 12.

concorrente. Por isso, tão importante quanto a marca é a embalagem que condiciona o produto, pois o código de cores, a fonte, o sinal de origem, atraem ou afugentam.

É controversa a possibilidade de que os medicamentos gerem confusão entre os consumidores. O fato de serem ambos medicamentos controlados, ou seja, só vendidos sob prescrição médica, pode, ao contrário do suscitado pelas Agravadas, levar a um maior poder de informação ao consumidor, para quem ficará a última palavra na compra, para isto sopesando diversos fatores. (TJSP. 3ª Câmara de Direito Privado, Des. João Pazine Neto, AI 05400800320108260000)

A ausência dos adequados elementos diferenciadores constitui concomitantemente atuação abusiva em prejuízo do consumidor, ilícito concorrencial e violação à propriedade intelectual. Tais elementos não são apenas as cores, alcançando a fonte, a alocação das informações na embalagem que *per se* configuram ou afastam a contrafação. A *inexistência* de *reais variações* viola os valores de proteção da legislação concorrencial, de proteção do consumidor e da própria saúde.

Como um dos alicerces do direito do consumidor é a redução de assimetrias informacionais, o ato do agente econômico oportunista que almeje realizar o efeito *réplica* de seu produto com um alheio atropela tanto a esfera jurídica do rival quanto do destinatário final.

Deve-se ter em conta ainda o contexto da aquisição e as peculiaridades do medicamento quanto à exigência de receita e de qual modalidade.

Em suma, o grau de tolerabilidade da proximidade ornamental entre um produto de um originador e outro de terceiro, afora as hipóteses de *paradigmas setoriais*²⁹, será claramente menor nos medicamentos OTCs do que naqueles em que a receita médica for imperativa. Não obstante, o mesmo grau de *liceidade* na convivência símile será maior para destinatários *qualificados* (hospitais, médicos e enfermeiros) do que para consumidores *leigos*³⁰.

²⁹ Um exemplo de padrão mandatório de setor é a aposição da expressão GENÉRICO, com fundo amarelo, nas caixas de medicamentos que não sejam de referência ou similares.

³⁰ "A noção de pessoa vulnerável remete à de vítima. Há, contudo, uma diferença de grau no surgimento do dano: a vítima já sofreu um prejuízo material ou moral, enquanto a pessoa vulnerável está exposta a um risco; o vulnerável é suscetível de ser atingido, a vítima já o foi". BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. "Vulnerabilidade e cuidado: Aspectos Jurídicos." In. PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 113.

5) QUANDO A PROTEÇÃO AO ORIGINADOR É INFLUENTE À TUTELA CONSUMERISTA

A doutrina do direito comercial nacional, sem nenhum favor, pode ser dividida no período ATC e DTC (antes e depois de Tullio Ascarelli), professor oriundo da península italiana, que durante o período de guerra e perseguição à religião judaica na Europa esteve adiante da cátedra pertencente da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Ascarelli cristalizou o conceito da tutela da propriedade industrial, mediante critério distinto da responsabilidade civil tipicamente pautada no *dano* já ocorrido. Assim o enfoque *inibitório* desenvolvido pela doutrina erige a distinção entre a ocorrência (ou não) da *probabilidade danosa*³¹.

Não foi à toa, portanto, que a LPI, no art. 209, teceu que atos *tendentes a prejudicar* ou a *criar confusão entre estabelecimentos comerciais, per se*, justificam a pretensão judicial. Aqui o legislador fez referência ao conceito adequado de *azienda*, que é o perfil objetivo *conglobante* (universalidade) da empresa. Ou seja, como o *trade dress é um dos elementos do ambiente imaterial*³² da *azienda*³³, está salvaguardado pelo direito positivo posto, nos mesmos moldes da *probabilidade danosa* (“tendentes”).

Seguindo a doutrina e a legislação, também a jurisprudência³⁴ de todo o país elenca como critério³⁵ a probabilidade³⁶ de confusão ou associação sob o jugo do destinatário/consumidor³⁷. Tal circunstância permite

31 Leciona ASCARELLI: “*requer-se, assim, uma probabilidade de dano, de modo que não se faz possível tal repressão quando ausente tal probabilidade, entretanto não há exigência de efetiva ocorrência de um dano*”. Tradução livre. ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**. 3 ed. Milão: A. Giuffrè Editora, 1960, p. 180.

32 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 31ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 336.

33 BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial** – fundo do comércio ou fazenda mercantil. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25.

34 [...] “obstando que terceiros, que não tenham o consentimento do titular para usar no comércio, utilizem sinais idênticos ou similares àqueles cuja marca de comércio esteja registrada, quando tal uso possa resultar probabilidade de confusão do consumidor”. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 17ª Câmara Cível, Des. Luciano Pinto, AC 1.0024.06.056388-9/001(1), DJ 19.08.2006.

35 “Nesse contexto, a par de não estar caracterizada contrafação (que, repita-se, não se discute), não se evidencia probabilidade de que se venha a induzir o consumidor a erro quanto à origem dos produtos”. (STJ. 3ª Turma, Min. Sidnei Beneti, RESP 863975/RJ, DJ 03.11.2009).

36 Há “dano irreparável ou de difícil reparação à Agravada, ante a probabilidade de perda de sua clientela para o salão homônimo” Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 2ª Câmara Cível, Des. Samuel Meira, AI 48069001302, DJ 15.12.2006.

37 “O consumidor, ao visualizar o produto criado pela apelante em um *outdoor*, terá grande probabilidade de associá-lo à esponja de aço “BOMBRIIL”; se o homem médio não apreciar minuciosamente o produto exibido como propaganda pela apelante 2, poderá não fazer distinção entre os produtos anteriormente citados, ou seja, poderá ter por certo que o produto anunciado “BOM BRILHO” trata-se do produto “BOMBRIIL”. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 16ª Câmara Cível, Des. Antônio Martelozzo, AC 0257501-9, Julgamento em 02.03.2005.

também as medidas preventivas, não sendo necessário aguardar que se caracterize a confusão, desde que seja provável.³⁸

Portanto, há que se asseverar a simbiose entre os sistemas da LPI e do CDC neste ponto, posto que ainda que tenham, em seus nascedouros, enfoques distintos³⁹, visam assegurar o mesmo fim: a transparência e a solidificação da possibilidade de livre escolha. Logo, pode-se concluir que o mote de ambas as leis, nesta senda, seja fulminar o inculcamento.

6) CONSIDERAÇÕES FINAIS – A BOA-FÉ COMO “PRINCÍPIO ATIVO”

Seja pela *informalidade* (ainda que ao arrepio da legislação sobre receitas médicas), seja pelo fato de que uma grande parcela dos medicamentos dispensa a prescrição clínica, o destinatário dos produtos é o consumidor comum (sem qualificação no ramo da medicina/farmacêutica) e muitas vezes idoso⁴⁰.

Entretanto, não se pode ignorar a prática mercantil farmacêutica de adotar signos evocativos ou até descritivos como marca, ao exemplo das variações no sufixo ou prefixo com os princípios ativos, ou com a finalidade terapêutica. Quando tal ocorrer, como o agente sênior não tomou o cuidado de ser intrinsecamente distintivo, não pode demandar o mesmo de terceiros, sem incidir no *venire contra factum proprium*.

Tal não significa dizer que o empenho de marca *fraca* é suficiente para habilitar dois (ou mais) produtos de fabricantes diversos, com os invólucros similares – vez que o *trade dress é instituto jurídico distinto*⁴¹. Se

38 “verifico a similitude entre as embalagens dos vasoconstritores para uso tópico intranasal “Sorine” e “Soriflux”, mormente considerando que ambas possuem fundo azul-claro, remetendo às características de um céu azulado, com as marcas escritas com fontes semelhantes e na mesma cor, localizadas, ainda, na parte superior da embalagem, sobretudo a presença de um desenho fazendo alusão a um arco-íris posicionado transversalmente nas caixas” Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.045300-6: Des. Luiz Fernando Boller. 2ª Câmara de Direito Comercial. j. 16.12.2014.

39 De um lado a tutela do hipersuficiente concorrente, no aspecto micro-econômico; e, de outro, a proteção ao vulnerável consumidor, no aspecto macro-econômico.

40 “Apesar de a norma em análise se referir ao ‘público’ tem-se entendido que o referente é o público dos consumidores [específicos] relativamente aos produtos ou serviços que a marca assinala”. CARVALHO, Maria Miguel. **A Marca Enganosa**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 436.

41 “De outro lado, a confusão perante o consumidor é evitada por uma série de outros elementos, quais sejam, as partículas figurativas, a marca do laboratório, os elementos da embalagem e da apresentação visual, etc” BARBOSA, Denis Borges. “Qual é o mínimo de distância entre marcas de medicamentos de diferentes origens?” Rio de Janeiro: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/qual_minimo_distancia_marcas_medicamentos.pdf, de novembro de 2013, acessado em 28.05.2016, às 10:40.

em um mundo utópico o ideal seriam marcas (de produtos e produtores) e *trade dresses* completa e efetivamente diversos entre si, desde que um desses direitos seja suficientemente distinto, o interesse do concorrente e do consumidor será resguardado.

Destarte, a boa-fé no contexto dos signos distintivos para empenho de medicamentos parte da premissa da credibilidade com a qual o consumidor possa ser auxiliado em sua escolha, e, também, da previsibilidade aos agentes deste mercado⁴². Logo, há uma probidade específica em tal setor que nem toma como premissas a *idiotia* do interlocutor final (mas, sim, a sua fragilidade⁴³), nem tampouco a *santidade* dos concorrentes (quando o que incide, corriqueiramente, é o seu oportunismo⁴⁴).

De outra monta, ainda que o medicamento dependa de prescrição médica, não se pode tolerar a tentativa de agentes econômicos de embaralhar o potencial de escolha daqueles protegidos pela Lei 8.078/90. Em tal contexto, “a possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças”⁴⁵.

Na saúde, a boa-fé objetiva atua como *princípio ativo*, estabelecendo deveres de lealdade, transparência, vale realçar, resgatando a necessária homeostase do mercado, superando o quadro de falta de informação. Ademais, como bem aponta o Tribunal da Cidadania: “Denis Borges Barbosa, em lição adequada, que guarda estrita sintonia com a lei de regência e jurisprudência do STJ, afirma que a marca deve diferenciar-se daquelas que disputam o mesmo mercado, não podendo, nesses casos, ser concedido registro à que tenha potencial de causar confusão ou associação com outra pré-registrada”⁴⁶. ❖

42 “O que há de peculiar ao Direito Empresarial é a maior imantação pela prática que condiciona o sentido da boa-fé, apresentando-a em conformidade com o *standard* da probidade específica (...) nesse campo adquire o princípio da boa-fé tons e cores modulados por uma paleta de significações advindas do viés confiança em seus matizes: a confiança como confiabilidade ou credibilidade (...); e a confiança como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor” MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 289.

43 “A sociedade de consumo reifica o indivíduo de acordo com o modelo padronizado pelo mercado. Tal reificação ocorre pela falta de autodeterminação do consumidor frente à soberania do mercado, o que redundará na debilidade do sujeito contemporâneo” WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 61.

44 “By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both ex ante and ex post types are included”. WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 47.

45 CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. 2. Ed. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 68-69.

46 STJ. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1320842/PR, J. 01.07.2013.

7) REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. "“Liberdade” e “Dignidade da Pessoa”: Dois Paradigmas Opostos. In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**. 3ª Edição, Milão: A. Giuffrè Editora, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência Desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. "Aulas sobre Semiologia e Propriedade Intelectual lecionadas no Mestrado do INPI", Rio de Janeiro, 2011.

_____. "Qual é o mínimo de distância entre marcas de medicamentos de diferentes origens?" Rio de Janeiro: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/qual_minimo_distancia_marcas_medicamentos.pdf, de novembro de 2013, acessado em 28.05.2016, às 10:40.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. "Vulnerabilidade e cuidado": Aspectos Jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial** – fundo do comércio ou fazenda mercantil. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

BARTHES, Roland. **Elementos de Semiologia**. Tradução de Izidoro Blikstein. 15. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 15ª Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

CARVALHO, Maria Miguel. **A Marca Enganosa**. Coimbra: Almedina, 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. 2. Ed. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982.

_____. **Tratado da Propriedade Industrial**. Volume I - Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. **Tratado Sobre Derecho de Marcas**. 2. Ed. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil. V. VI. São Paulo: Saraiva, 1962.

MADRUGA, Célia Maria Dias. **Manual de orientações básicas para prescrição médica**. 2. ed. rev. ampl. Brasília: CRM-PB/CFM, 2011.

MATHÉLY, Paul. **Le Dorit Français des Signes Distinctifs**. Paris: *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats*, 1984.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PHILLIPS, Jeremy. **Trade Mark Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 31a, Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SHAKESPEARE, William. **The Tragedy of Othello**, 1603.

SOUZA, Daniel Adensohn. **Proteção do Nome de Empresa no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior), Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local: editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (*op. cit.*) – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.