

red GV

REVISTA DE ECONOMÍA Y FINANZAS

El presente es un extracto de la "Revista" y es necesario acceder al "GV" para el contenido completo de los artículos.

Para más información sobre la revista, acceda al www.gv.es o al [correo electrónico](mailto:revista@gv.es).

El presente es un extracto de la "Revista" y es necesario acceder al "GV" para el contenido completo de los artículos.

www.gv.es

Redes y sistemas de información

El presente es un extracto de la "Revista" y es necesario acceder al "GV" para el contenido completo de los artículos.

EDITOR'S LETTER

In this 3rd edition is noticeable that Revista Discente DIREITO GV – redGV has been gaining good recognition among students from the best Law Schools in Brazil. To our proudness, besides the fact that we are an independently student-organized legal-academic publication of the Sao Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV, the quantity and quality of the papers submitted have been growing along the time.

We have been witnessing the achievement of our main goal with a growing success: to encourage good quality academic production by young students and practitioners of law, value-bringing innovation, interdisciplinarity, consistency in content and contemporaneity, seen primordially from the perspective of the students' young minds.

The number of papers submitted to the 3rd edition doubled in comparison with the 2nd edition, for which the submitted texts had already doubled since the 1st edition. Moreover, the interest in redGV of undergraduate, masters and doctoral students from excellent nationally and worldwide recognized institutions was reinforced. There was also a strong increase of interest and acceptance related to potential academic collaborators from Law Schools in Brazil located in other states than Sao Paulo.

Along with exposition, our responsibility as a legal-academic production vehicle grows, and so does our concern with the maintenance of the alliance with the strong group of Professionals Reviewer, onto whom we counted since the very 1st edition. For the next edition, we will increase the number of these Professionals Reviewers who are essential to an knowledgeable and qualified evaluation of the papers and, from now on, we will also have Professional Reviewers specialized in Criminal Law and Sociology of Law, so we can expand even more the paper's fields of study.

We hope on continuing on the right path for achieving our mission, creating a strong market stamp of legal-academic production, especially from eager students. To do so, we look forward, at any time, for new paper's submission from interested authors.

• • •

Enjoy your reading!

Mariana C. Serra

Chief-Editor

O CONFLITO NA CONCEITUAÇÃO DE "INSUMO" E AS RECENTES DECISÕES DO "CARF" SOBRE OS CRÉDITOS DAS CONTRIBUIÇÕES DO "PIS" E DA "COFINS"

Antônio Moreno

Advogado tributarista no escritório Soriano & Woiler Advogados, graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP em 2008 e Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT em 2012

Raquel Borba de Mendonça

Estagiária no escritório Soriano & Woiler Advogados cursando o 6º semestre da Faculdade de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

artigo 01

pp. 012 - 024

São Paulo

THE CONFLICT IN THE CONCEPT OF "INPUT" AND RECENT DECISIONS ON "CARF" ABOUT CREDITS ON "PIS" AND "COFINS" SOCIAL CONTRIBUTIONS

RESUMO

A definição do conceito de "insumo", desde a adoção do sistema não cumulativo pela legislação das contribuições sociais do PIS e da COFINS, é indicado como um dos temas mais conflituosos no âmbito tributário, apresentando dificuldades cotidianas para as empresas. As diversas definições erigidas durante os últimos anos serviram para aumentar a discussão sobre a temática. Enquanto a Receita Federal do Brasil limita o direito ao crédito por considerar uma definição estrita, a doutrina analisa a conceituação de "insumo" de forma mais flexível. Neste aspecto, o posicionamento do CARF representa importante parâmetro, uma vez que este é um órgão paritário responsável por dirimir a controvérsia ainda em sede administrativa. Assim, em pesquisa sobre as decisões, buscou-se delimitar qual a tendência dos julgados mais recentes do CARF sobre os créditos do PIS e da COFINS.

PALAVRAS-CHAVE: PIS. COFINS. Conceito. Insumo. Crédito. CARF.

ABSTRACT

Defining the concept of "input", since the adoption of the noncumulative method of "PIS/COFINS" legislation, is highlighted by taxpayers as one of the most contested issues daily faced on fiscal affairs. The several definitions that came up in recent years increased the discussions on the subject. While Brazilian Federal Revenue Office limit tax credits as consequence of a narrow definition, in contrast, the specialized doctrine give it a wider definition. In this regard, decisions of CARF represent a relevant parameter, since this is an important Council responsible for resolving the dispute administratively. Thus, researching its decisions, the intention was to define the recent trend of "CARF" on "PIS" and "COFINS" tax credits.

KEYWORDS: PIS. COFINS. Concept. Input. Tax Credit. CARE

I – INTRODUÇÃO

A CONCEITUAÇÃO NO DIREITO

O direito possui como objetivo primordial normar condutas¹ e, mais especialmente nos países onde se pratica o *civil law*, o procedimento utilizado para alcançar tal fim é a positivação de normas por meio de leis escritas². Assim, os conceitos utilizados nas normas se revestem de especial importância na medida em que determinam o alcance das regras jurídicas.

Não é surpresa, portanto, que grande parcela das controvérsias jurídicas gravite em torno da delimitação de conceitos que, por razões diversas, podem gerar entendimentos contraditórios sobre o conteúdo de um determinado objeto.

O direito tributário, até por seu caráter de tipicidade estrita, é um ramo no qual a delimitação dos conceitos gera conflitos com

considerável frequência, sendo um destes conflitos de conceituação a temática do presente artigo.

APRESENTAÇÃO DO CONFLITO

As leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estabeleceram a possibilidade de o contribuinte descontar créditos na apuração das contribuições para o PIS/Pasep – Programa de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público e COFINS – Contribuição Financeira para a Seguridade Social (a partir daqui tratados conjuntamente como “PIS/COFINS”)³.

Entre os casos que possibilitam a utilização de créditos, as citadas leis elencaram os pagamentos de “bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes”⁴.

Em decorrência desta previsão, a conceituação de “insumo” tornou-se o cerne de discussão de extrema importância, vez que capaz de determinar os valores passíveis de serem creditados.

Se, por um lado, grande parte da doutrina se posicionou por uma conceituação mais flexível, por outro, a Receita Federal do Brasil sinalizou, por meio das Instruções Normativas 247/02 e 404/04, um entendimento extremamente restritivo quanto ao conteúdo do termo, limitando, desta forma, as possibilidades do contribuinte obter créditos na tributação pelo PIS/COFINS.

No cotidiano das empresas que contribuem pelo regime da não cumulatividade é rotineiro o questionamento quanto à permissão legal para o aproveitamento de créditos em relação aos custos e despesas que incidam em suas atividades. Notadamente, o contexto insere os contribuintes em uma situação de insegurança jurídica constante, devido aos riscos inerentes à tomada de decisões contrárias ao entendimento da Receita Federal do Brasil.

Essa divergência de entendimentos entre fisco e contribuintes deu ensejo a uma série de autuações por suposto excesso de creditamento, que atualmente se caracteriza como um dos temas mais controversos no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal.

DELIMITAÇÃO DO OBJETO

O objeto do estudo para este artigo é a análise do inciso II, do artigo 3º da lei nº 10.637/02 e o seu correspondente na lei nº 10.833/03, dispositivos com redação idêntica, e que positivaram o termo “insumo” como sendo uma das permissões legais de crédito para o cálculo do valor devido a título de PIS/COFINS.

Para tal análise, foram reunidos alguns dos entendimentos mais comumente aceitos quanto à conceituação de “insumo”, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência atual.

É notável a existência de uma graduação para cada entendimento, de acordo com a extensão dada ao termo “insumo”, sendo que aqueles que são mais restritivos, obviamente, tendem a limitar o crédito, ao passo que os mais amplos proporcionam maior possibilidade de creditamento aos contribuintes.

Ressalte-se, porém, que abalizadas críticas foram formuladas para todos os entendimentos, as quais também foram reunidas neste breve estudo.

Ademais, tornou-se apropriado agregar ao artigo as recentes decisões administrativas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. A intenção da pesquisa é encontrar alguma tendência no Conselho que demonstre a adoção de um dos entendimentos aqui mencionados.

Ao final, é trazida a conclusão quanto aos diversos pontos aqui tratados com o intuito de alguma forma contribuir com esta temática que ainda caminha para uma definição.

II – OS ENTENDIMENTOS APRESENTADOS SOBRE O CONCEITO DE “INSUMO”

A adoção de termo ambíguo pelo legislador proporcionou que decorressem várias acepções para “insumo”. As leis 10.637/02 e 10.833/03 não trazem elementos que permitam unificar o discurso e determinar com certa segurança qual o melhor conteúdo para o termo.

De qualquer forma, podem ser identificadas três correntes que, de algum modo, são encontradas de maneira reiterada frente a outros entendimentos vistos pontualmente. Assim sendo, nos concentramos nestas três correntes que representam a ampla maioria dos julgados. Basicamente, como será notado a seguir, existe um posicionamento mais restritivo, um intermediário e um mais amplo.

O ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Assim como todos os órgãos da Administração, a atuação da Receita Federal do Brasil está circunscrita aos limites impostos pelo princípio da legalidade. Com certa frequência, quando diante de situações que permitem diferentes entendimentos, o órgão se posiciona a favor das soluções legais que causam maior onerosidade ao contribuinte.

Neste sentido, buscando uma definição legal, coincidentemente ou não, a Receita Federal do Brasil – RFB adotou entendimento novamente favorável a uma maior arrecadação, caracterizado na presente temática pela diminuição dos créditos aos contribuintes.

Para tanto, valeu-se de atos administrativos formalizados pelas Instruções Normativas n. 247/02 e 404/04, pelas quais intentou regulamentar o conteúdo jurídico do termo em discussão.

É fato que, em diversas outras situações da vida tributária, a regulamentação promovida pela Instrução Normativa foi além daquela aceitável para um ato administrativo e, como se lei fosse, o ato emanado pela RFB alterou ou mesmo formatou entendimento que

não estava de acordo com os termos da norma que disciplina⁵. Esta é uma das críticas frequentemente formuladas ao conceito adotado pela RFB, a qual prescreveu nas citadas Instruções Normativas que se entende insumo utilizado na produção de bens como:

- a) **as matérias primas, os produtos intermediários, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações**, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado;
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na produção ou fabricação do produto;⁶ (grifo nosso)

Esta conceituação foi retirada de empréstimo do contexto legislativo referente a outro tributo, qual seja o Imposto sobre Produto Industrializado – IPI. Também neste imposto o termo “insumo” é utilizado, tendo sido previsto em sua norma o conceito exposto acima, o qual foi reivindicado pela RFB para ser adotado também quanto às contribuições do PIS/COFINS.

As críticas surgiram quanto ao uso de elementos referentes a outro imposto com aspectos tributários completamente diversos para definir o conceito na norma do PIS/COFINS. De fato, é relevante notar que o IPI busca tributar situação econômica diferente das contribuições do PIS/COFINS. Enquanto para fins de IPI o fato econômico que justifica a tributação é a agregação de valor por meio da industrialização, no PIS/COFINS é o auferimento de receitas que legitima as contribuições.

Este fator é mais importante do que pode parecer em um primeiro momento, na medida em que, para definir os elementos que são partes de um contexto, é crucial a análise do todo ao qual ele pertence.

Insumo, no contexto do IPI, representa claramente uma parte física adicionada ao bem no processo industrial. Daí é de se entender como a definição acima serve muito bem à realidade material deste imposto⁷.

No entanto, foi utilizado o mesmo termo – “insumo” – para determinar pagamentos que geram créditos de PIS/COFINS, inclusive para a prestação de serviços, o que leva as Autoridades Fiscais a um entendimento restritivo. Não obstante o aspecto genérico dos dispositivos das Instruções Normativas⁸ que preveem os créditos em atividades de serviços, a RFB⁹ avalia “insumos” aplicados na prestação de serviços dentro de um contexto de produção, o qual permite gerar créditos apenas para parcela insignificante dos custos incorridos na venda de seu “produto”¹⁰.

Mesmo para contribuintes com produção de bens, tomando-se em conta a ideia original da não cumulatividade, existem vários outros

custos ou despesas que são contrapartidas econômicas necessárias para auferir a receita, mas que na conceituação adotada pela Autoridade Fiscal estariam impossibilitadas de gerar créditos. Note que estes custos e despesas de uma parte da operação econômica (adquirente) são receitas de outra (fornecedor), as quais, em regra, são tributadas pelo PIS/COFINS, o que justifica seu creditamento de quem incorreu no custo para evitar a cumulatividade da tributação.

Embora todas estas críticas tenham sido formuladas, as autoridades fiscais da RFB permanecem sem alterar seu entendimento, como tem sido visto em diversas autuações. O mesmo também pode ser notado pelas respostas às soluções de consulta formuladas ao órgão, as quais mantêm a mesma linha de entendimento¹¹.

Portanto, fica aqui delimitado como as autoridades fiscais encaram a temática, sendo tal posicionamento confrontado por outras correntes jurídicas importantes, como se mostrará a seguir.

POSICIONAMENTOS ENCONTRADOS NA DOCTRINA

Na doutrina, ficou perceptível que, em geral, o conceito é tratado de uma forma mais flexível.

Inicialmente, uma parcela significativa dos juristas liderada por Ricardo Mariz de Oliveira aproxima “insumo” dos custos e despesas dedutíveis para fins de imposto de renda de pessoa jurídica – IRPJ, possibilitando uma vasta tomada de créditos:

(...) constituem-se insumos para a produção de bens ou serviços **não apenas** as matérias primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem e outros bens quando sofram alteração, **mas todos os custos diretos e indiretos de produção, e até mesmo despesas que não sejam registradas contabilmente a débito do custo, mas que contribuam para a produção**¹² (grifos nossos)

Eurico Marcos Diniz de Santi expõe em artigo trecho de um parecer de Marco Aurélio Grecco sobre o tema, também considerando definição mais aberta do que a aceita pela RFB. Nas palavras do parecerista:

Isto quer dizer que **todo e qualquer fator de produção** (visto na perspectiva econômica ou na funcional) que componha o processo que resulta na prestação de serviços ou na fabricação ou produção de bens e produtos está abrangido pela previsão do citado inciso II. Portanto, a conclusão que se extrai é a de que a **palavra ‘insumo’ utilizada no inciso II do artigo 3º tem significado mais amplo do que aquele – de caráter limitado – que apresenta no âmbito do IPI**, pois, no

regime de PIS/COFINS não-cumulativos abrange, inclusive, o fator trabalho ligado à obtenção da “receita” com a prestação do serviço ou a venda do produto¹³ (grifos nossos)

Um termo unificador comumente encontrado na doutrina é a ideia de necessidade para a atividade da empresa. Neste sentido, o gasto imprescindível para o auferimento da receita seria apto a gerar crédito:

Dessa forma, todos **os gastos necessários à obtenção do faturamento**, base de cálculo dessas contribuições, sejam de vendas, logísticos, marketing e publicidade, administrativos e similares, **sem os quais não haveria faturamento**, não têm nem podem ter seu uso afastado, expressamente ou não¹⁴ (grifos nossos)

Este contexto de imprescindibilidade é elemento de certa forma conexo ao regulamento do Imposto de Renda e seus dispositivos que tratam de custos e despesas dedutíveis.

Ainda, parte da doutrina existente não vincula “insumo” a nenhum outro tributo, buscando, desta forma, uma conceituação de caráter econômico, no qual a atividade desenvolvida pela empresa determinará o conteúdo jurídico do termo em apreço. Neste entendimento intermediário, “o conceito léxico de insumo pode ser definido como um conjunto de fatores necessários para que a empresa **desenvolva sua atividade**”¹⁵ (grifo nosso).

O que se conclui da pesquisa realizada é que a regra entre os doutrinadores, ainda que entre eles existam conceituações um pouco diferentes, é a de uma definição mais ampla de “insumo” para fins de créditos do PIS/COFINS.

AS SITUAÇÕES ENFRENTADAS PELOS CONTRIBUINTES

Ante aos riscos enfrentados para tomar créditos, os contribuintes ficam à mercê da malfadada insegurança jurídica que frequentemente assola o direito tributário. Podemos exemplificar esta insegurança com a solução de consulta nº 67/2010 junto à Superintendência Regional da Receita Federal, que declarou não serem passíveis de créditos as comissões de vendas pagas a representantes comerciais.

Muitas atividades econômicas dependem deste profissional para realizar o faturamento, não restando dúvidas que, por exemplo, para vendas de plano de saúde, é imprescindível tal despesa para colocar o produto no mercado.

Outra situação tipicamente discutível é o pagamento de mão-de-obra em empresas de serviços que, para a RFB, não possibilita tomar créditos. Frequentemente, trata-se do maior custo para uma empresa deste ramo, sendo bastante factível considerar como “insumo” tais gastos absolutamente necessários para a prestadora de serviços.

Cita-se ainda a vedação de créditos com gastos decorrentes de eventos promocionais necessários para as empresas divulgarem seus produtos, os quais, dependendo do ramo de operação, são imprescindíveis para angariar clientes e, portanto, obter receitas¹⁶.

Estes casos, embora específicos, exemplificam as incertezas e os riscos que enfrentam os contribuintes para o recolhimento do imposto devido a título de PIS/COFINS.

III – PESQUISA DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS

O CONJUNTO DE DECISÕES DO CARF

Relativamente à análise da situação jurisprudencial, foi realizada busca pelas mais recentes decisões do CARF, tentando delinear seu posicionamento atual quanto ao conceito de “insumo” na normativa do PIS/COFINS.

Como será visto, foram encontrados elementos que caracterizam a formação de um entendimento único, mas ainda restou perceptível a ausência de uma gama maior de decisões que possa significar uma consolidação do entendimento por parte daquele órgão.

O CARF é sem dúvida um importante aparato de defesa do contribuinte, representando a oportunidade inicial, ainda no âmbito administrativo, de corrigir possível ilegalidade na exação que motivou a autuação fiscal.

Neste sentido, o professor Eurico Marcos Diniz de Santi resumiu com clareza e consistência a missão do Conselho, devendo tal lição estar sempre presente na mente de seus membros:

A missão do CARF no julgamento dos casos concretos não é servir de instância de autolegitimação dos interesses do Estado de plantão, mas servir de **órgão de calibração do sistema**, encontrando soluções jurídicas adequadas para casos concretos, outorgando racionalidade, coerência e corrigindo os excessos formalistas na aplicação da legislação tributária.¹⁷ (grifo nosso)

Ante esta missão, é de grande relevância utilizar suas decisões sobre a matéria como parâmetro da presente pesquisa.

MÉTODO DE PESQUISA

Foram utilizados meios de pesquisa oficiais e autorizados para a detecção de decisões relativas ao tema, tendo sido considerado como parâmetro de pesquisa os termos “insumo”, “PIS” e “COFINS”.

No item de seleção “grupo de órgãos” foi selecionada a opção “Conselho de Contribuintes/MF e seções do CARF”, enquanto o item referente ao período foi parametrizado para trazer como resultado as decisões dos últimos sessenta meses anteriores à pesquisa, a qual foi realizada no dia 20 de novembro de 2012.

RESULTADOS DA PESQUISA

Com os parâmetros considerados, a pesquisa resultou em sessenta e oito decisões, as quais foram analisadas uma a uma para confirmar a adequação à temática do artigo, sendo certo que muitas das decisões encontradas não cumpriam com este requisito básico.

Analisada esta gama inicial, trinta e nove decisões foram excluídas, seja por tratarem de tributação diversa (e. g. tributação pelo IPI) ou, mesmo estando dentro da temática, por não analisarem o conceito de “insumo”. Sendo assim, restaram apenas dezenove decisões que, de fato, discutiam o conceito para fins de creditamento no contexto do “PIS/COFINS”.

Apesar do universo reduzido de decisões, é possível notar alguns elementos importantes definidores do posicionamento do CARF. Inicialmente, o fator de maior surpresa é que nenhuma das decisões consultadas faz remissão direta ao conceito de “insumo” da norma do IPI ou mesmo ao texto idêntico encontrado nas Instruções Normativas 247/02 e 404/04. Ao que parece, nos últimos anos, esta corrente extremamente restritiva perdeu espaço para as demais.

No entanto, é importante notar que, mesmo desconsiderando a definição da norma do IPI, com alguma frequência encontramos decisões que remetem ao custo de produção de uma maneira não muito aberta. É o que se depreende de uma sequência de cinco decisões de fevereiro de 2010 do CARF com conteúdo idêntico, que trazem o seguinte excerto:

O conceito de “insumo” (...) **não pode ser interpretado como todo e qualquer bem ou serviço que gera despesa necessária à atividade da empresa**, mas tão somente aqueles adquiridos de pessoa jurídica, intrínsecos à atividade, que efetivamente sejam aplicados ou consumidos na produção de bens destinados à venda ou na prestação do serviço.¹⁸

Outras três decisões de março de 2010 situam-se em posição intermediária, indicando uma ligeira ampliação do conceito na etapa de produção, cuidando, contudo, de limitar o aproveitamento de créditos nas etapas posteriores, como a de comercialização.

A expressão ‘bens e serviços utilizados como insumo’, empregada pelo legislador **designa cada um dos elementos necessários ao processo de produção de bens ou serviços, o que obviamente exclui a possibilidade de crédito relativamente aos custos incorridos nas etapas posteriores à produção**, como é o caso dos serviços utilizados na comercialização e cobrança dos bens e serviços produzidos, cujo crédito é desautorizado.¹⁹ (grifos nossos)

A discussão sobre a conceituação não foi tão aprofundada em uma sequência de sete acórdãos²⁰ do Conselho dos Contribuintes

– antiga denominação do CARF²¹ – e dois do CARF, mas nesses permitiu-se que custos e despesas necessários gerassem direito a crédito, representando um novo patamar de alargamento do conceito. As referidas decisões foram proferidas nos anos de 2009, 2010 e 2011 e, como exemplo dos créditos permitidos, cita-se:

“A **indumentária de uso obrigatório** na indústria de processamento de carnes **é insumo indispensável** ao processo produtivo e, como tal, gera direito a crédito do PIS/Cofins.”
“O **material utilizado no tratamento das águas usadas na lavagem e congelamento de aves é insumo** da indústria avícola e, como tal, gera direito a crédito do PIS/Cofins.”
“O **dispêndio realizado com o aluguel de equipamento utilizado em qualquer atividade da empresa dá direito ao crédito** do PIS/Cofins.” (grifos nossos)

Perceba-se, neste último, a autorização de créditos relacionados a “dispêndio”, o que representa significativa ampliação do conceito para fins de crédito na apuração daquelas contribuições.

Corroborar este pensamento outra decisão do CARF de agosto de 2010, segundo a qual:

Os **pagamentos** referentes à aquisição de **serviços de terraplanagem**, topografia e outros, bem assim, a **locação de máquinas, equipamentos e veículos conferem direito a créditos do PIS**, porque esses serviços são aplicados ou consumidos diretamente na produção de bens destinados à venda.²² (grifos nossos)

Por fim, uma única decisão do conjunto estudado tratou abertamente o conceito mais amplo previsto pela doutrina, qual seja aquele que considera os mesmos termos de dedutibilidade de custos e despesas da norma do imposto de renda de pessoa jurídica. Trata-se de julgado paradigmático, muito bem fundamentado, de dezembro de 2010, que assim decidiu:

O **conceito de insumo** dentro da sistemática de apuração de créditos pela não cumulatividade de PIS e COFINS deve ser entendido como **todo e qualquer custo ou despesa necessário a atividade da empresa, nos termos da legislação do IRPJ**, não devendo ser utilizado o conceito trazido pela legislação do IPI, uma vez que a materialidade de tal tributo é distinta da materialidade das contribuições em apreço.²³ (grifos nossos)

As decisões do CARF, em regra, adotam uma linha intermediária, na qual o conceito de insumo está ligado ao aspecto de imprescindibilidade. Apesar da dificuldade de analisar o crédito sem averiguar o caso concreto,

em linhas gerais, podemos estabelecer algumas premissas úteis decorrentes do conjunto de julgados estudado:

I. O conceito trazido da norma do IPI pelas Instruções Normativas 247/02 e 404/04 não faz parte da análise do CARF. Embora nenhuma remissão direta sobre sua validade tenha sido encontrada, o fato é que tal definição tem sido ignorada nos julgados mais recentes;

II. Quanto mais essencial o gasto e mais conexo com a produção dos bens e serviços, maior a chance de decisão favorável ao contribuinte no CARF;

III. Gastos decorrentes de obrigação legal, ainda que com indumentárias, itens que não são parte integrante do bem produzido, tendem a ser aceitos como passíveis de créditos, assim como bens de uso e consumo na produção; e

IV. As parcelas que geram créditos guardam alguma relação com os custos e despesas dedutíveis para fins de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ). Entretanto, para gerar o crédito de “PIS/COFINS”, é recomendável que exista uma essencialidade mais estrita na relação entre o gasto em apreço e a atividade econômica da empresa.

IV – CONCLUSÃO

Constantemente, a norma relativa ao PIS/COFINS é apresentada como o próximo ponto a ser tratado na reforma tributária em pequenas doses que tem sido realizada pelo Governo Federal²⁴. É sabido que diversos grupos de interesse agem atualmente por uma tributação mais sintética e uma política tributária de créditos mais consistente do ponto de vista da segurança jurídica.

Ainda assim, até que alguma evolução legislativa se torne real, não se pode negar que o cenário atual é a de constante incerteza a respeito de qual o correto valor devido a título das contribuições do PIS/COFINS.

No que tange ao direito aos créditos destas contribuições, embora haja divergências entre o posicionamento da doutrina e o da Receita Federal, é de se notar que o CARF vem aos poucos sistematizando seu entendimento em posição intermediária, a qual gravita entre uma maior ou menor flexibilidade na definição de “insumo”, mas que, como regra, concentra as possibilidades de crédito em custos e despesas essenciais à atividade econômica exercida pelo contribuinte sujeito ao regime da não cumulatividade.

As situações reais de dúvida quanto ao creditamento são as mais diversas, sendo que a melhor decisão quanto ao uso de crédito de PIS/COFINS ainda decorre de pesquisa de situações análogas em julgados administrativos e judiciais. Contudo, intentou-se aqui estabelecer premissas formadas a partir de julgados do CARF que devem servir de contribuição para esta temática ainda em processo de definição.

NOTAS

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 160.

2 Em atendimento ao princípio da legalidade no direito tributário que é importante limitador da atuação arrecadatória do Estado.

3 “As contribuições incidentes sobre o faturamento ou receita bruta – PIS e COFINS – eram sempre cumulativas. Com o advento das Medidas Provisórias n. 66/2002 e 135/2003, convertidas nas leis n. 10.637/2002 (PIS) e 10.833/2003 (COFINS), as contribuições – que anteriormente incidiam às alíquotas de 0,65% e 3%, respectivamente, sobre o faturamento, entendido como a totalidade das receitas auferidas (receita bruta) – passaram a ser devidas de forma não cumulativa pelas empresas que atendam aos requisitos estabelecidos pelo legislador, como, por exemplo, estarem sujeitas ao lucro real”. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Série Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 954.

4 Artigo 3º, inciso II, de ambas as leis, 10.637/02 e 10.833/03.

5 Como exemplo latente citamos a Instrução Normativa nº 243/02 que é frequentemente questionada por ter alterado a fórmula de cálculo do método Preço de Revenda menos Lucro, previsto na lei 9.430/96 para a análise de dedutibilidade das importações a título de Preços de Transferência.

6 Artigo 66, §5º, I. Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal (SRF) nº 247/2002.

7 “O uso, pelo legislador ordinário, da expressão “insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos” tem levado a certa confusão das autoridades que se valem dos mesmos critérios adotados para o IPI na aceitação de créditos, o que não é verdadeiro, pela natureza diversa das contribuições.” SANTI, Eurico Marcos Diniz de; AMARAL, Gustavo da Silva; CANADO, Vanessa Rahal (coord.) – série GVLAW *Direito tributário, tributação do setor comercial*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

8 Instrução Normativa SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002: Artigo 66, § 5º Para os efeitos da alínea “b” do inciso I do caput, entende-se como insumos:

II – utilizados na prestação de serviços:

- a) os bens aplicados ou consumidos na prestação de serviços, desde que não estejam incluídos no ativo imobilizado; e
- b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

9 O Acórdão 3402-00.505 do CARF, julgado em 18/03/2010, confirmou atuação da RFB, alegando que “a expressão “bens e serviços utilizados como insumo” empregada pelo legislador, designa cada um dos elementos necessários ao processo de produção de bens ou serviços, o que obviamente exclui a possibilidade de crédito relativamente aos custos incorridos nas etapas posteriores à produção, como é o caso dos serviços utilizados na comercialização e cobrança dos bens e serviços produzidos, cujo crédito é desautorizado.”

10 “Conforme o inciso II, apenas os insumos empregados no processo fabril conferem ao contribuinte o direito ao crédito, excluindo assim os insumos suportados por comerciantes (por exemplo, sacolas plásticas utilizadas por consumidores para transportar as mercadorias adquiridas e bobinas de papel utilizadas nas máquinas registradoras) e prestadores de serviços (a exemplo dos valores de mão-de-obra pagos

a pessoa física, cuja vedação ao crédito é expresso no inciso I, §2º, do artigo 3º).”
GOUVEIA, Carlos Marcelo; HOFFMANN, Luiz Augusto A. De Almeida. *Atual panorama da constituição federal*, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 351.

11 Como exemplo, cita-se o Processo de Consulta nº 180/12, SRRF / 8ª RF – 27/06/2012.

12 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Aspectos relacionados à Não-cumulatividade da Cofins e da Contribuição ao PIS. PIS-Cofins. Questões polêmicas*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães e FISCHER, Octávio Campos (coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

13 GRECCO, Marco Aurélio *apud* SANTI; Eurico Marcos Diniz de. ob. cit. p. 955.

14 TORRES, Ricardo Lobo *apud* ob. cit. p. 262.

15 MARTINS, Natanael. O Conceito de Insumos na Sistemática Não-Cumulativa do PIS e da COFINS. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FISCHER, Octávio Campos (coord.). *PIS-COFINS: questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203.

16 Processo de Consulta nº 180/12, SRRF / 8a. RF – 27/06/2012

17 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior legalidade precária proposta por regulamentação provisória via MP reeditada 35 vezes (há mais de 10 anos), problema sistêmico que se confirma no placar de 5x5 no STF e nas decisões do STJ, expondo limites e conflitos entre direito e economia, e mobilizado pelo contencioso bilionário entre o Estado e as 10 maiores empresas brasileiras de capital aberto. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/5omh/tributacao-dos-lucros-de-controladas-e-coligadas-no-exterior-eurico-marcos-diniz-de-santi>>. Acesso em 25 de novembro de 2012.

18 Acórdãos 3301-00.423, 3301-00.424, 3301-00.426, 3301-00.427 e 3301-00.428, julgados em 03/02/2010 – CARF – 3ª Seção – 1ª Turma da 3ª Câmara.

19 Acórdãos 3402-00.259 (julgado em 17/09/2009), 3402-00.505 (julgado em 18/03/2010) e 3402-00.506 (julgado em 18/03/2010) – 2º Conselho de Contribuintes – 1ª Câmara.

20 Acórdãos 201-81.723 (julgado em 09/11/2011), 201-81.725 (julgado em 04/02/2009), 201-81.728 (julgado em 04/02/2009), 201-81.733 (julgado em 05/02/2009), 201-81.736 (julgado em 05/02/2009), 201-81.734 (julgado em 05/02/2009), 201-81.731 (julgado em 05/02/2009) – Conselho de Contribuintes – 3ª Seção – 2ª Turma da 4ª Câmara.

21 Acórdãos 2102-00.107 e 2102-00.108 (ambos julgados em 08/05/2009) – CARF – 2ª Seção – 2ª Turma da 1ª Câmara.

22 Acórdão 3301-00.653 (julgado em 26/08/2010) – CARF – 3ª Seção – 1ª Turma da 3ª Câmara.

23 Acórdão 3202-00.226 (julgado em 08/12/2010) – CARF – 3ª Seção – 2ª Turma da 2ª Câmara.

24 ECONOMISTAS divergem sobre reforma tributária ‘fatiada’. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-30/economistas-divergem-proposta-reforma-tributaria-fatiada>>. Acesso em 25 de novembro de 2012.

Referências Bibliográficas

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 18. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GOUVEIA, Carlos Marcelo; HOFFMANN, Luiz Augusto A. de Almeida. *Atual Panorama da Constituição Federal*. 1ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2008.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FISCHER, Octavio Campos (coord.). *PIS-COFINS: questões atuais e polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas - Do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*. Série DDJ - 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; AMARAL, Gustavo da Silva; CANADO, Vanessa Rahal(coord.). *Direito Tributário, Tributação do Setor Comercial*. Série GVLAW - 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Acórdãos pesquisados

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

Acórdãos (6) 3301-00.423, 3301-00.424, 3301-00.426, 3301-00.427, 3301-00.428 (todos julgados em 03/02/2010) e 3301-00.653 (julgado em 26/08/2010) (3ª Seção – 1ª Turma da 3ª Câmara).

Acórdãos (2) 2102-00.107 e 2102-00.108 (ambos julgados em 08/05/2009) (2ª Seção – 2ª Turma da 1ª Câmara).

Acórdão (1) 3202-00.226 (julgado em 08/12/2010) – (3ª Seção – 2ª Turma da 2ª Câmara).

Conselho de Contribuintes – CC:

Acórdãos (10) 3402-00.259 (julgado em 17/09/2009), 3402-00.505, 3402-00.506 (ambos julgados em 18/03/2010), 201-81.723 ((julgado em 09/11/2011), 201-81.725 (julgado em 04/02/2009), 201-81.728, 201-81.733, 201-81.736, 201-81.734, 201-81.731 (todos estes últimos julgados em 05/02/2009) – (3ª Seção – 2ª Turma da 4ª Câmara).

A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DESAFIOS DA ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Bruna Souza Silveira

Discente do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e
de Administração de Empresas na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

artigo 02

pp. 026 - 038

São Paulo

THE NEW BRAZILIAN ANTITRUST ACT: CHALLENGES IN THE
PRELIMINARY ANALYSIS OF CONCENTRATION ACTS

RESUMO

A evolução da legislação antitruste no Brasil sempre esteve ligada ao histórico econômico do país. Não foi diferente com a aprovação da Nova Lei de Defesa da Concorrência em 2011. Dentro desse contexto, o objetivo central do presente artigo foi examinar a modificação trazida pelo novo texto legal consubstanciado na análise de controle *ex ante* de atos de concentração, isto é, anteriormente à conclusão da operação pretendida. Adentrou-se ao exame dos pontos que também mereceram ajuste para uma maior congruência do sistema, justamente por estarem relacionados a uma nova eleição de prioridades decorrentes do atual momento econômico. Concluiu-se, em suma, que o maior receio dos agentes econômicos deva se dar em relação ao modo como essa reeleição de prioridades, dada por um contexto econômico mutável, virá a ser conduzido, demonstrando-se imprescindível a concretização dos objetivos perquiridos com a garantia de conferência de alto nível de segurança jurídica aos administrados, a fim de suprir a incerteza gerada pelo próprio paradoxo que o direito concorrencial visa a tutelar: a limitação do que se coloca justamente como objeto de sua proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 12.529/11. Controle de conduta *ex ante*. “Super CADE”. Reestruturação do SBDC.

ABSTRACT

The evolution of antitrust legislation in Brazil has always been linked to the country's economic history. The same situation took place in the approval of the New Antitrust Act in 2011. Within this context, the main objective of this essay was to examine the changes brought by the new statutory provision embodied in the analysis of ex ante merger control, namely, the antitrust authority examination before the intended operation's substantiation. It intends to analyze points, which also have been adjusted in order to make it possible to achieve a greater congruence in the system, precisely because they are related to new priorities election resulted from current economic times. It was concluded, in synthesis, that the greatest fear of the economic agents may concentrate in how the result of this re-election of priorities, given by a changeable economic context, will become really effective, being essential – in order to achieve the goals intended – the guarantee of a high-level legal security to all the citizens to overcome the uncertainty zone created by the paradox that the Antitrust Law aims to protect: a limitation of the the object of its protection.

KEYWORDS: Act 12.529/11. Ex ante Conduct Control. “Super CADE”. SBDC's Restructuring.

1. INTRODUÇÃO

O histórico do processo de evolução da legislação antitruste está fortemente amarrado ao desenvolvimento econômico do país. A primeira lei de defesa da concorrência no Brasil data de 1962. Incrustada aos valores e à realidade econômica da época, acabou por passar despercebida, sendo sua vigência maculada pela ausência de eficácia material, seja pelo desarmamento da atuação do então criado Conselho de Administração de Defesa Econômica – CADE, levado a efeito pela política econômica até então adotada, de incentivo a fusões e incorporações, seja pela revisão judicial da maior parte das decisões administrativas proferidas. A despeito de alguns breves “surto” ou “ondas” de *enforcement* mais reforçado, a lei 4.137/62 não encontrou maior efetividade, à época, na realidade brasileira¹.

Após 29 anos de vigência, as condições socioeconômicas que se delineavam pareciam não mais coadunar com o antigo diploma normativo.

Sob a nova perspectiva, de necessidade de estabilização da moeda nacional e da inserção de reformas liberalizantes, exigiu-se que as autoridades brasileiras tomassem lugar, ao mesmo tempo, em papéis centralizadores – no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada – e, também, como adotantes de regras típicas de defesa da concorrência. Esse processo foi refletido, sem dúvidas, na eleição de prioridades que constituíram a nova lei antitruste²: a lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991, distorcidamente enxergada à época como instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.

Posteriormente, o advento da lei 8.884/94 trouxe consigo a transformação do CADE em autarquia com dotação orçamentária própria. Em síntese, além de contribuir com a formação de uma cultura da concorrência mais firme no cenário nacional, consolidou as estruturas responsáveis pela sustentação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e auxiliou na constituição de uma verdadeira linha contínua de atuação.

Atualmente, o diploma legal vigente para reger o SBDC (lei 12.529/11) foi resultado de um processo legislativo com duração aproximada de sete anos. Desde a proposição original (Projeto de Lei 3.937/2004), nascida na Câmara dos Deputados³, passando por pareceres proferidos pelas Comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com adendos de propostas de substitutivos, o Projeto de Lei foi finalmente aprovado em 01 de dezembro de 2011. Sua vigência foi postergada para 180 dias, a contar dessa data.

O novo texto trouxe consigo uma verdadeira reestruturação da Defesa da Concorrência no Brasil, começando pela priorização de alguns de seus próprios objetivos centrais – como o direcionamento das energias e dos recursos à investigação de condutas em processos administrativos mais do que de atos de concentração⁴ – indo até o próprio redesenho do SBDC, pela inserção de disposições que trabalham para o alinhamento dessas mudanças necessárias a uma nova regra procedimental: a análise de atos de concentração *ex ante*.

Por óbvio, esse tipo de modificação legislativa, que traz diversificações substanciais a um ramo específico do trato negocial, ocasiona também diversidade de tratamento a um mesmo processo anteriormente regulado. Nesse caso, às análises da concentração de agentes econômicos foram conferidos meios distintos de consecução que, muito mais do que desenharem uma metodologia procedimental nova, revelam caminhos para a melhoria de problemas já identificados. A nova lógica torna mais crível, por exemplo, que as respostas e informações sejam fornecidas de forma mais natural e célere pelas empresas. Isso, porque quanto mais rápidas e quanto maior a completude das informações prestadas, mais rapidamente a operação

de concentração poderá ser consumada⁵.

Presta-se, assim, o presente trabalho a uma breve discussão acerca da lei 12.529/11 e dos desafios e receios advindos da aprovação do novo texto legal. Para tal, lançou-se mão de um método simples, qualitativo⁶, mas com enfoque descritivo exploratório, tendo em vista que, por constituir uma inovação de debate antigo, mas de conclusão recente (ano de 2011), ainda não foi satisfatoriamente abordada na literatura jurídica brasileira, sendo faltantes resultados que coincidam com os anseios trazidos pelos questionamentos que ainda pairam sobre a realidade mercadológica brasileira.

A discussão tem como ponto crucial o controle de atos de concentração *ex ante* e se expande para atingir outros elementos que também mereceram modificação a fim de permitir uma maior congruência do sistema, justamente por estarem relacionados a essa mudança. Em primeiro lugar, analisar-se-á a notificação prévia de fusões e aquisições e a simplificação dos critérios para tal exame, partindo-se para a consideração das condutas permitidas ou não dentro do intervalo entre a submissão do ato de concentração e o julgamento da operação (*gun jumping*). Após, examinar-se-á o redesenho do SBDC, com o advento do chamado “Super CADE” e a consolidação de instrumentos de controle a cartéis e a inovação nas sanções penais para condutas anticompetitivas. Finalmente, traçar-se-ão considerações finais acerca dos pontos abordados, sintetizando os aspectos analisados que constituam desafios a serem enfrentados dialogicamente pelas autoridades concorrenciais e pelo empresariado brasileiro.

2. O CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO *EX ANTE*: AS MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS ATRELADAS QUE FORAM IMPOSTAS PELA LEI 12.529/11 E OS DESAFIOS ADVINDOS DESSA REESTRUTURAÇÃO

2.1 A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

A introdução da avaliação prévia à concretização de um ato de contração ambicionado por agentes econômicos constitui, sem dúvidas, uma das modificações mais significativas no procedimento administrativo do CADE. É que o regramento anterior previa a submissão da operação de fusão ou aquisição após a pactuação entre as partes, no prazo de até 15 dias após sua realização.

Por isso mesmo, o trato negocial em atos que se encaixassem, à época de sua vigência, nas hipóteses abrangidas pela lei 8.884/94, já tinha ensinado a lição: era prudente a celebração de um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO, que atuasse como instrumento regulador do “caminho de volta” em caso de restrição parcial ou total da operação. Esse tipo de técnica já estava prevista, aliás, desde a lei 4.137/62, como um instrumento que visava à manutenção da vontade dos agentes econômicos mesmo em um sistema que previa o exame *a posteriori*.

Funcionava basicamente como um termo especificador vinculado ao ato de concentração que possibilitava o desfazimento da operação em situações nas quais seu risco de reprovação fosse considerado alto, ou ainda, naqueles em que a possibilidade de imposição de restrições em patamar incompatível à *ratio* do próprio negócio fosse muito elevada.

Se essa era a realidade até 2011, certo é que a nova imposição à análise anterior da operação reduz custos operacionais e de transação, uma vez que torna desnecessária a desconstituição de um negócio que vigia sob condição de eficácia plena. Isto é, a modificação inserida no texto legal contribui de forma a gerar um decréscimo no valor transacional do ato de contração em si, atuando como potencializador da consecução de outras práticas rentáveis que venham a aquecer o segmento de mercado.

De fato, o Brasil ainda era um dos poucos locais, senão o único, onde a submissão de uma operação de fusão/aquisição se dava posteriormente à sua conclusão. Ora, a apreciação *ex ante* pela autoridade concorrencial vem a preencher uma lacuna procedimental lógica. É simples: se o crivo do Tribunal Administrativo atua, por legitimação conferida pela legislação, como requisito para a conferência de eficácia plena ao negócio intentado entre os agentes econômicos, parece ser elemento garantidor da segurança jurídica das partes a certeza das exatas condições do negócio⁷ – no caso de, por exemplo, se aprovar uma operação com restrições – a fim de garantir a conclusão negocial plena conforme o acertado pelos agentes econômicos e a garantia da livre iniciativa na ordem econômica.

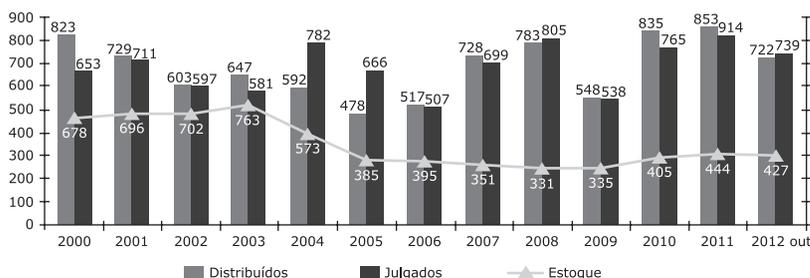
O desafio que daí se extrai refere-se primordialmente ao tempo de prolação das decisões pelo CADE. O novo diploma normativo dispõe que o controle dos atos de concentração deverá ser realizado em, no máximo, 240 dias a contar da submissão (protocolo da petição, nos termos do art. 88, inc. II, §2º, lei 12.529/11), prorrogáveis por 60 dias, mediante requerimento das partes (art. 88, §9º, inc. I, lei 12.529/11) ou 90 dias não renováveis, por decisão justificada do tribunal (art. 88, §9º, inc. II, lei 12.529/11). Dessa forma, o prazo máximo de análise de uma operação é de 330 dias corridos.

O descumprimento desses prazos acarretava aprovação tácita da operação no projeto original enviado à Presidência para sanção. Foi, no entanto, vetado pela Chefia do Executivo sob o argumento de que, da forma como redigido, estabeleceria a aprovação de atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade. Isso, porque a legislação já ofereceria mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos no diploma legal. Desta sorte, as delimitações

temporais para a autoridade concorrencial proferir decisão, tais quais as constantes nos procedimentos judiciais para os magistrados, passaram a caracterizar-se por impróprios⁸, nos termos da nova lei.

A despeito do veto, o Regimento Interno do CADE manteve a previsão de aprovação tácita, nas situações mencionadas em seu art. 133⁹. Vale frisar, no entanto, que é legítima a preocupação estabelecida em relação à extrapolação dos prazos de julgamento pela autoridade concorrencial de forma a gerar entraves ao trato econômico, justamente pela temida morosidade procedimental.

De outro lado, têm sido louváveis as iniciativas encampadas pelas instituições do SBDC para inserir o empresariado no debate. Tais iniciativas são respaldadas quantitativamente: desde a vigência da nova lei (29 de maio de 2012), o número de processos julgados e de processos distribuídos é quase equivalente, considerados os registros disponibilizados até o mês de outubro de 2012. Segundo dados apresentados pelo CADE, 53 notificações foram recebidas sob os termos da nova lei até setembro de 2012, dos quais 41 processos foram analisados no tempo médio de 17 dias¹⁰. Se os índices anteriormente observados já demonstravam eficiência, de antemão, o exame *ex ante* ainda não revelou a morosidade esperada:



Fonte: CADE, 2012.

Certo é que ainda não se dispõe de tempo suficiente de vigência da nova lei para se mensurar a eficiência na análise anterior de estruturas, ou melhor, se o exame das operações vem se dando em um tempo economicamente razoável. É que grande parte dos negócios realizados desde o início da vigência da nova lei ocorreu entre empresas de pequeno e médio portes ou ainda por meio de compradores estrangeiros¹¹, pelo menos até o mês de setembro do ano de 2012. Isto é, não correu tempo suficiente para que se possa mensurar com algum grau de certeza o nível temporal de julgamento.

Contribui para tanto a possibilidade de rito sumário no julgamento, que torna possível a tomada de decisões em bloco pelos julgadores que, geralmente, incluem aí atos de concentração aprovados e averiguações preliminares arquivadas. Os demais itens, *a priori*, devem passar pelo aval da votação pelo plenário do Conselho.

Outro ponto que merece destaque, dentro do controle prévio dos atos de concentração, é a simplificação nos critérios de notificação. A lei 12.529/11 prevê que sejam submetidos ao CADE, pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, um dos agentes econômicos apresente faturamento bruto anual igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 e o outro grupo envolvido possua, ao menos, R\$ 30.000.000,00 (art. 88, lei 12.529/11). O regramento anterior previa, de outro modo, a submissão de operações pelo critério de alcance de 20% do mercado relevante do ramo de atuação dos agentes ou, ainda, em que qualquer um dos participantes tivesse registrado o faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000.000,00, registrados no último balanço apresentado pela empresa.

A supressão do critério do mercado relevante foi, sem dúvidas, um ponto que conferiu maior objetividade à análise. É que, a despeito da utilização de um instrumental de mensuração predeterminado (o teste do monopolista hipotético¹², da definição de produto e ambiente geográfico, da substituição pela demanda e pela oferta), esse critério, ainda assim, caracterizava-se por certo grau de obscuridade em relação à segurança jurídica das partes – já que havia uma zona de incerteza acerca das operações passíveis de submissão compulsória à autoridade concorrencial.

Ainda assim, a referência à expressão “faturamento bruto” não especificou se o faturamento a ser considerado no cálculo leva em conta ou não apenas o da empresa-alvo ou apenas o da(s) empresa(s) que esteja(m) sendo diretamente adquirida(s) por meio da operação de concentração ou, ainda, se deve incluir também o faturamento de todo o seu grupo econômico, expressão também não esclarecida. A amplitude da definição conferida à expressão “partes envolvidas na operação” pela legislação brasileira, para fins de cálculo de faturamento, pode potencialmente conduzir a notificações de transações que não apresentem alto impacto no sistema concorrencial.

Há mais um fator que pode ser apontado como anunciante de questionamentos legítimos por parte dos agentes econômicos decorrente da análise ex ante. Refere-se, aqui, às condutas realizadas durante o intervalo de tempo correspondente ao período entre a notificação ao CADE e o prazo para a tomada de decisão do órgão sobre a aprovação do AC¹³, denominado, no jargão de mercado, *gun jumping*. Em outras palavras, é possível que haja uma zona de obscuridade também no que tange às condutas que podem ou não ser praticadas pelos administrados no aguardo da decisão, que pode levar até 330 dias a ser proferida, nos termos da lei. É que a única disposição da lei 12.529/11 acerca dessa problemática consta do §4º do art. 88¹⁴, referindo-se à preservação das condições de concorrência entre as empresas envolvidas até que seja proferida decisão final sobre a operação.

O art. 108, §2º, do Regimento Interno do CADE¹⁵ reduz a

interação entre as empresas pactuantes à troca de informações que sejam “estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes”. Apesar dessa tentativa, o dispositivo não especifica sequer o termo empregado – isto é, em que medida seria essa necessidade – e não dispõe em nada mais. Deixa de solucionar, assim, o questionamento acerca da modalidade e da qualidade das informações transacionadas necessárias aos agentes para a consecução de processos de *due diligence* e valoração dos ativos da empresa, por exemplo.

Nesse sentido, vê-se latente a necessidade de alguma forma de regulamentação destinada especificamente a esse intervalo, configurando uma espécie de “Guia de Conduta” a ser seguido pelos agentes econômicos envolvidos na operação. A necessidade dessa regulação se dá a fim de que não se extrapolem os limites da análise em curso nem se crie uma verdadeira desconstituição de laços que venha a se refletir em perda da finalidade econômica do ato entre as partes do contrato que dá forma ao AC¹⁶ ou, ainda, em prejuízo decorrente da aquisição de ativos que possam ter seu valor defasado até o fechamento da operação¹⁷, além de operarem de forma a viabilizar a consecução de um processo de *due diligence* eficiente.

2.2 O REDESENHO DO SBDC: O “SUPER CADE”

Outro aspecto que merece atenção no exame da nova lei concorrencial refere-se à reestruturação do SBDC. A defesa da concorrência, no Brasil, passou a ser composta por dois órgãos (nos termos do art. 3º da nova lei de defesa da concorrência): (i) o CADE e (ii) a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, reduzindo o número de guichês. Antes, figuravam como instituições componentes do Sistema (i) a Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça, responsável pela instrução de análises de conduta e pela entrada das operações; (ii) a SEAE, ligada ao Ministério da Fazenda, à qual se atribuía, primordialmente, a função de emissão de pareceres econômicos acerca do ato/conduta; (iii) o CADE¹⁸, órgão judicante, vinculado ao Ministério da Justiça, responsável por proferir decisões colegiadas e realizar instrução complementar, a requerimento da Procuradoria do CADE – ProCADE ou do Conselheiro Relator. Note-se que esta divisão aumentava significativamente o custo de coordenação entre os três órgãos e propiciava inclusive que, em alguns momentos, houvesse trabalhos replicados.

Importa aqui ressaltar a atribuição de funções essenciais distintas à SEAE pelo novo regramento normativo. De um papel primordialmente instrutório e opinativo às estruturas e condutas, passou o órgão a desempenhar funções relacionadas à advocacia da concorrência, opinando sobre os eventuais efeitos concorrenciais de atos normativos a serem adotados por entidades públicas ou privadas. Passa, assim, a desempenhar atividades que tenham como norte a mensuração de impactos sobre a livre concorrência de medidas relativas às atividades de alteração tarifária, ao

acesso a mercados e à defesa comercial.

A constituição do CADE foi redesenhada, passando a estruturar-se por meio de três órgãos agrupados de acordo com a função desempenhada: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; a Superintendência-Geral; e o Departamento de Estudos Econômicos. Ao primeiro, atribuiu-se a função de órgão julgante; à Superintendência-Geral, foram atribuídas as responsabilidades da Secretaria de Direito Econômico – SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE; já ao Departamento de Estudos Econômicos caberá a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do Tribunal no mercado¹⁹.

Dessa forma, a unificação das estruturas de instrução e julgamento dos processos foi um dos pontos de maior destaque na reestruturação do SBDC, já que realocou funções e competências, evitando redundâncias e permitindo a alocação de tempo e recursos do Tribunal Administrativo em casos que exijam maior atenção – seja por sua relevância, seja pela complexidade identificada – e que apresentem elevada probabilidade de prejudicar a concorrência e o bem-estar do consumidor²⁰.

Outro ponto de ajuste previsto pela lei, a fim de fornecer subsídios humanos ao redesenho do Sistema e, principalmente, ao combate à morosidade na análise *ex ante* dos atos de concentração submetidos foi a promessa de ampliação dos quadros técnicos, consubstanciada no art. 121 do novo regramento. Previu-se a criação de 200 cargos de “Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental” – EPPGG para enquadramento prioritário no CADE. Essa estipulação – ainda pendente de realização de concurso público para preenchimento dos cargos – pretende fornecer subsídios a fim de dar vazão ao aumento do número de submissões.

De mesmo modo, as inovações consubstanciadas no novo texto legal em relação à reestruturação do SBDC certamente trouxeram efeitos no que tange à consolidação de instrumentos de controle a cartéis.

A multa para prática de infração da ordem econômica passou a ser fixada, em caso de pessoa jurídica, sobre o valor do faturamento bruto – na proporção de 0,1% a 20% – do agente econômico alvo da operação no ramo de atividade empresarial em que ocorrer a prática²¹. Ainda, nos termos da nova lei, a infração nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. O regramento anterior previa multa de 1% a 30% do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, de valor nunca inferior à vantagem auferida, quando quantificável.

Essa redução do percentual aplicável (de 1% a 30% para 0,1% a 20%) e o rebaixamento da base de cálculo – do faturamento bruto anual total para a parcela auferida no “ramo da atividade” – ocasiona uma redução global das multas aplicáveis às infrações da ordem econômica. Ademais, a indeterminação do conceito do faturamento no “ramo da atividade” gera

certa zona de incerteza no que se refere à posterior liquidação da aplicação.

Outro campo que merece referência é a possibilidade estabelecida pelo art. 116 da lei 12.529/11²², de cumulação da pena de reclusão de 2 a 5 anos, com multa, por infração de abuso do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante acordo de empresas ou por formação de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes. Esse dispositivo conferiu nova redação ao art. 4º da lei 8.137/90, que previa a alternatividade entre a pena de reclusão e a multa aplicada. Ou seja, houve um endurecimento das penas aplicáveis, que, antes, alternavam entre uma ou outra sanção relativa e, agora, cumulam os dois tipos de pena.

Ainda, somado à não submissão ao CADE dos atos de concentração devidos, conforme estipulação de lei, previu-se a aplicação de multa pecuniária de valor não inferior a R\$ 60.000,00 nem superior a R\$ 60.000.000,00, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 da lei 12.529/11. O regramento anterior previa igual valor de multa à mesma conduta.

A nova lei consolidou, ainda, os instrumentos de combate a condutas anticompetitivas: permaneceu com lugar reservado a regulação da celebração de Termo de Compromisso de Cessação – TCC de prática anticompetitiva em procedimento preparatório de inquérito administrativo, inquérito e processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Ademais, a celebração de acordo de leniência com a autoridade antitruste – por intermédio da Superintendência-Geral – continuou contemplada como espécie de “delação premiada” em condutas anticompetitivas.

Em síntese, constatou-se que a reestruturação do SBDC tem como mote o aumento da eficiência e a redução de retrabalhos desnecessários que possam ensejar um incremento nos custos operacionais. Ainda, objetiva a realocação de esforços do Tribunal Administrativo do CADE para análise de condutas em detrimento de atos de concentração, o que foi possibilitado pela modificação do foco temporal de exame das operações. No que tange às sanções previstas, houve um abrandamento para as multas aplicáveis em caso de infração da ordem econômica em relação ao regramento anterior. Na esfera penal, houve endurecimento das penas estipuladas por infração de abuso do poder econômico, que agora passaram a cumular multa e reclusão. É a concretização do direcionamento do foco da atuação do órgão julgante à repressão de condutas anticompetitivas, situação essa verificável também no que tange aos instrumentos de repressão a tais práticas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Brevemente sintetizadas, às mudanças trazidas com a vigência da Nova Lei Antitruste, lei 12.529/11, impõe-se o levantamento das principais

consequências e dos desafios advindos do regramento legal. Em suma, as modificações de maior relevo dizem respeito à possibilidade de conferência de maior segurança jurídica aos agentes econômicos e à racionalização no emprego de recursos físicos, humanos e materiais do SBDC, a fim de evitar trâmites burocráticos que contribuam para o retrabalho e para a morosidade do Sistema.

Certo é que, conforme explanado no corpo do texto, a legislação concorrencial brasileira sempre seguiu o caminho traçado pelo histórico econômico do país. Dessa vez não foi diferente: o cenário de aquecimento econômico – principalmente em comparação com outras realidades no globo – nos conferiu a posição de sétimo país no *ranking*, em termos de desenvolvimento econômico²³. E foi esse o momento que fez urgente a inserção, em termos legais, de inovações que tragam à preponderância dois valores buscados, quando sopesados aos demais: (i) a qualidade das decisões e (ii) a eficiência, subdividindo-a (ii.a) na alocação dos recursos disponíveis – tendo em conta aí, principalmente, o tempo e (ii.b) na efetividade de aplicação.

Resta saber se os objetivos essenciais identificados, incrustados em uma análise de estruturas *ex ante* e na reestruturação do SBDC, contarão com instrumentos que tenham o condão de torná-los aplicáveis à realidade prática, de forma a fornecer subsídios e formas de concretização aos intentos perseguidos. Em linhas gerais, pode-se perceber que a lei 12.529/11 parece ter aberto caminhos efetivos para a redução da carga atribuída ao órgão judicante, contribuindo para a redução dos trâmites burocráticos e possibilitando um redirecionamento dos esforços do CADE, ao menos em tese, ao controle de condutas (combate a cartéis, principalmente) em detrimento da alocação de esforços prioritariamente no controle de estruturas, como até então se dava.

A preocupação (legítima) posta se dá em relação ao modo como essa reeleição de prioridades, dada por um contexto econômico mutável, virá a ser efetivada por meio do novo diploma normativo. A fim de se concretizar os objetivos propostos nesse processo de modificação, é imprescindível – e é dessa forma que vem se dando o diálogo – que aos agentes econômicos seja conferido grau de segurança jurídica suficiente para suprir a incerteza gerada pelo próprio paradoxo que o direito concorrencial visa a tutelar: a limitação do que se coloca justamente como objeto de sua tutela.

NOTAS

1 FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

2 OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

3 CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.937/2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em 21 de outubro de 2012.

4 Possibilidade essa oportunizada pela análise *ex ante* de atos de concentração que se relacionem estruturas.

5 FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica. In *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro – teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 173.

6 SAMPIERI, R; COLLADO, C; LUCIO, P. *Metodologia de Pesquisa*. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

7 Isso quer dizer, em síntese, que “o administrado deve ser capaz de viver em um estado de **cognoscibilidade** das normas às quais se sujeita a submissão do ato; **confiabilidade** no que tange a mudanças asseguradas pelo mínimo de estabilidade e continuidade normativas e **calculabilidade**, como forma de prever o espectro de consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas” (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 249-251).

8 Os prazos impróprios “ligam-se ao cumprimento de *deveres processuais* e não impedem que o ato venha ao processo mesmo fora do prazo. A consequência decorrente da inobservância de prazos próprios é a *preclusão temporal*; a consequência imposta ao não acatamento de prazos impróprios é de ordem administrativo-disciplinar” (ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 297).

9 Art. 133. O descumprimento dos prazos previstos nos §§2º e 9º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica. CADE, Regimento Interno, texto original com emendas, atualizado em 28 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6cdf2efb150a1ee5301d2f0452f2>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

10 EM QUATRO meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias. CADE, outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6ec150d92be037fc09360650e267>>. Acesso em 21 de outubro de 2012.

11 MOTTA, Luiz Augusto. KPMG: nova lei do Cade não impacta fusões e aquisições. *Exame*. Entrevista concedida em 11 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/aquisicoes-fusoes/noticias/kpmg-nova-lei-do-cade-nao-impacta-fusoes-e-aquisicoes?page=1>>. Acesso em 20 de outubro de 2012.

12 “O teste do ‘monopolista hipotético’ consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas que estão se associando, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém

a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão”. SEAE. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Econômica Horizontal. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentrao-economica-horizantal-2000>. Acesso em 05 de abril de 2013.

13 Regimento Interno CADE. Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.

Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

14 Regimento Interno CADE. Art. 88, §4o. Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no §3o deste artigo.

15 Regimento Interno CADE. Art. 108, §2º. As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, **bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.** (grifo nosso)

16 Isso, porque as ações de determinados agentes (em individual) podem ter impactos sobre os resultados almejados por outros agentes, sendo que essa influência pode não ser facilmente corrigível se um não tiver algum tipo de ingerência sobre o outro agente (VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de; GREMAUD, Amaury Patrick; TOLEDO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007).

17 BARRETO, Robson G; VILLELA, Mariana. A nova lei de defesa da concorrência e os desafios das operações de M&A. *Revista Capital Aberto*, ano 9, n. 104, abril 2012. Disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=71&i=4653>. Acesso em 20 de outubro de 2012.

18 Como já informado, Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

19 CADE terá nova estrutura a partir de 29 de maio. CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?360919e030e53af90c390b5cf740>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

20 CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

21 Art. 37, I, lei 12.529/11.

22 Art. 116. O art. 4o da lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
“Art. 4o, I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;
II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”

23 MODÉ, Leandro. Brasil perde posto de 6º maior economia. *O Estado de S. Paulo*, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,brasil-perde-posto-de-6-maior-economia-,974586,0.htm>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

Referências Bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARRETO, Robson G.; VILLELA, Mariana. A nova lei de defesa da concorrência e os desafios das operações de M&A. *Revista Capital Aberto*. Ano 9, n°. 104, abril 2012. Disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=71&i=4653>. Acesso em 11 de novembro de 2012.

CADE terá nova estrutura a partir de 29 de maio. CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?360919e030e53af90c390b5cf740>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar: 2005.

CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.937/2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em 21 de outubro de 2012.

EM QUATRO meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias. CADE, outubro/2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6ec150d92be037fc09360650e267>>. Acesso em 21 de outubro de 2012.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica. In *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro – teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011.

MODÉ, Leandro. Brasil perde posto de 6º maior economia. *O Estado de S. Paulo*. 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,brasil-perde-posto-de-6-maior-economia-,974586,0.htm>>. Acesso em 05 de abril de 2013.

MOTTA, Luiz Augusto. *KPMG: nova lei do Cade não impacta fusões e aquisições*. Entrevista concedida em 11 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/aquisicoes-fusoes/noticias/kpmg-nova-lei-do-cade-nao-impacta-fusoes-e-aquisicoes?page=1>>. Acesso em 01 de novembro de 2012.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SAMPIERI, R.; COLLADO, C.; LUCIO, P. *Metodologia de Pesquisa*. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

SEAE. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Econômica Horizontal. portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000>. Acesso em 05 de abril de 2013.

VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de.; GREMAUD, Amaury Patrick.; TOLEDO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

O CONTROLE GERENCIAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR EM CASO DE CONFLITO DE INTERESSES

Flávia Jardim de Oliveira

Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Gabriela Cerqueira de Carvalho

Advogada graduada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV

THE MANAGEMENT CONTROL AND THE ACCOUNTABILITY OF MANAGERS FOR CONFLICT OF INTERESTS

artigo 03

pp. 040 - 058

São Paulo

RESUMO

O presente trabalho aborda, de maneira geral, o tema do controle gerencial no contexto de um mercado acionário pulverizado. Partindo de dois pressupostos – a tendência à pulverização do capital de companhias abertas brasileiras e o absentéismo dos acionistas neste cenário – o trabalho analisa a necessidade de se regular o controle gerencial, caso este venha a se apresentar no Brasil. Por meio de estudo doutrinário acerca do poder de controle, o trabalho abordará, especificamente, a necessidade de se regular o conflito de interesses entre controladores gerenciais e acionistas no cenário em questão, de forma a analisar a possibilidade de responsabilização dos administradores dessas companhias em caso de eventual conflito de interesses.

PALAVRAS-CHAVE: Companhia Aberta de Capital Pulverizado (Disperso). Absentéismo. Controle Gerencial. Conflito de Interesses. Responsabilidade. Administrador.

ABSTRACT

This paper discusses, in general terms, the issue of management control in the context of a dispersed capital market. Based on two basic assumptions – the tendency of Brazilian corporations to disperse their capital and the absenteeism of the shareholders in this scenario – the article analyses the need to regulate such management control in case it becomes present in Brazil. Through doctrinal study, this article will specifically examine the need to regulate the conflict of interests between the management holding control and the shareholders of a company with dispersed capital in order to analyze the accountability of such managers in case of conflict of interests.

KEYWORDS: Corporations with Dispersed Capital. Absenteeism. Management Control. Conflict of Interests. Accountability. Manager.

INTRODUÇÃO

No atual cenário do mercado de capitais nacional, em que se verifica a possibilidade de pulverização do capital das companhias abertas brasileiras, tem-se que, quanto maior a dispersão do capital, maior a separação entre a propriedade acionária e o poder de controle e, conseqüentemente, diferente será a forma de configuração do poder de controle. Quando tal separação se acentua, maiores serão as probabilidades de verificação da existência dos controles minoritário e gerencial.

Com foco no controle gerencial, o presente artigo busca averiguar como a pulverização do capital de companhias abertas brasileiras, combinada com a passividade e o absentéismo dos acionistas dessas companhias, pode influenciar no surgimento do controle gerencial. A partir daí, parte-se para analisar se alguma das regras da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e posteriores modificações (Lei das S.A.), são aplicáveis a esse novo tipo de controle nas companhias abertas de capital pulverizado.

Mais especificamente, questiona-se se as normas que tratam do abuso do poder de controle e do conflito de interesses atualmente

previstas na Lei das S.A. abarcam essa nova forma de controle, considerando a existência de um cenário de companhias com capital absolutamente disperso e controle gerencial.

1. PULVERIZAÇÃO DO CAPITAL DAS COMPANHIAS ABERTAS BRASILEIRAS

Após um longo período de estagnação, o mercado de capitais brasileiro voltou a apresentar taxas elevadas de crescimento devido ao período de prosperidade econômica global e à abundância de investimentos em países emergentes desde o início da década de 2000 até a metade de 2008¹.

A criação do segmento do Novo Mercado pela Bolsa de Valores de São Paulo, atual BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros² (Bovespa), em 2001, por sua vez, gerou um ambiente de mercado mais seguro, com regras e informações mais claras e transparentes, em linha com os princípios de governança corporativa. O Regulamento do Novo Mercado da Bovespa, dentre outras regras, exige que todas as ações emitidas pelas companhias abertas nele enquadradas outorguem direito de voto a seus titulares, impedindo, portanto, a emissão de ações sem direito a voto.

A adesão das companhias abertas brasileiras a esse segmento, que teve início no âmbito das ofertas primárias e secundárias de ações ordinárias realizadas no Novo Mercado a partir do ano de 2005, apresentou um marco na estrutura do mercado de capitais brasileiro, pois levou ao surgimento do fenômeno, ainda embrionário, da pulverização do capital das companhias abertas brasileiras³. Na definição de Luís André de Moura Azevedo, o fenômeno da pulverização do capital resulta da dispersão acionária elevada, de maneira que nenhum acionista ou grupo de acionistas vinculados por acordo de votos ou sob controle comum detenha mais da metade das ações com direito a voto⁴.

Eduardo Secchi Munhoz, explica que, nos anos de 2006 e 2007, houve no Brasil um aumento significativo de sociedades que abriram seu capital. Em 2006, vinte e seis companhias abriram seu capital, sendo que vinte delas aderiram ao segmento do Novo Mercado da Bovespa e em 2007 o número passou para sessenta e quatro companhias que abriram seu capital, das quais quarenta e quatro no segmento do Novo Mercado. O autor também comenta que de 2004 a 2008, cento e dez companhias abriram capital ou realizaram operações de emissão de valores mobiliários, sendo que até julho de 2008, cem companhias se encontravam listadas no segmento do Novo Mercado da Bovespa, contra apenas sete companhias listadas neste segmento em 2003⁵. Atualmente, o número de companhias listadas no Novo Mercado da Bovespa subiu para cento e vinte e sete.

Esse aumento significativo no número de sociedades com capital aberto e, em especial, do número destas listadas no segmento do Novo Mercado da Bovespa, vem gerando uma nova estrutura acionária que pode permitir mudanças na estrutura de controle das companhias abertas brasileiras.

Historicamente, as empresas brasileiras se organizavam em sociedades familiares ou se caracterizavam por elevada concentração acionária e presença de um acionista majoritário bem definido. O aquecimento do mercado bursátil a partir de 2004 possibilitou o surgimento das primeiras companhias brasileiras com propriedade mais dispersa, que ficou mais evidente em 2005. O estudo de Alexandre Di Miceli da Silveira indica que, apesar de as companhias com estrutura acionária mais dispersa representarem um número pequeno de empresas, o número de empresas com controle disperso vem ganhando força e já representa uma minoria relevante das companhias listadas no Brasil⁷.

Conforme ensina Rodrigo Monteiro de Castro, neste segmento, justamente pela primazia da regra “uma ação, um voto”, verificase o enfraquecimento da relação de propriedade, o que pode vir a acarretar no surgimento de controladores cujo poder está dissociado da propriedade mobiliária e fundado na passividade societária ou absentismo, conforme trataremos adiante⁸.

Diante das exigências previstas no Regulamento do Novo Mercado a respeito do impedimento da emissão de ações sem direito a voto, os antigos acionistas majoritários dessas companhias tiveram suas participações controladoras diluídas devido à subscrição de novas ações votantes. Isso não significa, entretanto, que a partir desse momento essas companhias passaram a ter suas ações pulverizadas no mercado, uma vez que, conforme ensina Luís André de Moura Azevedo, em sua maioria, os antigos acionistas majoritários alienaram parte relevante de suas ações em ofertas públicas secundárias, porém mantiveram investimentos minoritários relevantes nessas companhias, ou seja, não despojaram desse poder, apenas passaram a exercê-lo por meio da titularidade de participação minoritária⁹.

Em resumo, no cenário atual brasileiro, o controle das companhias de capital aberto ainda é exercido por acionistas titulares de participação minoritária no capital votante que, por meio do voto e da participação nas assembleias gerais, têm a prerrogativa de fazer prevalecer sua vontade nas deliberações assembleares e na eleição dos membros do conselho de administração.

Entretanto, Eduardo Secchi Munhoz acertadamente afirma que não se pode descartar a possibilidade de surgimento do controle gerencial nos casos em que a elevada pulverização acionária é combinada com o absentismo dos acionistas nas assembleias gerais, cabendo o poder decisório aos próprios administradores da companhia¹⁰, tema que será tratado em seguida.

2. CONTROLE GERENCIAL, ABSENTEÍSMO E DISSOCIAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E PODER DE CONTROLE

2.1. CONTROLE GERENCIAL E CONTROLE MINORITÁRIO

O conceito de acionista controlador da sociedade anônima está

definido no art. 116 da Lei das S.A.¹¹, do qual se depreende que a existência do poder de controle pressupõe a verificação cumulativa de dois elementos fáticos: (i) a titularidade de direitos de sócio que correspondam à maioria dos votos nas assembleias gerais e assegurem a eleição da maioria dos administradores da companhia, de forma permanente, e (ii) a efetiva utilização do poder de comandar as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

A partir do pressuposto fático de que, para exercício do poder de controle, seria necessária a titularidade de direitos de sócio que correspondam à maioria dos votos nas assembleias gerais, poder-se-ia presumir que o controle e a propriedade – titularidade das ações – são elementos indissociáveis. Porém, essa afirmação não é completamente verdadeira, conforme se verá adiante.

Devido à grande importância do instituto do controle para o direito societário, a doutrina vai além da definição legal e estaque de acionista controlador encontrada no art. 116 da Lei das S.A e define diferentes tipos de controle, os quais estão diretamente atrelados à estrutura de capital das companhias.

Para este estudo, interessa entender os conceitos de controle minoritário e gerencial. Nas palavras de Nelson Eizirik, o controle minoritário faz-se presente quando um acionista ou grupo de acionistas exerce o poder de controle com menos da metade do capital votante, e isso ocorre tanto nos casos em que as ações de emissão da companhia estão dispersas no mercado, de maneira que nenhum outro acionista ou grupo de acionistas está organizado ou detém número relevante de ações com direito de voto, quanto nos casos em que o acionista majoritário se abstém e não exerce efetivamente o poder de controle¹². Conforme ensina Rodrigo Monteiro de Castro, isso somente é possível nas grandes companhias com alto grau de dispersão de ações em que este grau de dispersão, apesar de alto, ainda não é capaz de dissociar totalmente a propriedade acionária do poder de controle, de sorte a dar origem ao controle gerencial, de maneira que ainda se verifica nessas companhias o exercício do controle minoritário¹³.

O controle gerencial, por sua vez, poderia ser verificado nas companhias em que, somada à estrutura de capital pulverizado, haveria acentuada passividade dos acionistas nas deliberações assembleares, conforme será tratado adiante. Nesses casos, o comando da companhia seria exercido pela administração, ou seja, o controle não seria fundado na participação acionária, mas nas prerrogativas dos administradores da companhia. Nas palavras de Erik Frederico Oioli, o controle gerencial representa o extremo da separação entre propriedade acionária e poder de controle, uma vez que se está diante de um poder não fundado na participação acionária e que se sobrepõe à vontade (ou à falta de vontade), até então concebida como soberana, dos acionistas¹⁴.

O controle gerencial não se trata, portanto, de manifestação do poder societário, que é situação privativa dos acionistas, refere-se, sim, ao comando da companhia, sendo uma forma de controle empresarial, tendo em vista que se opera, nesse caso, o deslocamento das decisões do âmbito dos sócios para o âmbito dos órgãos administrativos, negando àqueles o comando (formal) da companhia.

2.2. ABSENTEÍSMO E PASSIVIDADE DOS ACIONISTAS

Os conceitos de controle minoritário e gerencial previamente definidos se tornam relevantes quando da verificação de um contexto de acentuada pulverização do capital de companhias abertas brasileiras. Isso porque, se por um lado, é possível verificar o surgimento do poder de controle minoritário por meio da manutenção pelos antigos acionistas majoritários de investimentos minoritários nessas companhias, por outro lado, não há como se negar a possibilidade de surgimento do poder de controle gerencial se, somada à pulverização acentuada, os acionistas com maior participação no capital votante não chegarem a um acordo de voto em bloco vinculante e, nesse caso, verificar-se o absentéismo nas assembleias gerais, passando o poder de comando para as mãos dos administradores da companhia.

Ou seja, a despeito de a dispersão acionária ser condição necessária de materialização do controle gerencial, ela, por si só, não é suficiente. Isso porque, o que caracteriza o controle gerencial é a ausência de acionista ou grupo de acionistas que detenha direitos de sócio que lhe permitam prevalecer em conchaves sociais e, daí, influenciar as decisões sociais, ou, em havendo esses acionistas ou grupo de acionistas, seja verificada sua passividade. Dessa forma, afirma-se que a passividade dos acionistas é elemento essencial para a caracterização do controle gerencial, caso contrário, verificar-se-ia o exercício do controle por uma minoria atuante. Inexistindo acionista controlador, seja ele majoritário ou minoritário, portanto, os administradores, em função de suas posições, apresentam-se como candidatos a procuradores de acionistas, lhes influenciando a vontade.

Na visão de Erik Oioli, o fenômeno do absentéismo existe em razão da acentuação da diferença entre acionistas empresários e acionistas capitalistas ou investidores. Os acionistas capitalistas não estão interessados em comparecer às assembleias, mas sim em receber dividendos auferidos pela companhia na qual investe. Essa passividade contribui também para o surgimento do controle minoritário, pois na medida em que há um aumento do número de acionistas capitalistas no mercado de ações, e conjugando-se esse fator com o ativismo de um grupo organizado de acionistas, é possível que acionistas empresários conduzam a atividade da companhia por meio da propriedade de uma pequena parcela do capital social com direito a voto¹⁵.

Voltando ao tema do absentéismo nos conclaves sociais, a lição de Ricardo Ferreira de Macedo torna fácil a compreensão desse fenômeno fonte. Em uma companhia com base pulverizada, um sócio que detenha participação pequena no seu capital social não tem razões econômicas para interferir na gestão dos seus negócios, pois teria de arcar com a totalidade dos custos e esforços a isso inerentes em troca de uma parcela pequena dos benefícios financeiros decorrentes, sendo que a parcela restante de tais benefícios financeiros seria distribuída entre todos os acionistas, inclusive aqueles que se mantiveram inertes e se aproveitaram da conduta do sócio atuante¹⁶.

Para Luís de Moura Azevedo, a passividade dos acionistas se torna ainda mais acentuada nas companhias abertas de capital pulverizado, tendo em vista que a dispersão acionária acentuada dificulta o atendimento dos percentuais mínimos legais de participação no capital necessários para a instalação de assembleias gerais e para a aprovação de matérias mais relevantes, assim como dificulta o atendimento dos percentuais legais exigidos para o exercício de importantes direitos dos minoritários¹⁷.

Uma vez verificada a possibilidade de surgimento do controle gerencial nas companhias com base pulverizada e acionistas passivos, passa-se à análise de como se verifica, na prática, o exercício do poder de comando pelos administradores dessas companhias.

2.3. CONTROLE GERENCIAL E O MECANISMO DE PEDIDOS PÚBLICOS DE PROCURAÇÃO (PROXY MACHINERY)

Em uma companhia em que se venha a verificar a existência de controle gerencial, para que a vontade dos administradores prevaleça nas deliberações é necessária a aceitação das solicitações de procurações públicas (*proxies*) encaminhadas na forma do art. 126, §2º, da Lei das S.A.¹⁸ e da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 481/09. O expediente das *proxies* é aquele por meio do qual administradores de companhias de base acionária pulverizada enviam aos seus acionistas relatórios de performance e metas de gestão acompanhados de uma procuração que, se convencidos, os acionistas assinarão, outorgando poderes aos próprios administradores para exercício dos direitos de voto em assembleias gerais¹⁹.

Ainda que, nesse caso, o poder de comando recaia na figura dos administradores, formalmente, o controle da sociedade continuará nas mãos dos acionistas, pois, ainda que o administrador exerça influência sobre o acionista, o administrador age como seu representante, consoante suas instruções, e não em nome próprio.

Porém, nada impede que, em uma companhia pulverizada em que os acionistas se mantenham passivos em relação às decisões assembleares, o procurador manipule ou até mesmo sobreponha a vontade do acionista,

conduzindo as deliberações de maneira a permitir-lhe a dominação empresarial. Nesses casos, as procurações em questão são outorgadas sem orientações específicas de voto e seu teor costuma ser o mais abrangente possível, de maneira que é pouco provável que um acionista desinteressado tente conter o controle gerencial²⁰.

2.4. DISSOCIAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E PODER DE CONTROLE

Explicado o exercício do controle gerencial por meio do expediente da *proxy machinery*, passa-se ao tema do deslocamento do poder de controle. Os primeiros autores a analisarem a questão da dissociação entre a propriedade e o poder de controle ou comando empresarial nas companhias abertas foram Adolf Berle e Gardiner Means em trabalho denominado “The Modern Corporation and Private Property” publicado em 1932. Em resumo, os autores foram os primeiros estudiosos a afirmar que o crescimento e a pulverização da propriedade das ações de companhias abertas levariam à separação entre controle e propriedade, uma vez que acionistas – proprietários – não estariam exercendo o controle, o qual passaria a ser exercido pela administração²¹.

Calixto Salomão Filho resume o estudo de Berle e Means ao explicar que menor seria o interesse do acionista como proprietário de participação acionária, e maior seria seu interesse puro em ser controlador, nos casos de companhias com elevada dispersão acionária em que cada vez menos participação acionária seria necessário para que um determinado grupo ou pessoa pudesse ser considerado controlador²².

Diversas críticas surgiram à teoria de Berle e Means, dentre elas, defendeu-se que não haveria o desaparecimento da propriedade, mas apenas sua atenuação, uma vez que os administradores não seriam tão poderosos como os estudiosos sugeriram, tendo em vista que, caso falhassem, seriam removidos de seus cargos.

Para Erik Oioli, partindo do significado jurídico de propriedade, que compreende os direitos de usar, fruir e dispor da coisa, apesar das críticas mencionadas acima, se o fenômeno descrito por Berle e Means não levasse ao desaparecimento total da propriedade, ao menos apontaria para a fragmentação do seu conceito, pois, enquanto o fruto se reserva aos acionistas, os direitos de uso e de disposição dela se reservariam ao controlador de fato, ou seja, ao administrador²³.

Fato é que, com o fenômeno de dissociação entre propriedade acionária e controle empresarial, as decisões empresariais deixam de ser tomadas, direta ou indiretamente, por quem contribui com o capital para a formação da companhia e, portanto, por quem arca com o risco financeiro do investimento, e passam a se concentrar nas mãos de quem conhece a companhia, por administrá-la, mas não arcou com o risco financeiro do investimento.

O tema da existência do controle gerencial nas companhias abertas

brasileiras ainda divide a opinião dos doutrinadores. Na visão de Luís André de Moura Azevedo, por exemplo, a possibilidade de surgimento do poder de controle gerencial no Brasil ainda é remota se considerado o estágio atual de dispersão acionária das companhias abertas brasileiras, uma vez que ainda se verifica a concentração do poder de controle nas minorias que, em conjunto, detêm participações expressivas no capital votante²⁴.

Ricardo Ferreira de Macedo julga precipitada a afirmação de que não existe no Brasil nenhum caso de companhia que possa ser classificada como controlada pela administração, criticando a tese sustentada por Eizirik em artigo intitulado “O Mito do Controle Gerencial – Alguns Dados Empíricos”²⁵. Isto porque, para Ricardo Macedo, a situação de controle gerencial pode ser efeito não apenas da pulverização acionária, mas também da ausência de influência dos sócios sobre a administração²⁶.

A significativa dispersão acionária ocorrida no mercado de capitais brasileiro a partir de 2006 alterou por completo a noção de controle societário que até então prevalecia e, sem dúvida, a noção de controle existente à época da publicação do artigo de Eizirik. A partir do momento em que nenhum acionista detém mais, em caráter permanente, a maioria do capital votante, ou seja, deixa de ser cumprido o requisito de permanência que caracteriza o acionista como controlador, constante do art. 116 da Lei das S.A., e, na medida em que se verifica acentuada passividade dos acionistas de companhias abertas com base pulverizada, é possível que se venha a verificar o desaparecimento da figura do acionista controlador, sendo entregue a condução dessas companhias aos administradores²⁷.

Diante do exposto, será analisado adiante como serão tratadas as condutas por parte dos administradores que vierem a exercer o controle dessas companhias abertas de forma contrária ao interesse social.

3. INTERESSE SOCIAL E O CONFLITO DE INTERESSES NA SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL PULVERIZADO

3.1. INTERESSE SOCIAL

Há, na doutrina, diferentes teorias sobre o que compõe o interesse social das companhias. Basicamente, é possível determinar três principais teorias sobre a formação do interesse social: a teoria contratualista, a teoria institucionalista e a teoria aqui denominada mista. A primeira teoria determina que o interesse da companhia é formado pelos interesses individuais dos acionistas, considerados em conjunto. Nesse caso, é possível considerar os interesses individuais dos atuais acionistas da companhia e/ou os interesses individuais de acionistas atuais e futuros²⁸. A teoria institucionalista, por outro lado, supera a ideia de que o interesse social é composto pelo conjunto de interesses individuais dos acionistas, considerando o interesse social aquele de todos os envolvidos na companhia²⁹, ou seja, os interesses dos *stakeholders*³⁰. Assim, o interesse social seria o interesse dos acionistas, administradores, credores, fornecedores e

até mesmo do contexto social no qual a companhia está inserida, todos ponderados de forma que sejam equilibradamente considerados³¹. A teoria mista consistiria, por fim, em uma mistura entre a teoria contratualista e a teoria institucionalista, de maneira que o interesse social se formaria quando o lucro é maximizado por meio de atos e decisões que atendam aos mais diversos interesses individuais dos *stakeholders*.

Será adotada, para fins do presente artigo, a teoria mista descrita acima, de que o interesse social da companhia é formado pela ponderação equilibrada dos interesses individuais de cada *stakeholder*, incluindo os interesses individuais dos acionistas. Isto porque, parte-se de um cenário de mercado de capitais pulverizado no qual o acionista é mais um investidor do que um empresário, ou seja, tende a visar ao rendimento de suas ações mais do que a outros aspectos puramente empresariais que envolvem a companhia. A ideia é a de que o denominador comum entre os diversos interesses dos *stakeholders* e dos acionistas é a maximização do lucro, visando à continuidade das atividades da companhia de forma competitiva e eficiente³². Obviamente, nem sempre todos os interesses serão atendidos, sendo alguns priorizados em algumas situações e outros em outras, daí a necessidade de se considerar, caso a caso, os diversos interesses individuais de forma equilibrada e ponderada.

A estrutura organizacional de uma companhia determina a efetivação do interesse social em dois momentos, primeiramente, por meio da tomada de decisões nas assembleias gerais e, em segundo momento, por meio da atuação cotidiana dos órgãos administrativos (conselho de administração e/ou diretoria) da companhia³³. O primeiro caso, portanto, consistiria na formação do interesse da companhia, tendo em vista os interesses individuais de seus acionistas que, reunidos em assembleia, determinam as diretrizes gerais de atuação da companhia. A segunda, por sua vez, consistiria na formação do interesse social tendo em vista os interesses dos diversos *stakeholders* na atuação diária da companhia, ou seja, nas tomadas de decisões pelos órgãos administrativos e que dizem mais respeito às atividades exercidas diariamente pela companhia do que às diretrizes gerais que adota.

Ressalta-se, nesse ponto, que o estatuto social é entendido como expressão do interesse social da companhia vis a vis os interesses dos acionistas, uma vez que aquele foi estruturado e aprovado pelos acionistas em sede de assembleia geral. Nos dois casos mencionados acima, o instrumento para exercício e formação do interesse social é o voto. Sendo assim, é possível entender que o direito de voto nas companhias é a forma de exercer e efetivar o interesse social³⁴.

Em resumo, o interesse social é formado pelos diferentes interesses dos *stakeholders*, incluindo os interesses dos acionistas, e é exercido por meio do direito do voto, seja nas assembleias gerais, seja nas tomadas de decisões no âmbito do cotidiano da administração dos negócios da

companhia. Dessa forma, quem exerce o voto tem o poder não só de dirigir a companhia no sentido de alcançar a concretização de seu interesse social, mas também de afastá-la desse objetivo. No segundo caso, em que o exercício do voto conflita com o próprio interesse social da companhia, está-se diante da figura do “conflito de interesses”, inerente às sociedades por ações.

3.2. CONFLITO DE INTERESSES

Em termos gerais, existe conflito de interesses quando existem interesses divergentes, ou seja, em se protegendo um interesse os demais necessariamente são ignorados ou até mesmo violados. O tema de conflito de interesses na sociedade por ações foge do escopo de análise do presente artigo, especialmente por se tratar de tema complexo em que ainda não há um consenso doutrinário. Serão abordados, de forma resumida, os diferentes tipos de conflito de interesses presentes nas companhias abertas, mas o presente artigo pretende focar nos conflitos que envolvem, mais especificamente, a possibilidade de atuação da administração da companhia como detentora do controle.

Basicamente, a doutrina classifica o conflito de interesses de três formas distintas: (i) conflitos entre acionista controlador e acionista minoritário; (ii) conflitos entre os acionistas, controlador e minoritário, e a companhia; e (iii) conflitos entre administradores e a companhia³⁵. Haveria, no entanto, uma quarta forma de conflito de interesses, principalmente dentro do contexto de companhias abertas de capital pulverizado, que não é comumente mencionada na doutrina, e que é o foco do presente artigo. A quarta forma de conflito de interesses, também denominada “conflito de agência”, é exatamente o conflito existente entre acionistas e administradores, quando aqueles não detêm o poder de controle da companhia, mas detêm a propriedade e, portanto, o risco inerente ao investimento³⁶.

Os primeiros autores a tratarem do conflito de agência, partindo da ideia econômica de risco de investimento do acionista capitalista (acionista titular de participação acionária), foram Berle e Means, ao conceituarem o conflito de agência como o desalinhamento dos interesses entre o principal, proprietário, e o agente, indivíduo ao qual o principal delegou o poder de controle³⁷. Diante do conceito de conflito de agência, e partindo-se da dissociação entre propriedade e poder de controle tratada no início deste artigo, é possível supor eventual desalinhamento de interesses, nas companhias abertas de capital pulverizado, entre os detentores da propriedade e os detentores do controle, ou seja, entre os acionistas capitalistas ou investidores, que assumiram o risco financeiro da companhia, e os administradores, que de fato exercem o direito de voto por meio da *proxy machinery*³⁸.

Nessa situação, os administradores, detentores do controle da companhia

por terem direito ao exercício de fato do voto, conseguem efetivar o interesse social não apenas no âmbito do cotidiano da companhia (nas esferas administrativas, para as quais eles foram eleitos), mas também no âmbito das assembleias gerais (atuando como representante dos acionistas), esfera esta que foge das suas competências determinadas em lei e/ou no estatuto social da companhia e que proporciona, nas condições normais, a tomada de decisão sem o risco de sofrer as consequências diretas, financeiras ou outras, dessas decisões³⁹. Isso possibilitaria a formação de um interesse social incompleto uma vez que possibilitaria o exercício do voto sem levar em consideração os interesses dos acionistas, que é um dos componentes centrais do conceito de interesse social adotado pelo presente artigo.

Portanto, este cenário pode gerar um conflito de interesses entre os interesses dos acionistas, que deveriam ser considerados para formação do interesse social da companhia, e o interesse social efetivamente formado em razão do exercício do direito de voto pelos administradores.

Exemplificativamente, é possível citar as seguintes hipóteses em que se verifica a existência do conflito de agência: (i) aprovação de operações de reorganizações societárias que geram, no curto-médio prazo distribuição de dividendos em menor quantidade aos acionistas⁴⁰ do que seriam distribuídos caso a operação em questão não fosse aprovada; (ii) administradores que, exercendo o direito de voto como se acionistas fossem, se perpetuam no cargo de administradores e passam a determinar as ações da companhia no longo prazo, sendo que estes não sofrem os efeitos mediatos e imediatos dessas decisões financeiras⁴¹; e (iii) determinação de remuneração dos administradores muito onerosa para as finanças da companhia, mas não onerosa o suficiente para ser considerada um dano, entre outras⁴².

É de se reconhecer que, tendo o administrador o poder de controle e exercendo-o de forma condizente com a legislação, com os deveres e obrigações inerentes ao cargo de administrador, e até mesmo com os interesses dos *stakeholders*, estaria ele teoricamente agindo de acordo com o interesse social da companhia. O conflito abordado no presente artigo está, na prática, presente nas situações em que o administrador de companhia aberta com capital pulverizado exerce o direito de voto, por meio do instrumento das *proxies*, como se acionista fosse e, nesse papel, o exerce de forma contrária aos interesses de fato dos acionistas⁴³. Essa espécie de conflito de interesses merece atenção uma vez que tais situações, por poderem vir a existir somente em companhias abertas com controle gerencial, não são abrangidas pelas regras de responsabilidade previstas na Lei das S.A., tal como será ilustrado a seguir⁴⁴.

4. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR E CONFLITO DE INTERESSES NA LEI DAS S.A.

Será analisado, em seguida, o tratamento dado pela Lei das S.A. à responsabilidade dos administradores com relação à companhia e aos

seus acionistas e, paralelamente, ao exercício do direito de voto de forma abusiva ou de forma conflitante com outros interesses para, então, ser demonstrado que há uma lacuna na lei para casos em que, exercendo o voto como se acionista fosse, o administrador respeita seus deveres como administrador, não exerce o voto de forma abusiva nem vai contra o interesse social, na concepção da teoria institucionalista descrita acima, mas, ainda assim, entra em conflito com os interesses dos acionistas.

4.1. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

A Lei das S.A. regula a responsabilidade do administrador em seus artigos 153 e seguintes, estabelecendo certos deveres – lealdade, diligência e informação – que devem ser observados pelos membros da administração da companhia. De forma resumida, todos os deveres atribuídos aos administradores regulam sua atuação como administradores de sorte a garantir que estes agirão de acordo com o interesse social da companhia e não em benefício próprio⁴⁵.

Considerando o conceito de interesse social advindo da teoria mista adotado no presente artigo, o administrador deve, então, agir de forma a compatibilizar a atuação da companhia com os interesses dos *stakeholders* e dos acionistas. Por exemplo, na situação em que o administrador, agindo dentro de sua competência, decide submeter à aprovação da assembleia geral certa reorganização societária, este administrador deverá comprovadamente analisar os impactos que tal reorganização terá na companhia, seus acionistas e *stakeholders*, e devidamente informar a assembleia geral sobre suas análises e conclusões. Somente então estaria o administrador exercendo seus deveres de lealdade, informação e diligência⁴⁶.

No entanto, o objetivo do presente artigo não é tratar das situações em que o administrador age como administrador, mas daquelas situações em que este age como se acionista fosse, por meio do exercício do direito de voto nas assembleias. Será analisado, em seguida, o tratamento dado pela Lei das S.A. a estes casos.

4.2. CONFLITO DE INTERESSES E RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR GERENCIAL

A Lei das S.A. regula o exercício do direito de voto de duas formas: no art. 115⁴⁷ quando exercido por qualquer acionista e nos arts. 116 e 117⁴⁸, quando exercido pelo acionista controlador. Resumidamente, temos as hipóteses⁴⁹ em que: o acionista exerce o voto (i) em desacordo com os interesses sociais, (ii) para obtenção de benefício pessoal, e (iii) de forma que resulte em dano à companhia ou aos demais acionistas⁵⁰.

Diante do exposto, portanto, é possível afirmar que, em qualquer das hipóteses descritas acima, somente serão abrangidas as situações de abuso do direito de voto ou exercício do voto em desacordo com o interesse social, quando o voto for exercido por acionistas⁵¹ e, também,

quando tal exercício efetivamente gerar conflito de interesses, tal como definido acima, ou seja, um dano à companhia ou aos demais acionistas ou quando for contra o interesse da companhia.

Entretanto, na companhia com controle gerencial quem exerce o direito de voto é o administrador, e não o acionista⁵². Além disso, conforme acima ilustrado, pode o administrador agir em conformidade com seus deveres e obrigações, não gerar dano à companhia nem, em tese, agir de forma conflitante com os interesses sociais da companhia, mas ainda assim ir contra os interesses dos acionistas. O intuito deste artigo é o de chamar atenção à possível falta de regra expressa para a responsabilização de controlador gerencial por conflito de interesses com os acionistas, nos casos em que o cenário de controle gerencial em companhia aberta com capital pulverizado venha a se concretizar no Brasil, e até mesmo à possível falta de regras que possibilitem e facilitem a fiscalização do controlador gerencial por qualquer acionista. Caso este conflito de interesses entre controlador gerencial e acionista se verifique, há, na legislação aplicável, apenas duas formas para os acionistas destas companhias reagirem às decisões tomadas pelos controladores gerenciais: entrar em juízo na tentativa de responsabilizar o administrador que agiu em conflito de interesses (o que, provavelmente, envolverá um processo demorado, custoso, e, possivelmente, ineficiente, e poderá repercutir negativamente na reputação da companhia com eventual desvalorização do valor de suas ações) ou tentar vender suas ações a outros investidores (que poderão não se interessar pela aquisição de tais ações em razão de terem tomado conhecimento da atuação desses controladores gerenciais).

CONCLUSÃO

O surgimento do controle gerencial na realidade brasileira pode ser facilitado por dois fatores: um, o absenteísmo dos acionistas nas deliberações sociais; outro, a pulverização da propriedade acionária. Esses motivos são distintos entre si, de modo que a existência de um não necessariamente implica no controle gerencial; entretanto, a presença de ambos aumenta em muito a probabilidade de sua configuração.

Esse novo tipo de controle dá margem ao conflito de agência entre os administradores e os acionistas. Tal divergência de interesses acarreta a necessidade de se rever a hermenêutica das normas da Lei das S.A. fundadas no poder de controle majoritário nas mãos dos titulares dos direitos de sócio, de forma a contemplar esse possível novo contexto.

Solucionar a lacuna ora identificada é essencial. Em havendo um cenário de companhia aberta com controle gerencial no Brasil, caso se verifique a necessidade de responsabilização de administrador em conflito de agência, seria possível adotar as seguintes medidas: (i) a aplicação do art. 115 da Lei das S.A. por analogia, de maneira

que o controlador gerencial, agindo na condição de acionista, seja responsabilizado pelo abuso do poder de controle e pelo conflito de agência, ou (ii) a alteração da Lei das S.A. para a inclusão de previsão expressa aplicável para a responsabilização do administrador no caso de abuso do poder de controle e conflito de interesses entre os controladores gerenciais e os acionistas de companhia de base pulverizada.

Entretanto, as soluções ora propostas apresentam algumas falhas, pois são decorrentes de uma análise inicial do tema, em um cenário em que ainda não se verifica a existência de fato de companhias de base pulverizada com controle gerencial no Brasil. A primeira solução, por exemplo, é demasiada frágil, uma vez que depende de uma análise caso a caso e a posteriori, da CVM, da existência de eventual conflito de interesses ou benefício particular, de sorte a averiguar a possibilidade de aplicar o mencionado art. 115 da Lei das S.A. por analogia para que o controlador gerencial possa ser responsabilizado, o que seria também extremamente custoso e moroso. A segunda solução, por sua vez, ainda que eficiente, seria extremada, pois acarretaria a necessidade de uma alteração legislativa de maneira a abordar a problemática ora analisada de forma a impedir, a priori, o administrador de votar em deliberações assembleares que o beneficiem de modo particular, ou em que tenha interesse conflitante com o da companhia ou com os demais acionistas.

O ideal, portanto, seria possibilitar que acionistas, ainda que titulares de participação irrisória, consigam ter acesso ao processo de tomada de decisão dos controladores gerenciais das companhias de sorte a evitar qualquer abuso de controle, por parte do controlador gerencial, ou exercício de voto conflitante com os interesses dos acionistas, sem a necessidade de uma análise a posteriori de cada decisão individualmente. Esta solução só poderá ser efetivada quando da verificação efetiva de um cenário de companhias com controle gerencial no Brasil, mas, até lá, há tempo para se aprofundar a análise da questão, partindo-se de casos concretos.

NOTAS

1 AZEVEDO, Luís André Negrelli de Moura. A Oferta Pública para Aquisição de Controle sob a Perspectiva da Companhia Aberta Ofertante. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário: Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 74.

2 A BM&FBOVESPA é uma companhia de capital brasileiro formada em 2008 a partir da integração das operações da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa de Mercadorias & Futuro.

3 OIOLI, Erik Frederico. *Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas*. Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais, v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 13.

4 AZEVEDO, Luís André N. de Moura. Ativismo dos Investidores Institucionais e Poder de Controle nas Companhias Abertas de Capital Pulverizado Brasileiras. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ___; (Coord.). *Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 228.

5 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do Direito Societário Brasileiro na Disciplina da Companhia Aberta: Avaliação dos Sistemas de Controle Diluído e Concentrado. In CASTRO, *op. cit.*, p. 121 a 122.

6 Conforme consulta feita ao site da Bovespa. Disponível em <<http://www.bmfbovespa.com.br>>. Acesso em 3 de abril de 2013.

7 SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 176 a 178 e 182 a 183.

8 CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial*, v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 111.

9 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 236.

10 MUNHOZ, *op. cit.*, p. 229.

11 Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

12 EIZIRIK, Nelson. Aquisição de Controle. Inexigibilidade de Oferta Pública. In CASTRO, *op. cit.*, p. 180.

13 CASTRO, *op. cit.*, p. 94.

14 OIOLI, *op. cit.*, p. 36.

15 OIOLI, *op. cit.*, p. 35.

16 MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle Não Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 128.

17 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 243.

18 Art. 126. §2º. O pedido de procuração, mediante correspondência, ou anúncio publicado, sem prejuízo da regulamentação que, sobre o assunto vier a baixar a Comissão de Valores Mobiliários, deverá satisfazer aos seguintes requisitos: a) conter todos os elementos informativos necessários ao exercício do voto pedido; b) facultar ao

acionista o exercício de voto contrário à decisão com indicação de outro procurador para o exercício desse voto; c) ser dirigido a todos os titulares de ações cujos endereços constem da companhia.

19 MACEDO, *op. cit.*, p. 129.

20 CASTRO, *op. cit.*, p. 218.

21 BERLE JUNIOR, Adolf; MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and the Private Property*. Nova Iorque: Editora Revista, 1967, p. 67 e ss.

22 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120.

23 OIOLI, *op. cit.*, p. 31.

24 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 239.

25 À época de publicação do artigo, em 1987, Nelson Eizirik, afirmou que a tese da dissociação entre propriedade e controle nas companhias abertas brasileiras mostrava-se inadequada de acordo com dados empíricos disponíveis. O autor criticou a tese de que o controle seria considerado como gerencial e não mais acionário nas hipóteses em que nenhum acionista ou grupo de acionistas possui mais de 10% do capital votante, uma vez que essa tese se limitaria a uma análise puramente numérica. E, caso essa premissa fosse aceita como ponto de partida para a análise da estrutura de capital das companhias abertas brasileiras, se verificaria a total inaplicabilidade da tese da separação entre propriedade e controle à nossa realidade, uma vez que, em estudo realizado à época, não se encontrou nenhuma companhia aberta em que o principal acionista detivesse menos de 10% do capital votante. Diante disso, o autor concluiu que no caso das companhias brasileiras, seria absolutamente incorreto cogitar-se da existência de controle gerencial. (EIZIRIK, Nelson. O Mito do “Controle Gerencial”: Alguns Dados Empíricos. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXVI, n. 66, pp. 103 a 106, Abr/Jun. 1987.

26 MACEDO, *op. cit.*, p. 135.

27 Nas palavras de Renato Ventura Ribeiro: “as regras e a disseminação da cultura de governança corporativa, em especial no tocante à totalidade de ações com direito a voto e dispersão acionária, podem facilitar o controle gerencial, se persistir o absentismo dos acionistas. Até o momento a dinâmica capitalista foi estruturada para que pequenos acionistas não tenham ou não possam influir no controle das companhias. E a governança corporativa, apesar de seus benefícios, pode servir para legitimar o atual quadro do capitalismo” (RIBEIRO, Renato Ventura. *Direito de Voto nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 54).

28 RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 113 a 119.

29 SADDI, Jairo. Conflito de Interesses no Mercado de Capitais. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Sociedade Anônima*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 339 a 360, 347 e ss.

30 “As novas roupagens do institucionalismo e do contratualismo favorecem o aparecimento de teses conciliadoras. O elo é a noção de responsabilidade social. Tal ideia demonstra o reconhecimento de interesses externos à companhia. Por outro lado, há uma tendência a observar-se a responsabilidade social, ainda que não pelos seus fins, mas para garantir maior rentabilidade à empresa, pois a prática de ações de responsabilidade social é benéfica à imagem e aos negócios da empresa” (RIBEIRO, *op. cit.*, p. 120).

31 BARRETO, Júlio. *O Conflito de Interesses entre a Companhia e seus Administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105.

32 “Uma das definições iniciais de R. Edward Freeman estabelece que *stakeholder* é aquele que tem algo a prêmio, tem interesse e pode afetar ou pode ser

afetado pela organização da firma (transparecendo uma visão sociológica da empresa). Sua contribuição ao estudo coseano da firma é considerar cada agente econômico com vontades e agendas distintas, razões práticas (no sentido aristotélico) que podem não ser necessariamente coincidentes. Assim, podem ser identificados certos atores sociais – aqui no sentido de *stakeholders* – que participam da esfera de atuação da empresa aberta. Esses atores, conforme visto, são agentes econômicos, racionais, com interesses explícitos de ver crescer os seus investimentos mobiliários. Ou seja, o único interesse real do acionista não controlador é aumentar seus benefícios econômicos ao longo do tempo, seja através do aumento do valor da sua ação, seja através da distribuição de dividendos e bonificações. Um segundo argumento define de forma igualmente definitiva os *stakeholders*, não quanto ao fim do aumento do valor das ações, mas quanto à forma de se atingir tal objetivo” (SADDI, op. cit., pp. 339 a 360, 347).

33 ROCHA, João Luiz Coelho da. *Administradores, Conselheiros e Prepostos das Sociedades Frente às Normas da Lei nº 6.404, do Código Civil Vigente, e do Anteprojeto da Lei Falimentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 2 e ss.

34 RIBEIRO, op. cit., p. 157.

35 SADDI, op. cit., pp. 339 a 360 e 348.

36 FREITAS, Bernardo Vianna; QUEIROZ, Antônio Nunes. Conflito de Agência nas Sociedades Anônimas: Uma Análise sob a Perspectiva da Teoria dos Jogos. In WALD, Arnaldo et al. (Coord.). *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais: Homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 119 a 152 e 122 e ss.

37 SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 11.

38 CASTRO, op. cit., pp. 57 a 58.

39 Ibidem.

40 Nas palavras de Rodrigo Rocha Monteiro de Castro: “Assim, ao pedir procuração a acionistas dispersos, com intuito de emitir, no conclave, votos favoráveis à sua proposta, o controlador gerencial poderá estar antecipando o processo deliberativo, visto que, obtendo procurações representativas da maioria das ações votantes (ou necessárias para aprovação do negócio, dependendo do *quorum* exigido por lei ou estatuto), estar-se-ia, implicitamente, aprovando sua proposta. De modo que eventuais justificação e defesa pública (em assembleia) somente teriam o condão de aumentar o número de votos favoráveis à realização da incorporação; jamais de submetê-la a verdadeiro escrutínio” (CASTRO, op. cit., p. 269).

41 Neste sentido afirma Rodrigo Rocha Monteiro de Castro: “ao admitir que a sociedade seja representada pelo administrador, a Lei 6.404/76 legitima situações potencialmente conflituosas. Apesar de não se tratarem de atos empresariais, as matérias deliberadas em assembleias podem repercutir substancialmente na empresa e no próprio controle empresarial. Invariavelmente interessam ao administrador – não porque aufera benefícios pessoais indevidos, mas pelo fato de permitir a consolidação de sua posição” (CASTRO, op. cit., p. 268).

42 Vale ressaltar, nesse ponto, que se reconhece a diferença entre conflito de interesses e abuso do direito de voto e até ato ilegal. O presente artigo irá focar apenas nos casos de conflito de interesses, sem levar em consideração atos claramente abusivos, danosos à companhia ou até mesmo ilegais.

43 Conforme mencionado anteriormente, foi adotada a teoria mista de interesse social pela qual o interesse básico e comum dentre os diversos interesses individuais dos acionistas é o de auferir lucro no curto e médio prazo por meio da distribuição de dividendos.

44 “O controle gerencial não existe como forma de controle societário; apenas como forma específica de manifestação de poder empresarial, caracterizado pelo domínio diretivo, ou seja, do diretor” (CASTRO, *op. cit.*, p. 277).

45 ROCHA, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

46 “Mais do que a supervisão que o conselho de administração faz da diretoria, o dever de diligência exige um sistema de monitoramento das atividades e informações da companhia de modo a assegurar que os direitos dos acionistas (e do mercado em geral) não estejam sendo violados em instâncias inferiores” (SILVA, *op. cit.*, p. 7).

47 Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

48 Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

49 RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 355 e ss.

50 Vale ressaltar que o escopo do presente artigo não é analisar e esclarecer as diferenças entre os referidos conceitos – abuso de direito de voto, conflito de interesses etc. – mas tão somente abordar o exercício do voto pelo controlador gerencial e sua eventual responsabilização por voto abusivo ou em conflito de interesse.

51 “O art. 116 da Lei 6.404/76 disciplina os deveres do acionista controlador, que responde por atos praticados com abuso de poder. Quem os pratica está, portanto, vinculado, patrimonialmente, à companhia – caso contrário não seria, necessariamente, acionista. Ausente esta vinculação, eventual controlador não se enquadra na definição desse artigo (...) tampouco se converte em acionista controlador o administrador (ou outro procurador institucional) que, por exemplo, represente 100% dos acionistas, cada qual titular de direitos de sócios representativos de 1% do capital” (CASTRO, *op. cit.*, p. 260).

52 “Em suma, o controlador gerencial, apesar de dominar as relações empresariais – a despeito de sua pequena (ou inexistente) contribuição para formação do capital social –, não responde por atos praticados de forma regular, atos estes “ordenados”, comandados, decididos por ele, reflexivos de seu poder de dominação da empresa. Por outro lado, a responsabilização será inevitável nos casos de haver procedido com culpa ou dolo, assim como com violação da lei ou do estatuto” (CASTRO, *op. cit.*, pp. 262 a 263).

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Luís André N. de Moura. “Ativismo dos Investidores Institucionais e Poder de Controle nas Companhias Abertas de Capital Pulverizado Brasileiras”. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; __; (Coord.). *Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARRETO, Julio. *O Conflito de Interesses entre a Companhia e seus Administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERLE JUNIOR, Adolf; MEANS Gardiner. *The Modern Corporation and the Private Property*. Nova Iorque: Editora Revista, 1967.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *Estudos de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de. *Controle Gerencial. v. 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

EIZIRIK, Nelson. O Mito do “Controle Gerencial”: Alguns Dados Empíricos. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXVI, n. 66, pp. 103 a 106, abr/jun. 1987.

FREITAS, Bernardo Vianna; QUEIROZ, Antônio Nunes. Conflito de Agência nas Sociedades Anônimas: Uma Análise sob a Perspectiva da Teoria dos Jogos. In WALD, Arnaldo et alii (Coord.). *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais: Homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle Não Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desafios do Direito Societário Brasileiro na Disciplina da Companhia Aberta: Avaliação dos Sistemas de Controle Diluído e Concentrado. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário: Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

OIOLI, Erik Frederico. *Oferta Pública de Aquisição do Controle de Companhias Abertas*. Coleção IDSA de Direito Societário e Mercado de Capitais, v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Direito de Voto nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ROCHA, João Luiz Coelho da. *Administradores, Conselheiros e Prepostos das Sociedades Frente às Normas da Lei nº 6.404, do Código Civil Vigente, e do Anteprojeto da Lei Falimentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SADDI, Jairo. Conflito de Interesses no Mercado de Capitais. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Sociedade Anônima*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2006.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DESMITIFICANDO O BRINKMANSHIP

Guilherme Abdallah Mundim

Discente do curso de Direito da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - DIREITO GV

DEMISTIFYING BRINKMANSHIP

artigo 04

pp. 060 - 074

São Paulo

RESUMO

O artigo busca realizar análise de uma estratégia de negociação conhecida como *brinkmanship*. Esse método de negociação ficou famoso como sendo agressivo e até mesmo perigoso. Por este motivo que o objetivo do presente trabalho é desmistificar a imagem do *brinkmanship*, demonstrar que ele pode ser eficiente quando bem utilizado, como exemplos históricos demonstram. Primeiramente, será feita uma exposição sobre o que é o *brinkmanship*, como ele surgiu. Em seguida, será apresentada uma problematização, e argumentos sobre por que muitos autores defendem que essa não é uma boa estratégia. Após as críticas, apresento os benefícios dessa estratégia, de que maneira ela pode ser bem utilizada, ilustrada pelo principal exemplo histórico de seu uso, a Crise dos Mísseis. Por fim, o *brinkmanship* é explorado de duas formas diferentes: como estratégia de defesa e na política internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Brinkmanship. Negociação. Ameaças. Confrontação. Desmistificação. Crise dos Mísseis.

ABSTRACT

The article tries to conduct a review of a negotiation strategy known as *brinkmanship*. This negotiation method became famous as being aggressive and even dangerous. For this reason, the aim of this work is to demystify the image of *brinkmanship*, demonstrate that it can be effective when properly used, as historical examples show. First, there will be a presentation on what is the *brinkmanship*, how it emerged. Then it will be presented a problematization, and arguments about why many authors argue that this is not a good strategy. After the critics, I present the benefits of this strategy, how it can be used well illustrated by the main historical example of its use: the Missile Crisis. At the end, *brinkmanship* will be analyzed by two different perspectives: as a strategy of defense, and in the international politics.

KEYWORDS: Brinkmanship. Negotiation. Treats. Confrontation. Demystifying. Missile Crisis.

"We're eyeball to eyeball, and I think the other fellow just blinked."

Dean Rusk

I. INTRODUÇÃO

A sociedade humana é regulada por determinados fenômenos que podem ser considerados constantes e moduladores dos eventos na vida das pessoas. Dentre tais fenômenos, observa-se a constância dos conflitos interpessoais. A convivência humana e o dinamismo social dependem dessas disputas, que podem ocorrer em diversos graus: entre pessoas, entre grupos sociais, entre empresas e entre Estados. Contudo, mais importante que os conflitos, são suas resoluções.

A existência de uma situação conflituosa pressupõe uma solução para que seja estabelecido um equilíbrio novamente. Atualmente, algumas formas de resolução de controvérsia se tornaram mais importantes e utilizadas. Dentre elas existem mediação, negociação, arbitragem e vias judiciais.

Ademais, de acordo com a doutrina especializada, a solução de um conflito pode ser focada em três esferas: interesses, direito e poder. A escolha do meio de resolução de controvérsia reflete o aspecto que as partes buscam focar.

Em uma disputa, as pessoas possuem certos interesses em jogo. Ademais, certos parâmetro e direitos existem para servir como guias no sentido de uma resolução justa. Em adição, há um certo equilíbrio de poder entre as partes. Interesses, direitos e poder são os três elementos básicos de uma disputa. Na resolução de um conflito, as partes podem focar sua atenção em um ou mais dos elementos básicos. Elas podem buscar (i) reconciliar seus interesses, (ii) determinar quem está certo, e/ou (iii) determinar quem é mais poderoso¹ (tradução livre)

Neste artigo será discutida a forma de resolução de conflito que foca no extremo do elemento de poder e é muitas vezes negligenciada. Será feita uma análise do *brinkmanship* e sua eficácia para solucionar conflitos em situações complexas e de tensão.

II. O QUE É *BRINKMANSHIP*?

O *brinkmanship* é uma estratégia de negociação que se baseia na conquista dos próprios interesses por meio de ameaças que fazem a parte oposta recuar. A estratégia visa à criação de uma situação que leva a consequências que são maléficas para ambas as partes. Contudo, a parte que força o cenário problemático visa a que ele seja tão prejudicial e ameaçador a outros que ele não se concretize de fato e permita que o novo cenário seja favorecedor a ela própria.

Thomas C. Schelling caracteriza o *brinkmanship* da seguinte forma:

Significa assediar e intimidar um adversário, o expondo a um risco compartilhado, ou dissuadir esse adversário mostrando que, se ele fizer um movimento adverso, pode causar uma perturbação que levará todos a deslizar por um barranco, independentemente da vontade de qualquer dos envolvidos² (tradução livre)

Nesta definição, podemos notar algumas das características importantes que devem ser levadas em consideração antes de se criar um *brinkmanship*. Duas são as principais: primeiro a necessidade de se criar um “risco comum”, levando as partes a crer na veracidade da ameaça, e que aquela que cria a situação está disposta a se sacrificar por seus interesses. A segunda característica importante é a capacidade de se fazer ameaças críveis.

Muitos autores comparam o *brinkmanship* ao chamado *chicken game*. Nesse jogo, duas pessoas, dirigindo seus respectivos carros, escolhem uma pista vazia e aceleram um em direção ao outro. Em sua obra “Common Sense and Nuclear Warfare”, Bertrand Russel explica o jogo:

Enquanto eles se aproximam (os carros), a destruição mútua torna-se cada vez mais iminente. Se um deles se desvia da linha branca antes do outro, este último, enquanto passa, grita “Chicken!”,

e aquele que desviou perde o jogo, tornando-se um objeto de desprezo.³ (tradução livre)

A metáfora comparativa demonstra de maneira elucidativa o que é buscado com a criação de um *brinkmanship*. No entanto, na maioria das situações de *brinkmanship*, uma das partes é responsável por gerar a situação, como se um dos carros estivesse parado e o outro viesse em sua direção, e cabe a quem está parado desviar do caminho.

É preciso ressaltar que situações de *brinkmanship* podem acontecer em qualquer esfera de negociação, basta uma estratégia que tenha em vista o contexto, as consequências e a forma mais adequada de ameaçar e instaurar um *brinkmanship*. Assim, é cada vez mais comum se encontrar esse tipo de tática em relações comerciais e jurídicas.

O episódio que ficou famoso como a “Crise dos Mísseis” é destacado como uma das principais situações de utilização do *brinkmanship*. No entanto, como demonstrado por Michael Schwarz e Konstantin Sonin “exemplos de *brinkmanship* podem ser encontrados em situações que vão de relações internacionais a filmes de Hollywood” (tradução livre)⁴.

III. PROBLEMATIZAÇÃO

Parte dos teóricos da negociação tece fortes críticas à estratégia do *brinkmanship*. Um dos principais pontos de discordâncias entre os doutrinadores em relação a esta estratégia é o risco criado por ela e as consequências que podem ser geradas caso nenhuma das partes desista ou desvie da situação criada.

Determinados autores caracterizam o *brinkmanship* como não sendo uma estratégia válida em situações nas quais a conversa diplomática seria ineficaz, mas como um jogo, perigoso, irresponsável e que depende da sorte dos membros envolvidos para que funcione. Bertrand Russel faz a seguinte crítica:

Ambos são responsáveis por jogar um jogo tão perigoso. O jogo pode ser jogado sem infelicidade, algumas vezes, mas mais cedo ou mais tarde será sentido que a perda de prestígio é mais terrível do que uma aniquilação nuclear. Chegará o momento em que nenhum dos lados poderá enfrentar o grito irônico de “Chicken!” do outro lado. Quando esse momento chegar, os estadistas de ambos os lados vão mergulhar o mundo em destruição.⁵

Teorias semelhantes à de Russel preveem que é inevitável o momento no qual o *brinkmanship* irá falhar, gerando uma situação pior do que a prevista. Além disso, existe o medo de que, uma vez instaurada uma situação de *brinkmanship*, seja difícil controlá-la e mantê-la dentro de uma linha de controle (*line of control*). Ao analisar a crise existente entre Índia e Paquistão, e a tensão nuclear existente entre ambos os países, Rebecca

Johnson afirma: “a sua postura em relação a armas nucleares em nada ajuda a solucionar os problemas, serve apenas para extrapolar o *brinkmanship* para além da linha de controle” (tradução livre)⁶.

Ademais, críticos atestam que o *brinkmanship* pode gerar um círculo vicioso de ameaças e vinganças. A parte que cedeu às ameaças passa a buscar o mesmo caminho em novas negociações, além de poder tornar a relação mais instável e de difícil resolução por vias diplomáticas. Sendo assim, o *brinkmanship* levaria a uma situação na qual “impor sua ameaça pode também incitar um desejo de vingança” (tradução livre).⁷

IV. O *BRINKMANSHIP* COMO UMA ESTRATÉGIA VÁLIDA

Em contrapartida às críticas, é possível considerar o *brinkmanship* como sendo uma boa alternativa para situações nas quais outras formas de solução de problemas não se apresentem eficientes. Isso, porque, nessas situações, levar a solução do conflito para uma esfera de disputa de poder pode ser necessário e até mesmo desejável.⁸

Tendo em vista as possíveis consequências em uma situação de *brinkmanship*, as partes envolvidas devem tomar decisões rapidamente, para evitar que a ameaça se concretize, e tenham perdas concretas. Dessa forma é possível afirmar que o *brinkmanship* permite que se tenha uma solução rápida. Ademais, essa estratégia impõe barreiras limitando determinadas atitudes. Esse fato se dá pois a parte deve tomar sua decisão considerando quais efeitos ela terá sobre a ameaça, que estará cerceando suas possibilidades.

É preciso notar que essa não é uma estratégia que visa o confronto. Além de poder solucionar o problema, ela pode acarretar em uma volta às negociações, ainda que de forma forçada e com determinados limites estabelecidos. Nesse sentido, Ury afirma:

Em algumas situações, negociações baseadas em interesses não podem ocorrer a não ser que procedimentos baseados em direitos e poder sejam inicialmente empregados a fim de trazer a parte recalcitrante para a mesa de negociações.⁹

No entanto, é inegável que o *brinkmanship* busca solucionar conflitos por meio da criação de uma situação que aumente o nível de tensão entre as partes. O objetivo de criar tal cenário é para que nenhuma das partes tome uma decisão imprudente ou desconsiderando todos os fatores. A criação de um *brinkmanship* obriga a parte a considerar as novas variáveis, e tender a aceitar a saída pela via da negociação e dos interesses. Logo, podemos dizer que o *brinkmanship* é a criação controlada de uma situação de risco para evitar outra que poderia ser pior e totalmente imprevisível.

É preciso ressaltar dois pontos fundamentais que tornam o *brinkmanship*

uma estratégia eficiente: (i) o fato de comprometer todas as partes envolvidas mostrando a credibilidade da ameaça e (ii) a questão emocional, já que ele se funda na criação de dúvidas e medos.

A. TORNANDO AMEAÇAS CRÍVEIS

O *brinkmanship* requer a criação de um descontrole crível. A situação deve se mostrar instável, bastando uma atitude desconforme de uma das partes para engatilhar o conflito previsto nas ameaças. No entanto, quem optar pelo *brinkmanship* deve ter em mente que o processo de criação dele deve ser totalmente controlado. Todos os elementos como declarações e atitudes devem ser previstos e pautados por uma tática.

Para que o *brinkmanship* funcione não se pode tomar atitudes impulsivas e que engatilhem um conflito antes que o “terreno esteja preparado”. Dessa forma, podemos dizer que ele se caracteriza pelo controle sobre o descontrole. Thomas C. Schelling caracteriza em seu livro o *brinkmanship* como a “criação deliberada de um **risco reconhecido e não totalmente controlável**” (tradução livre) (grifo nosso)¹⁰.

Nesse sentido, para que o *brinkmanship* funcione, o elemento do descontrole é essencial. Após o estabelecimento da situação, apenas a parte contrária deve ter o poder de impedir todos os efeitos decorrentes dela.

Em suma, pode fazer sentido manter o inimigo imaginando se estamos tentando fazê-lo ficar imaginando sobre a nossa própria motivação. Se o resultado é parcialmente determinado por eventos e processos que são, manifestamente, de alguma maneira fora de nossa compreensão e controle, é criado um risco genuíno para ele.¹¹

A credibilidade da ameaça é fundamental para que essa estratégia funcione. Essa característica essencial de um bom *brinkmanship* é exposta em artigo de Deepk Malhotra no qual ele analisa formas de tornar ameaças mais convincentes e, logo no início, afirma “o seu sucesso depende se a sua ameaça é crível. A outra parte verdadeiramente acredita que você está preparado para se afastar do acordo?” (tradução livre).¹²

Sendo assim, a mecânica do *brinkmanship* é a da transferência da responsabilidade. A outra parte deve entender que quem criou aquela situação não tem mais nenhum controle sobre ela, que está disposta a deixar que todas as consequências negativas ocorram.

Ademais, as ameaças devem criar uma situação na qual as duas partes fiquem à beira de um penhasco amarradas por uma corda: se uma cair, a outra será arrastada igualmente. Dessa forma, o ameaçador deve ter sempre em mente que o *brinkmanship* deve, imperativamente, criar uma situação na qual ambas as partes irão perder. Esse fator é determinante para tornar o *brinkmanship* crível.

Um exemplo clássico de ameaça crível pode ser encontrada na história

do conquistador espanhol Cortez. Quando ele chegou ao México, encontrava-se em menor número em relação aos Aztecas. No entanto, não poderia abandonar sua posição no continente. Como forma de demonstrar que não iria fugir e que a única opção seria a guerra, Cortez queimou quase todos os seus barcos, ficando apenas com um. Dessa maneira, sinalizou aos Aztecas que ele não possuía outra opção a não ser ficar, ao mesmo tempo em que impediu que seus soldados tentassem fugir da batalha.¹³

B. AFETANDO AS EMOÇÕES

A segunda característica essencial de um bom *brinkmanship* é que se consiga afetar as emoções da outra parte. Um bom negociador é conhecido por ser racional e impedir que suas paixões afetem seu julgamento em uma mesa de negociação. Sendo assim, uma das funções do *brinkmanship* é tirar o conforto do negociador, fazer com que esse descarte toda a sua estratégia, sobrando a ele a única opção de aceitar o que lhe é imposto, face aos perigos criados pelo *brinkmanship*.

Aplicando os ensinamentos de Sun Tzu, analogamente, é possível afirmar que o grande mérito ao utilizar-se um *brinkmanship* é “planejar secretamente, deslocar-se sub-repticiamente, **frustrar as intenções do inimigo e impedir seus planos**” (grifo nosso)¹⁴.

A pergunta que a outra parte deve se fazer não é “será que eles irão cumprir com a ameaça?”, essa questão deve estar clara para eles, e a resposta deve ser “sim”. A real indagação deve ser se realmente vale a pena continuar com suas ações e deixar que a disputa se concretize ou se não é melhor tentar um acordo. O *brinkmanship* deve contar com a confusão e o medo da outra parte de encarar as consequências que podem derivar de uma efetivação da ameaça e, por isso, é tão importante que a ameaça seja crível.

Além disso, o *brinkmanship* possui em sua essência algo além da pura ameaça, ele é uma forma de comunicação entre partes inimigas. Ele possui a função de enviar uma mensagem para a outra parte, de que determinados aspectos da relação precisam ser revistos, renegociados. Dessa forma, o *brinkmanship* se tornou uma linguagem da negociação e não da guerra. Podemos classificá-lo como uma “diplomacia fria”.

Apesar da crença de muitos, o *brinkmanship* não é antagônico a uma negociação. Esta estratégia permite que condições sejam impostas e que ambas as partes possam ter um cenário mais claro sobre as condições de negociações.

O *brinkmanship* gera uma situação na qual ambas as partes devem colaborar para que se chegue a um acordo razoável e que as favoreça. Logo, vemos nele uma forma de comunicação incisiva e que pode gerar consequências positivas durante um conflito. Adam D. Galinsky e Katie A. Lijonquist afirmam que um dos principais objetivos de uma ameaça

é “trazer a contraparte para a mesa de negociação” (tradução livre)¹⁵. Novamente, é possível observar a relação entre a esfera de interesses e de poder apontadas por Ury. Como o autor afirma “assim, no processo de resolução de uma disputa, o foco pode mudar de interesses à direitos e à poderes, e vice-versa” (tradução livre)¹⁶.

C. A CRISE DOS MÍSSEIS

A melhor forma de exemplificar o que foi exposto é por meio da situação mais famosa na qual foi utilizado o *brinkmanship*, a Crise dos Mísseis.

No início da década de 1960, ocorreu um dos principais eventos da Guerra Fria, a chamada Crise dos Mísseis. A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) montou, em Cuba, estações militares equipadas com a capacidade de lançamento de mísseis nucleares, que poderiam alcançar os Estados Unidos da América (EUA). A partir do momento em que o governo dos EUA conseguiu tais informações, foi instaurada uma crise internacional. A ameaça dos mísseis soviéticos gerou tensão durante treze dias, e a eminência de uma guerra nuclear.

Uma das posições elaboradas pelos chefes militares dos EUA era a de invadir Cuba para dismantelar as estações. No entanto, a cúpula do governo criou outra solução: estabelecer um bloqueio a Cuba, impedindo que navios soviéticos levassem à ilha os equipamentos e fossem obrigados a retornar. Caso os cargueiros ultrapassassem o limite de 500 milhas náuticas estipuladas a partir de Cuba, a marinha dos EUA tinha a permissão de interceptá-los por intermédio de uso de força. O ataque de uma embarcação soviética por uma norte-americana iria gerar graves reações internacionais, podendo ser a causa da guerra entre as duas nações. Dessa forma, é possível observar que os EUA criaram uma situação de *brinkmanship* para tentar solucionar a crise.

Todo o procedimento e decisões foram tomados e aprovados pelo presidente Kennedy e seu Secretário de Defesa Robert McNamara, afastando o poder de decisão do *joint of chiefs* (os chefes militares). Tal fato demonstra que o *brinkmanship* não é uma estratégia que visa ao confronto ou ao militarismo. Ela depende de uma análise de todas as possibilidades, e a sua criação deve ser totalmente controlada.¹⁷ No dia 22 de Outubro de 1962, o presidente Kennedy, em transmissão nacional, anunciava o bloqueio e a possibilidade de ataque da marinha aos navios soviéticos. Tal fato foi essencial para o funcionamento do *brinkmanship*, pois tornou a ameaça dos EUA crível, demonstrou para a URSS que, a partir daquele momento, aquele era o plano de ação, e que, se eles não mudassem os navios de curso, haveria o confronto.

No mesmo sentido, também foi fundamental, para que o *brinkmanship* funcionasse, a legitimidade das ações do governo dos EUA perante a comunidade internacional. Dessa forma, o governo norte-americano conseguiu a aprovação do bloqueio na Organização dos Estados

Americanos, de forma unânime, além de expor perante o Conselho de Segurança da ONU seus motivos.

O objetivo norte-americano era o de criar uma série de eventos que iriam “criar um crise até o ponto que o outro lado teria que seriamente considerar desistir, ou até mesmo os próprios Cubanos tomarem uma atitude sobre a situação” (tradução livre)¹⁸.

O resultado foi que os navios soviéticos respeitaram o bloqueio e retornaram. Nesse momento, Dean Rusk¹⁹ declarou “estamos olhando e o inimigo acabou de piscar”²⁰. Tal frase é uma boa maneira de ilustrar o *brinkmanship*, uma situação na qual duas partes se encaram e quem piscar primeiro perde.

A partir de tal atitude, os dois países puderam voltar à mesa de negociação e chegar a uma solução envolvendo as armas que já estavam em Cuba, e os mísseis dos EUA em países como a Turquia. Logo, é possível notar novamente a função exercida pelo *brinkmanship* de estipular limites, acabar com uma situação de tensão e permitir que as partes voltem para a negociação com a situação mais esclarecida.

O *brinkmanship* nesse caso foi utilizado com maestria, como uma ferramenta política para enviar mensagens à outra parte e buscar uma nova via diplomática. De acordo com o Secretário de Defesa Robert McNamara (responsável pela elaboração do plano, além de ter controlado os militares), o *brinkmanship* estava entre o meio militar e o meio político²¹.

V. O *BRINKMANSHIP* DEFENSIVO

O *brinkmanship* pode representar também uma estratégia defensiva de negociação. Um das partes cria uma situação de *brinkmanship* para impedir que terceiros tomem atitudes que possam lhe ser prejudiciais. Dessa forma, sempre que alguém for atuar em uma área que está “defendida por um *brinkmanship*” será necessário um processo de negociação e a parte que criou a situação de *brinkmanship* não será pega de surpresa.

Tal tática de defesa é amplamente utilizada em setores de alta competitividade. As empresas criam situações para que suas concorrentes não se aproveitem de seus momentos de fragilidade para atuar e ganhar mais mercado. O *brinkmanship* é como uma armadilha ou blindagem de mercado, pois tem o intuito de criar uma proteção contra negócios de outras empresas.

Uma maneira de utilizar tal estratégia é, por exemplo, se comprometer perante o público e ao mercado a tomar determinadas decisões para proteger seus negócios, caso necessário. Dessa forma, os concorrentes, sabendo que você está publicamente comprometido em atuar de determinada maneira e que não poderá recuar (pois isso seria prejudicial a sua reputação), adotarão uma postura que confronte suas bases de defesa.

Deepak Malhotra apresenta o exemplo de uma empresa que quer fazer uma proposta de compra para outra. No entanto, ela teme que, ao fazer

a oferta, sua maior competidora irá fazer uma contra-proposta, iniciando uma disputa de preços entre as duas. Sem haver provas das intenções da competição, a empresa decide realizar sua proposta. Contudo, um dia antes do anúncio, o CEO da outra empresa faz uma declaração pública dizendo que não possui planos de compras, mas irá fazer contrapropostas caso seja necessário para proteger os interesses de sua empresa. Assim:

artigo 04

pp. 060 - 074

São Paulo

O anúncio do CEO mudou o jogo. Ainda que seja caro para sua empresa fazer uma oferta, agora é ainda mais caro caso ela se esquive de cumprir o compromisso público feito. Caso a empresa falhe em apresentar uma proposta competitiva, é provável que ela sofra um golpe mais duro no mercado de capitais, do que se ela tivesse silenciado e deixado você fazer a proposta.²² (tradução livre)

Ressalta-se a importância do *brinkmanship* como uma das formas mais eficientes de defesa em uma situação de competição. Em contextos como o comercial, no qual empresas disputam pequenos pedaços do mercado a qualquer custo, as negociações diplomáticas são pouco eficazes, já que nenhuma das partes quer ceder. Dessa forma, atuar criando situações de *brinkmanship* faz com que os conflitos tomem outros rumos, e as empresas saibam os limites e a forma como devem proceder visando evitar um choque que pode ser prejudicial a todas.

É importante ressaltar que tal tática não se caracteriza por ser “anti-concorrencial”. Ela é apenas uma forma de proteção dentro de um ambiente de concorrência, e não de eliminação da mesma. Em determinadas circunstâncias, o *brinkmanship* pode estimular a concorrência, já que as partes devem buscar meios alternativos para se sobressair às outras.

A principal crítica dessa estratégia defensiva é a de que todos passariam a utilizar *brinkmanships*, inundando o mercado de situações de risco e incertezas. No entanto, como já apontado, a utilização de tal estratégia requer uma complexa elaboração, além de elementos que nem todos os agentes de um determinado setor dispõem. A princípio, é importante que a parte esteja disposta a se sujeitar aos riscos, sabendo que o resultado final pode ser negativo. Outro ponto importante é que, para se criar um *brinkmanship*, uma empresa, por exemplo, deve ter os recursos e elementos para criar uma situação que seja ameaçadora às outras.

VI. LIMITES NECESSÁRIOS À UTILIZAÇÃO DO BRINKMANSHIP

É preciso ressaltar que seria errado utilizar-se de *brinkmanship* em muitas situações, pois gera perigos desnecessários. Ademais, é preciso lembrar que a estruturação de um *brinkmanship* conta com o elemento surpresa, e com o preparo que se baseia em expectativas em relação às atitudes dos outros.

Sendo assim, a utilização de inúmeros *brinkmanships* por um mesmo

ente faz com que esta estratégia perca sua característica impactante, tornando-se previsível e perdendo seu elemento principal: a credibilidade da ameaça, já que, em determinado ponto, as outras partes vão passar a entrar nas situações de risco, causando um prejuízo grande e demonstrando a fraqueza daquelas ameaças. Além de que, com muitas situações de risco, torna-se mais difícil criar um ambiente favorável a novas negociações.

Por último, é preciso ressaltar que, apesar de o *brinkmanship* ser uma boa estratégia, é preciso saber lidar com as suas consequências. Um “ameaçador” pode conseguir administrar os prejuízos de um embate gerado por um conflito. No entanto, com diversos *brinkmanships* para serem administrados, caso surjam embates, os prejuízos podem ser extremamente prejudiciais, indo além do que foi previamente estipulado. Ou seja, o “ameaçador” pode sair mais enfraquecido por ter passado por diversas situações de crise do que seus oponentes.

Nesse sentido, em algumas situações:

Conciliar interesses é menos custoso do que determinar quem está certo, que por sua vez é menos custoso do que determinar quem é mais poderoso. Isto não significa que focar em interesses é invariavelmente melhor do que focar em direitos e poder, mas simplesmente que fazê-lo tende a resultar em menores custos de transação, maior satisfação com o resultado, menor tensão entre as partes e menor recorrência.²³

VII. O *BRINKMANSHIP* NA POLÍTICA INTERNACIONAL

Ao se tratar de utilização de *brinkmanship* em relações internacionais, as críticas tornam-se mais incisivas. A doutrina encabeçada por Bertrand Russel repudia esse tipo de estratégia nas relações entre Estados, pois acredita que ela cria um elevado risco de conflito, incluindo a possibilidade de guerra, que irá afetar não só as partes envolvidas diretamente, mas muitas outras pessoas.

Contudo, ao contrário do que os críticos acreditam, esta estratégia, especificamente em relações internacionais entre Estados, se distancia de um método militar e se aproxima da política. Como demonstrado na exposição sobre a Crise dos Mísseis, os políticos dos EUA consideravam que a política era tão importante no *brinkmanship* quanto a parte militar da estratégia. A face política é essencial para que a divulgação do plano, assim como as negociações posteriores, sejam eficientes.

Assim como em outras esferas, as ameaças entre Estados devem ser críveis e devem dar opções possíveis para a outra parte. Todavia, a principal diferença entre, por exemplo, um *brinkmanship* na política internacional e entre empresas é o fator legitimidade.

A partir do momento em que um Estado executa ações que possam parecer agressivas, e passíveis de estabelecer uma situação de

crise, é preciso que ele possua respaldo internacional. Tem-se assim que, caso outros Estados não aprovem a atitude, o *brinkmanship* perde sua credibilidade, podendo se tornar apenas uma ameaça, sem chances de se concretizar de maneira positiva.

Outra consequência da falta de respaldo internacional pode ser que outros Estados apoiem a parte contrária, o que facilitará sua decisão – já que ela terá apoio, diminuindo a sua tensão e responsabilidade – e aumentará a perspectiva de as consequências negativas serem diminuídas. Ademais, aquele que se utilizou do *brinkmanship* pode sofrer retaliação de outros países, por estes discordarem e repudiarem tal estratégia.

Além do mais, o *brinkmanship* raramente é uma estratégia que é utilizada isoladamente para solucionar uma crise. É preciso que, após estabelecido o *brinkmanship*, as partes já possam analisar a situação e suas possíveis consequências, para que haja troca de informações e diálogos diplomáticos a fim de que uma nova solução seja elaborada e as ameaças não se concretizem.

VIII. CONCLUSÃO

O termo *brinkmanship* possui um significado, de certa forma, pejorativo quando citado em determinados ambientes. Ele é relacionado com o uso de força extrema para atingir objetivos, com a irracionalidade do negociador que não prevê as consequências maléficas e, por alguns críticos mais extremistas, como sendo uma tática camicase, pois necessariamente levaria a um confronto que não é benéfico a nenhuma das partes. Ainda, acusam o *brinkmanship* de ser uma técnica egoísta por desconsiderar o que pode causar a terceiros, e “anti-diplomática” por ser, teoricamente, avessa à conversa diplomática.

Dessa forma, o principal objetivo desse trabalho foi desmitificar o *brinkmanship*. Demonstrar que todas essas críticas não correspondem ao que realmente essa estratégia proporciona e visa.

As sociedades humanas sempre foram estimuladas a buscar soluções para seus problemas a partir do momento em que enfrentavam crises, ou a possibilidade de uma. Dessa forma, o *brinkmanship* busca utilizar, em negociações, um dos principais instintos humanos, o de reagir a situações desconfortáveis. Diversas negociações ficam travadas, pois ambas as partes não querem sair de suas esferas de interesses. É nesse momento que a ameaça se torna importante. Ela força a saída das pessoas dessa “área confortável”, e faz com que elas sejam obrigadas a realizar concessões para que voltem para essa zona sem que tenham que enfrentar conflitos.

Em nenhum momento o *brinkmanship* visa ao conflito direto entre as partes. Ele se aproveita da possibilidade de uma crise com desdobramentos maléficos para ambos, para, assim, possibilitar que essas possam retomar as conversas diplomáticas, não de maneira

conflitante e sem querer abrir mão de seus próprios interesses, mas dispostas a conseguir fazer um acordo.

O *brinkmanship* é um retrato realista da sociedade humana. Ele é eficiente, pois lida com a essência das pessoas, não devendo ser negligenciado, e sim utilizado de maneira inteligente e em acordo com outras estratégias de negociação.

NOTAS

- 1 URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved*. PON Books. Cambridge. 1993.
- 2 SCHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Harvard University Press. Cambridge 1981, p.200.
- 3 RUSSEL, Bertrand. *Common Sense and Nuclear Warfare*. Nova York: Routledge Classics, 2001, p. 19.
- 4 SCHWARZ, Michael; SONIN, Konstantin, A. *Theory of Brinkmanship, Conflicts, and Commitments*. Disponível em: <http://slantchev.ucsd.edu/courses/pdf/schwarz-commitments.pdf>. Acesso em 09 de abril de 2013.
- 5 RUSSEL, Bertran. *Common Sense and Nuclear Warfare*. Nova York: Routledge, 2001, p. 19.
- 6 JOHNSON, Rebecca. *Nuclear brinkmanship is Not Deterrence*. Disponível em: <http://www.acronym.org.uk/dd/dd65/65rej.htm>. Acesso em 09 de abril de 2012.
- 7 GALINSKY, Adam e LILJENQUIST, Katie. Putting on the Pressure: How to Make Threats in Negotiations. *Negotiation*. v. 7, n. 12, dezembro de 2004.
- 8 URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved*. Cambridge: PON Books, 1993.
- 9 *Idem*.
- 10 SCHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Harvard. Harvard University Press, 1981, p. 200
- 11 SCHELLING, Thomas. *ob. cit.*, p. 201.
- 12 MALHOTRA, Deepak. Making Threats Credible. *Negotiation*, v. 8, n. 3, março de 2005.
- 13 Ross, Don. Game Theory. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2012 Edition. Stanford: Edward N. Zalta. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/game-theory/>. Acesso em 09 de abril de 2012.
- 14 TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Editora Record, 29ª ed. Rio de Janeiro: 2002, p. 30.
- 15 GALINSKY, Adam e LILJENQUIST, Katie. Putting on the Pressure: How to Make Threats in Negotiations., *Harvard Business Review*, dezembro de 2004, v. 7, n. 12. Boston: Harvard Business Publishing Newsletters.
- 16 URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved*. Cambridge: PON Books, 1993.
- 17 Ao analisar as vantagens do plano Graham Allison e Philip Zelikow apontam: “Either way, the blockade had several advantages: (1) It was a middle course between inaction and attack, aggressive enough to communicate firmness of intention, but still not so precipitous as a strike. (2) **It placed on Khrushchev the burden of choice for the next step. He could avoid a direct military Clash by keeping his ship away.** (3) No possible military confrontation could be more acceptable to the United States than a naval engagement in the Caribbean. At our doorstep, a naval blockad was invinsible. (4) A blockade permitted the United States, by flexing its conventional muscles, to exploit the threat of subsequent nonnuclear steps in each of which the United States would enjoy significant local

superiority” (ALLISON, Graham; ZELIKOW, Philip. *Conceptual models and the Cuban missile crisis: rational policy, organization process and bureaucratic politics*. Harvard University. Clearinshouse. p. 14. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=AD0674036>>. Acesso em 16 de abril de 2012. (grifo nosso).

18 GODUTI, Philip. *Kennedy's Kitchen Cabinet and the Pursuit of Peace: The Shaping of American Foreign Policy, 1961-1963*. Jefferson: McFarland and Company, Incorporated Publishers, 2009, p.170.

19 Secretário de Estado dos EUA, de 1961 a 1969.

20 DOBBS, Michael. *One Minute to Midnight: Kennedy, Khrushchev, and Castro on the Brink of Nuclear War*. Nova York: Alfred A. Knopf, 2008, p. 88.

21 GODUTI, Philip. *Kennedy's Kitchen Cabinet and the Pursuit of Peace: The Shaping of American Foreign Policy, 1961-1963*. Jefferson: McFarland and Company, Incorporated Publishers, 2009, p. 170.

22 MALHOTRA, Deepak. *Six Steps for Making Your Threat Credible*. Disponível em: <<http://hbswk.hbs.edu/item/4823.html>>. Acesso em 08 de abril de 2013.

23 *Ob. cit.*, p. 15

Referências Bibliográficas

ALLISON, Graham; ZELIKOW, Philip. *Conceptual models and the Cuban missile crisis: rational policy, organization process and bureaucratic politics*. Harvard University. Clearinshouse. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=AD0674036>>. Acesso em 16 de abril de 2012.

DOBBS, Michael. *One Minute to Midnight: Kennedy, Khrushchev, and Castro on the Brink of Nuclear War*. New York: Alfred A. Knopf, 2008.

GALINSKY, Adam; LILJENQUIST, Katie. *Putting on the Pressure: How to Make Threats in Negotiations*. Negotiation, v. 7, n. 12, dezembro de 2004.

GODUTI, Philip. *Kennedy's Kitchen Cabinet and the Pursuit of Peace: The Shaping of American Foreign Policy, 1961-1963*. Jefferson: McFarland and Company, Incorporated Publishers, 2009.

JOHNSON, Rebecca. *Nuclear Brinkmanship is Not Deterrence*. Disponível em: <<http://www.acronym.org.uk/dd/dd65/65rej.htm>>. Acesso em 08 de abril de 2013.

MALHOTRA, Deepak. Making Threats Credible. Negotiation, v. 8, n. 3, março de 2005.

MALHOTRA, Deepak. *Six Steps for Making Your Threat Credible*. Disponível em: <<http://hbswk.hbs.edu/item/4823.html>>. Acesso em: 08 de abril de 2013.

RUSSEL, Bertrand. *Common Sense and Nuclear Warfare*. Nova York: Routledge Classics, 2001.

TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.

SHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Harvard. Harvard University Press, 1981.

SCHWARZ, Michael; SONIN, Konstantin, *A Theory of Brinkmanship, Conflicts, and Commitments*. Disponível em: <<http://slantchev.ucsd.edu/courses/pdf/schwarz-commitments.pdf>>. Acesso em 09 de abril de 2013.

URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved*. Cambridge: PON Books, 1993.

FAMÍLIA E PARENTESCO: DIREITO E ANTROPOLOGIA

Laura Souza Lima e Brito

Aluna do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, nível doutorado

FAMILY AND KINSHIP: LAW AND ANTHROPOLOGY

artigo 05

pp. 076 - 092

São Paulo

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem comparativa entre o direito e a antropologia acerca da noção de família e de parentesco. Pretende uma valorização do direito de família como ciência social aplicada que se ocupa com a análise e solução de problemas complexos da sociedade ligados à existência da entidade familiar. Para tanto, são analisadas as intensas modificações ocorridas na concepção de família nas últimas décadas, destacadas pela antropologia, ressaltando como as mesmas foram absorvidas pelo direito de família no Brasil. Além disso, destaca-se – tanto para a antropologia quanto para o direito – o aspecto cultural da relação entre parentes, salientando-se a gravidade das repercussões do exame de DNA como prova de laço consanguíneo, mas não necessariamente de laço de parentesco, gravidade esta tão bem pontuada pelo Poder Judiciário brasileiro. Por fim, conclui-se que o direito de família, alinhado à antropologia, deve desenvolver trabalho complementar com a mesma, assumindo-se como *locus* privilegiado da interdisciplinaridade.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Parentesco. Paternidade socioafetiva. Exame de DNA

ABSTRACT

This paper presents a comparative approach between law and anthropology about the notion of family and kinship. It intends the appreciation of family law as an applied social science that deals with the analysis and solution of complex problems of society linked to the existence of a family unit. For this purpose, deep changes regarding the conception of family in the past few decades have been analyzed, as highlighted by anthropology, stressing how they were absorbed by family law in Brazil. Moreover - both to anthropology as to law - the cultural aspect of the relationship between relatives have been detached, highlighting the severity of the impact of DNA testing as proof of consanguinity bond, but not necessarily paternity bond, as Brazilian courts have repeatedly acknowledged. Finally, we conclude that family law, aligned to anthropology, must develop a complementary work, assuming itself as a remarkable interdisciplinarity locus.

KEYWORDS: Family. Kinship. Social paternity. DNA test

1. INTRODUÇÃO

Há uma preocupação, inclusive no meio acadêmico, acerca da existência de um atraso crônico do direito em relação às ciências sociais no que concerne à abordagem de novos desafios da família e da sociedade (GOMES, 2005, pp. 121 a 134).

Ocorre que o direito de família é uma área jurídica sob a qual se revelam os conflitos mais íntimos das pessoas, e pela qual são levados ao conhecimento do Poder Judiciário demandas tão diversas que escapam a qualquer tentativa de simplificação.

Pergunta-se, então, se seria possível demonstrar, por meio de uma análise comparativa entre o direito e a antropologia, que o direito de família não se omite em relação às particularidades das relações familiares, mas, ao contrário, oferece soluções a tais questões em complementaridade ao que apontam as observações sociais dos antropólogos.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo pontuar os aspectos jurídicos da noção de família e das relações de parentesco, de maneira a demonstrar que, tomado o direito como mais do que um conjunto de

normas estanques, o direito de família tem se mostrado como uma área em que os novos fenômenos sociais têm sido abordados e enfrentados, sem que seja esquecida da complexidade das relações humanas.

Justifica-se a presente abordagem em razão da necessidade de valorização do direito de família como uma ciência social aplicada que se ocupa com a análise e solução de problemas complexos da sociedade ligados à existência da entidade familiar.

Para tanto, este artigo realizará uma revisão bibliográfica da área de antropologia da família acerca da noção de entidade familiar e de parentesco, para que, então, seja realizado um contraponto com a abordagem jurídica – normas, jurisprudência e doutrina – desses mesmos temas, para que reste demonstrado que o direito de família tem se posicionado mesmo sobre os aspectos mais atuais da vida familiar.

Ressalte-se que o tema família é por demais amplo para ser exaurido – jurídica e antropológicamente – na extensão de um artigo. A questão do parentesco, então, mostrou-se um recorte adequado, em razão das valiosas contribuições que a antropologia fornece quanto à desvinculação dos laços entre parentes e a consanguinidade.

Por fim, ficará evidenciado que as ciências humanas acima elencadas – direito e antropologia – debruçadas sobre o mesmo objeto – a família – oferecem abordagens diversas, mas conclusões cujo conhecimento é necessariamente complementar para os estudiosos do tema.

2. O NOMOS COMO OBJETO DE PESQUISA

A primeira observação cabível neste artigo é a de que, tanto o direito quanto a antropologia possuem, em última instância, o mesmo objeto – o *nomos*. Tal expressão, de origem grega, significa aquilo que oposto à natureza (*physis*), ou seja, aquilo que é cultura¹. Na Grécia antiga, os usos mais importantes para a palavra *nomos* eram “(a) **uso ou costume** baseado em crenças tradicionais ou convencionais quanto ao que é certo ou verdadeiro; (b) **leis** formalmente esboçadas e passadas, que codificam o ‘uso correto’, elevando-o a norma obrigatória coberta pela autoridade do Estado” (GUTHRIE, 1995, p. 58) (grifo nosso).

Ainda, acerca dessa dupla acepção acima elencada para a expressão *nomos*, vale observar que o “primeiro uso foi o anterior (costumes), mas que nunca se perdeu de vista, de sorte que para a lei grega, por mais que fosse formulada por escrito e reforçada pela autoridade, permanecia dependente de costume e hábito (GUTHRIE, 1995, pp. 58 e 59).

Importa salientar que o senso comum busca organizar e explicar o caos, assim como o faz a ciência. Os antropólogos buscam entender essa ordem dada às sociedades, que podemos chamar de cultura. Ainda, a antropologia preocupa-se, de maneira especial, com o aspecto costumeiro da cultura, que, como visto acima, é uma das acepções do termo *nomos*:

Na antropologia, desde o início, houve uma preocupação com esse aspecto dinâmico da cultura, que está incorporada no estudo dos costumes. A ideia do costume é um pouco diferente da ideia de produto simbólico. Agora não se trata apenas do produto da ação humana, mas da própria natureza dessa ação: uma ação padronizada e organizada pelas regras, codificada simbolicamente e, como os bens culturais, carregada de significação. É essa dimensão do conceito de cultura que acredito ser a fundamental: aquela que toma por referência básica a regularidade e o significado do comportamento criado pela manipulação de sistemas simbólicos. (DURHAM, 1984, p. 27)

Os juristas, por sua vez, também procuram entender a ordem imposta às sociedades por meio do monopólio da força física detido por um soberano. Diante disso, observa-se que as regras culturais – tanto os costumes, quanto as normas jurídicas – possuem relação intrínseca e, em última análise, constituem o mesmo objeto de estudo para ambas as ciências em comento. É verdade que a antropologia e o direito não são a mesma ciência, inobstante possam tratar, numa visão mais ampla, de um mesmo objeto. O recorte, os limites dados ao tema, assim como os métodos utilizados por essas duas ciências são, em regra, muito divergentes. Enquanto o trabalho do antropólogo pode ser entendido, como sugere Oliveira, em três etapas: olhar, ouvir, escrever (OLIVEIRA, 2000, pp. 17 a 35); dogmaticamente, o trabalho do jurista é visivelmente voltado para uma técnica de decisão:

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. (FERRAZ JR., 2003, p. 82)

Em suma, no que concerne ao objeto normativo (*nomos*), a antropologia descreve e o direito prescreve.

3. A NOÇÃO DE FAMÍLIA

Primeiramente, cumpre ressaltar que família é palavra que não oferece um conceito fechado – nem para a antropologia, nem para o direito –, mas que pode ser estudada como uma noção processual, dinâmica, visto que é uma instituição cultural e, por isso, modifica-se geográfica e historicamente.

Nesse sentido, Durham destaca que o estudo dessa instituição requer cuidado especial com a tendência do senso comum de “naturalizar” o conceito de família, noção essa que é eminentemente cultural:

No caso da família, entretanto, a tendência à “naturalização” é

extremamente reforçada pelo fato de se tratar de uma instituição que diz respeito, privilegiadamente, à regulamentação social de atividades de base nitidamente biológica: o sexo e a reprodução. (...)

O problema inicial do estudo de família é dissolver essa aparência de naturalidade para percebê-la como criação humana mutável. (DURHAM, 1983, p. 15)

Reconhecida a tendência de naturalização da noção de família², pode-se admitir que, até muito recentemente, em nossa sociedade, família foi identificada como o modelo conjugal ou nuclear: “a família é a unidade constituída pelo marido, a mulher e seus filhos, que forma um grupo doméstico” (DURHAM, 1983, p. 32).

Contudo, atualmente, as pesquisas na área da demografia e da antropologia demonstram que, em nossa sociedade, na composição das unidades domésticas, a descrição de modelos familiares distintos do nuclear é numerosa em qualidade e quantidade. Dentre eles, tipicamente, as famílias constituídas por casais sem filhos, as famílias monoparentais e os domicílios ocupados por uma única pessoa.

De acordo com os dados do IBGE, entre 2001 e 2009, nas pesquisas nos domicílios brasileiros, houve uma queda considerável na porcentagem de unidades ocupadas por famílias nucleares, como se observa da tabela abaixo³:

Modelo familiar	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Família unipessoal	9,2	9,3	9,9	10	10,4	10,7	11,1	11,6	11,5
Casal com filhos	53,3	52,8	51,5	50,9	50	49,4	48,9	48,2	47,3
Casal sem filhos	13,8	14,1	14,4	14,6	15,1	15,6	16	16,7	17,4
Mulher sem cônjuge com filhos	17,8	17,9	18,1	18,2	18,1	18,1	17,4	17,2	17,4

Da mesma forma, evidenciando a correspondência dos objetos de pesquisa entre o direito e a antropologia, a modificação da noção de família no campo jurídico também pode ser percebida de maneira clara. Os limites para a verificação, na visão do direito, de se um arranjo social pode ser considerado como família ou não, ou seja, merecedor da “especial proteção do Estado”, são observados na Constituição da República de 1988⁴:

Artigo 226. A **família, base da sociedade**, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O **casamento** religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - **Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a**

união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - **Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.**

§ 5º - **Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.**

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.**

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifos nossos)

Diversa era a acepção de família presente na Constituição imediatamente anterior, de 1967⁵:

Artigo 175. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos;

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais. (grifo nosso)

A doutrina jurídica também consagrou as modificações ocorridas na noção de família no último século. Na obra de Washington de Barros Monteiro, cuja atualização é de responsabilidade de Regina Beatriz Tavares da Silva, é possível perceber no próprio texto as mudanças na acepção do objeto que é próprio do direito de família. Em sua primeira parte, do texto original, observa-se a naturalização do conceito de família consanguínea:

Necessário, destarte, antes de mais nada, precisar o sentido da palavra família, suscetível, na linguagem jurídica, de diversas significações. Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo de consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. (MONTEIRO, 2012, p. 17)

Após a adaptação da obra às modificações mais recentes da noção jurídica de família, observa-se a transformação no conceito: nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, pela união estável, pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes e, ainda, pela socioafetividade (MONTEIRO, 2012, p.17).

As transformações na noção de família no direito brasileiro também já foram amplamente reconhecidas pelo Poder Judiciário, sendo certo que o trecho abaixo transcrito revela com precisão o vanguardismo do direito de família no Brasil, com o entendimento da possibilidade da existência de família mesmo sem a presença de ascendentes:

(...) o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas (...). O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares (...). Nessa senda, a chamada **família anaparental - sem a presença de um ascendente** -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA(...). (STJ, RESP. N. 1.217.415/RS, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy, D.J. 19/06/2012) (grifo nosso)

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 615) reconhece que o processo de transformação da noção de família “foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar”.

Vale ressaltar que as razões para as modificações, acima relatadas, estão intimamente ligadas com o desenvolvimento do capitalismo, sistema em que o sexo do trabalhador é irrelevante, desde que o

mesmo possa vender sua força de trabalho (DURHAM, 1983, p. 34). Desta feita, a industrialização colocou em xeque a divisão sexual do trabalho tradicional, que mantinha o modelo nuclear de família.

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho e a sua participação na renda familiar, as relações de poder no seio da família se modificaram, tornando inviável a manutenção de um modelo exclusivo para a instituição em tela. Diante disso, a dependência econômica entre homem e mulher se desfez, de maneira que a manutenção do modelo tradicional de família só se justifica caso seja aquele que satisfaz os projetos de cada indivíduo dentro do contexto familiar. Como bem salienta Singly (2007, p. 152):

O trabalho assalariado da mulher transforma, em parte, a natureza dos laços que a unem a seu parceiro. **Ele permite ter a chave de casa.** Esse ponto é tanto mais importante quanto o amplo lugar da afeição nas relações conjugais. A abertura de um segundo mercado para as mulheres (além do matrimonial) lhes dá a possibilidade de só viver conjugalmente por motivos amorosos. (grifo nosso)

Os meios de controle da natalidade também foram determinantes para as mudanças percebidas ao longo das últimas décadas no que concerne aos modelos aceitos sob a rubrica de família. A possibilidade de manutenção de relações sexuais sem reprodução permitiu uma maior liberdade na troca de parceiros, permitindo que fosse possível a manutenção de uma vida social sem o casamento. Ainda, para as pessoas casadas, os métodos contraceptivos permitiram o planejamento familiar, inclusive, com a opção de não ter filhos.

Tais pontos são evidenciados também no plano do direito, vez que, conforme se observa do §5º do artigo 226 da Constituição da República vigente, acima citado, não há mais diferença institucional entre os papéis masculino e feminino na condução da sociedade conjugal, o que é, antes de tudo, um corolário lógico do princípio da igualdade de gêneros abraçado pela mesma Constituição (artigo 5º, inciso I).

Ainda, também a liberdade no planejamento familiar foi contemplada na Lei Maior, a reforçar que nenhuma mulher pode ser obrigada a ter ou deixar de ter um filho contra a sua vontade (artigo 226, §7º, da Constituição da República).

Por fim, ainda no que concerne à noção de família, cabe ressaltar que, inobstante a família seja cultural e, como tal, flexível e mutável, uma de suas bases é a proibição do incesto. A esse respeito, Lévi-Strauss chamou a atenção para o “terrível mistério” que é a universalidade da proibição do incesto, ainda que esta seja uma regra e, como tal, relativa e particular. Em suas palavras:

Encontramo-nos assim em face de um fato, ou antes de um

conjunto de fatos, que não está longe, à luz das definições precedentes, de aparecer como um escândalo, a saber, este conjunto complexo de crenças, costumes, estipulações e instituições que designamos sumariamente pelo nome de proibição do incesto. Porque a proibição do incesto apresenta, sem o menor equívoco, e indissolivelmente reunidos, os dois caracteres nos quais reconhecemos os atributos contraditórios de duas ordens exclusivas, isto é, constituem uma regra que, única entre todas as regras sociais, possui ao mesmo tempo caráter de universalidade. (LÉVI-STRAUSS, 2009, pp. 45e 46)

Não poderia ser diferente na seara jurídica, em que o incesto é terminantemente proibido pelo Código Civil, tanto no caso de parentesco consanguíneo, quanto no caso de parentesco não biológico, no capítulo dos impedimentos para o casamento (artigo 1.521 do Código Civil).

Saliente-se, ainda, nesse sentido, que, da mesma forma que o parentesco próximo impede a formação de uma família pelo casamento, o direito brasileiro não reconhece como família constituída por união estável quando presente qualquer dos impedimentos para o casamento acima referidos (artigo 1.723, §1º, do Código Civil).

Em suma, inobstante a impossibilidade de definição de um conceito de família, é possível, por meio das ciências antropológica e jurídica a percepção de um conjunto de regras e tradições que permitem a identificação do que é família para determinada comunidade cultural. E, ainda, que para o direito de família brasileiro, a noção de entidade familiar abarca a abertura própria desse fenômeno social.

4. AS RELAÇÕES DE PARENTESCO

No que concerne às relações de parentesco, a advertência de Eunice Durham, acima referida, sobre os riscos da naturalização da noção de família deve ser rigorosamente observada (DURHAM, 1983, p. 15). É nesse sentido que Romanelli (2003, pp. 80 a 81, grifo nosso) salienta o caráter não natural da instituição doméstica:

(...) a dimensão biológica (da instituição doméstica) é elaborada culturalmente em todas as sociedades humanas e adquire significado mediante a construção de normas e modelos que passam a orientar o conjunto das relações familiares, inclusive na expressão de vínculos afetivos do par conjugal e entre esses filhos. (...) **Assim como os laços de aliança são instituídos a partir de ordenações culturais, as relações entre pais e filhos também são construídas do mesmo modo, sobrepondo-se ao aspecto biológico do processo reprodutivo.** (grifo nosso)

A ligação que possui o parentesco com a reprodução conduz ao

reforço dessa noção de que os vínculos familiares seriam decorrentes dos laços sanguíneos, o que é uma falácia. O parentesco é um fato cultural e não biológico.

Importante destacar que foi a antropologia que, por meio de suas pesquisas de diferentes culturas, possibilitou que fosse evidenciada a dimensão cultural das relações de parentesco, pois o que parecia natural e biológico em uma sociedade era encarado de maneira diversa em outra comunidade humana. Ora, se as regras de parentesco fossem derivadas da consanguinidade, certamente, por naturais, deveriam ser universais. Contudo, estudos antropológicos demonstraram que a ideia de parentesco é particular, ou seja, pertencente ao mundo da cultura.

É fato que não se pode negar que as ligações entre as pessoas frequentemente podem ser descritas em termos genealógicos, mas também podem ser descritas de outras formas (CARSTEN, 2000, p. 1). Por exemplo, Eunice Durham (1983, pp. 23 e 24) destaca a análise realizada por Malinowski acerca da família trobriandesa⁶, que evidencia a artificialidade das relações de parentesco, em razão da extrema diferença que existe entre a organização da família trobriandesa e a da nossa:

Os trobriandeses constituem um dos casos (relativamente raros) de sociedades que negam totalmente a participação do genitor no processo reprodutivo. Acredita-se que as crianças sejam concebidas através de espíritos que vagam sobre as águas e penetram na vagina das mulheres quando estas se banham. Relações sexuais nada têm a ver com o caso, a não ser no sentido mecânico de que a perda da virgindade é necessária para alargar a abertura vaginal a fim de permitir a penetração do espírito-bebê (o que, aliás, segundo os próprios trobriandeses, pode ser obtido por outros meios que não o coito). A relação com a mãe é ao mesmo tempo física e espiritual e todos os parentes em linha materna são pensados em termos muito semelhantes ao que chamamos de “comunidade de sangue”. **Por outro lado, o pai é estritamente um afim e não um parente – é o marido da mãe, algo correspondente à nossa noção de padrasto.** (grifos nossos)

Outros exemplos antropológicos que reforçam o caráter cultural do parentesco são citados por Romanelli (2003, pp. 81 e 82):

Que a paternidade é fato cultural pode ser documentado pela separação que certas sociedades primitivas, como os **nayar**, fazem entre pai biológico, ou “genitor”, responsável pela fecundação de uma mulher, e pai social, ou “pater”, aquele que assume social e legalmente a paternidade de uma criança. Outro exemplo da construção cultural da paternidade ocorre entre os **nuer** e os **zulu**. Nessas sociedades, uma mulher assume simbolicamente o papel de

um irmão que faleceu sem ter deixado filhos e casa-se socialmente com outra mulher, a fim de, indiretamente, gerar descendentes para dar continuidade à linhagem do irmão. Esse casamento não constitui empecilho para a mulher que ocupa o lugar simbólico do irmão ter um parceiro sexual, que não é socialmente seu marido e com quem terá filhos. Assim, o irmão falecido torna-se “pater” dos filhos gerados por sua irmã com um parceiro, que é de fato o pai biológico ou “genitor” desse filho. (grifos nossos)

O que se verifica, diante disso, é que as relações de parentesco são definidas independentemente das ligações biológicas, contrariando a concepção de parente tipicamente ligada à noção de família nuclear.

Observe-se, nesse sentido, que não é diferente a percepção do parentesco em seu aspecto jurídico, inclusive, porque, como visto acima, a noção de família, no direito brasileiro, já não se identifica com a família nuclear. Conforme se verifica do artigo 1.593 do Código Civil brasileiro: “**O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem**” (grifo nosso).

O texto da norma é claro: parentesco pode ser natural, identificado pela consanguinidade; ou civil, o qual se origina de qualquer outra origem – afinidade, adoção, socioafetividade ou, na contemporaneidade, pelas técnicas de reprodução assistida. Nesse ponto, merece destaque que são justamente as novas tecnologias que levaram o legislador a optar pela expressão “outra origem”, extremamente aberta, para que novas formas de ligação familiar não ficassem excluídas da noção jurídica de parentesco.

É importante destacar, desde já, que a distinção da espécie de parentesco, para fins de discriminação entre filhos, é constitucionalmente proibida no Brasil, como forma de eliminar os preconceitos típicos advindos da noção nuclear de família, como, por exemplo, a ideia de filhos legítimos e ilegítimos. É o que consta do artigo 227, §6º, da Constituição Federal: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A percepção do parentesco, no sentido exclusivamente jurídico, é feita em linha reta (pais, avós, filhos, netos) ou colateral (irmãos, tios, sobrinhos), com contagem de graus por meio da identificação do ascendente comum (artigos 1.591, 1.592 e 1.594 do Código Civil).

Além do parentesco com a família de origem, há o estabelecimento do parentesco por meio do casamento ou da união estável, ou seja, com a família de procriação. Maridos e esposas não são parentes, mas, dentro de limites jurídicos, passam a ser parentes da família de origem de seu companheiro (artigo 1.595 do Código Civil).

É preciso notar que o parentesco por afinidade em linha reta é mantido mesmo com a dissolução do casamento entre as pessoas – e, com

o Código Civil atual, mesmo em casos de união estável. Isso consagra uma noção moral de nossa sociedade, nos seguintes termos:

A nova regra tem apoio nos princípios morais que a inspiram, de modo a impedir não só a celebração de casamento, mas também a constituição de união estável entre parentes afins e em linha reta, como sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, mesmo diante da extinção das relações que deram origem a esses vínculos de parentesco (BARROS e TAVARES DA SILVA, 2012, p. 422).

A manutenção do parentesco por afinidade, no caso do direito de família brasileiro, assim como a consequente proibição da formação de nova família de procriação dentro da anterior, vem a corroborar a noção acima exposta de que a formação da entidade familiar está intimamente ligada à proibição de incesto.

Em suma, a concepção de parentesco, como observada pela antropologia e determinada pelas normas jurídicas, não tem ligação intrínseca com o fato da consanguinidade, mas, efetivamente, com o reconhecimento de um papel social a ser exercido.

4.1 O PARENTESCO E O EXAME DE DNA

Em continuidade com que o que foi acima exposto, ou seja, de que o parentesco não se trata de um laço biológico, destaca-se a contrarrevolução que pode ser identificada pelo advento do exame de DNA.

Não se nega a relevância do exame de mapeamento genético, inclusive para reconhecimento de paternidade. Contudo, também devem ser salientadas as repercussões graves que a adoção da prova científica de paternidade pode ter.

Conforme relata Claudia Fonseca (2004, p. 13), há hoje no Brasil uma onda de testes de DNA que desafia a imaginação.

A busca pela “verdade real” acerca da paternidade contraria, de maneira frontal, a convicção, já assentada, de que a paternidade não é uma espécie de vínculo biológico, fazendo com que pais que sempre exerceram o papel social como tal se desfaçam dessa incumbência; enquanto se descobrem pais biológicos que nunca cumpriram ou vão cumprir o compromisso paterno conforme esperado em nossa sociedade.

Ainda assim, movidos pelo ímpeto de checar a fidelidade de suas companheiras, o número de homens que buscam os testes de DNA aumenta cada vez mais, inclusive com suporte financeiro do Estado, sob a alegação de que “têm o direito de saber” (FONSECA, 2004, p. 23).

Ocorre que, dentro desse contexto, mesmo sem adentrar-se no mérito de se há ou não um “direito de saber” por parte dos pais que registram filhos que acreditaram serem seus, é grave o caso das tentativas de desfazimento de vínculos de paternidade, por meio de exame de DNA, nos casos de adoção à brasileira.

Explica-se. A adoção à brasileira nada tem a ver com a adoção como

instituição reconhecida pelo direito brasileiro. A adoção à brasileira ocorre quando um homem, ciente de que o filho que sua namorada ou companheira espera não é biologicamente seu, registra-o como se o fosse, sem cumprir qualquer uma das exigências da adoção regulamentar. Como bem anota Fonseca (2004, p. 20): “Nesse caso, parece que registrar o filho da companheira quase que substitui o casamento, servindo para marcar a nova aliança entre homem e mulher”.

Ocorre que, nos casos em que essa união se rompe posteriormente, com a possibilidade do exame de DNA, os homens que registraram filhos biológicos de outrem como se seus fossem, sentem-se livres para questionar a paternidade no Poder Judiciário, pretendendo romper não só o vínculo matrimonial, como também o de paternidade, sob o fundamento de que não existem laços consanguíneos.

Mas é preciso entender que estes homens, na maioria dos casos, criaram esses filhos por longos períodos, inclusive com desconhecimento da prole de que não se tratava de um vínculo consanguíneo. Com isso, restou estabelecido uma espécie de vínculo hoje reconhecido como paternidade socioafetiva, ou seja, a paternidade independente do compartilhamento biológico, que se constitui no plano dos fatos, por meio do que se convencionou chamar da posse do estado de filho.

Essa tentativa – de desfazimento da paternidade nos casos de livre escolha pelo registro – não pode ser admitida, em razão da inexistência, já pontuada, de ligação imediata entre vínculo consanguíneo e parentesco e/ou paternidade.

Em consonância com o acima exposto, pleitos como esses vêm sendo reiteradamente rechaçados pelo Poder Judiciário brasileiro, com a convicção de que, também juridicamente, a paternidade não se trata de um vínculo biológico.

Nesse sentido, são didáticos os trechos abaixo transcritos, excertos de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Civil. Recurso especial. Registro civil inverídico. Anulação. Possibilidade. **Paternidade socioafetiva. Preponderância.** 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. **Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de**

uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido. (STJ, RESP. N. 1.244.957/SC. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 07/08/2012) (grifos nossos)

Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, **se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.** 3. Recurso especial não provido. (STJ, RESP. N. 1.059.214/RS. 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ. 16/02/2012) (grifo nosso)

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. **Mera dúvida acerca do vínculo biológico.** Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado. **O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos**

autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito. Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dúvida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc.VI, do CPC, por carência da ação. **Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário?** Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. **Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado (...)** (STJ, RESP. N. 1.067.438/RS. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 03/03/2009) (grifos nossos)

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. **O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.** Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. **Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-**

país. (STJ, RESP. N. 1.003.628/DF. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 14/10/2008) (grifos nossos)

Diante disso, o exame de DNA, que está necessariamente atrelado à descoberta de vínculos genéticos, independentemente de sua extrema relevância, não é instrumento apto à construção ou desconstrução imediatas de vínculos de parentesco, nem mesmo à formação ou desmantelamento de uma família. Em suma, como os laços de parentesco são culturais, o que é reconhecido tanto pela antropologia, quanto pelo direito, o resultado do teste de DNA não passa a ser, necessariamente, a confirmação da existência ou não de um vínculo de parentesco e/ou paternidade.

5. CONCLUSÃO

Os temas acima explorados estão muito distantes de esgotar a interface entre o direito e a antropologia, mesmo no que tange ao objeto de estudo família.

Ainda assim, entende-se que os diálogos realizados acima entre as duas áreas foram suficientes para demonstrar que os estudos antropológicos e jurídicos apresentam resultados convergentes na abordagem das relações familiares.

O direito de família brasileiro, revelado tanto pelo ordenamento jurídico, como de maneira especial pelo Poder Judiciário, reforçado pela doutrina especializada, reconhece o caráter cultural da entidade familiar e dos laços de parentesco, de modo que tem enfrentado e abraçado à complexidade e às intensas modificações operadas no modelo familiar vigente.

Em outras palavras, não se pode admitir a perpetuação do senso comum, principalmente no campo do estudo da família, no sentido de que “o direito vem sempre por último”, sob pena de desvalorização da produção jurídica, destacadamente a doutrinária e jurisprudencial, no cenário brasileiro.

Ao contrário do que é comumente reproduzido, o direito de família se afirma como “espaço privilegiado para a discussão dos diferentes olhares sobre a familiaridade, algo que pode vir a contaminar todo o Direito de uma mobilização para a interdisciplinaridade” (COLARES, 2000, p. 323).

É preciso reconhecer que o direito regulamenta a mesma realidade que a antropologia observa. Ou seja, o objeto de estudo, quando o mesmo, como no caso da família, não pode apresentar divergências substanciais.

A diferença, como acima apontado, é que o direito precisa prescrever condutas, enquanto a antropologia precisa descrevê-las. Com isso, a inter-relação entre ambas as ciências é necessária, pois o direito deve prescrever, de modo geral, condutas aceitas pela comunidade, enquanto a antropologia, ao descrevê-las, observa se as condutas são transgressoras ou não das regras ditadas pelo direito.

NOTAS

1 Ainda hoje a ideia de cultura é oposta à ideia de natureza, como se observa dessa relevante passagem: “O que o conceito antropológico de cultura pressupõe é exatamente que essas qualidades (excelência técnica, riqueza formal ou complexidade simbólica) estão presentes em todo comportamento social humano. (...) **Para classificar todas as ações como sendo igualmente culturais, a antropologia parte de uma oposição básica entre natureza e cultura.**” (DURHAM, 1984, p. 26) (grifo nosso).

2 Até mesmo entre os cientistas sociais, é possível identificar tal tendência, conforme denunciam as autoras: “The issues here are too complex for thorough explication in this essay, but if you are to better understand the nature of ‘the family’ in the present, it seems worthwhile to explore the question, first, of why so many social thinkers continue to believe in Capital-Letter Families as universal institutions, and second, whether anthropological tradition offers any alternatives to a ‘necessary and natural’ view of what our families are.” (COLLIER; ROSALDO; YANAGISAKO, 1992, p. 36).

3 Tabela de modelo familiar nos domicílios brasileiros. Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2001-2009. Disponível em: <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=FED304&sv=13&t=tipos-de-familia>>. Acesso em 25 de maio de 2012.

4 Com o texto dado pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010.

5 Com o texto dado pelas Emendas Constitucionais nº 1, de 1969, e nº 9, de 1977.

6 Habitantes das Ilhas Trobriand, atóis coralinos que formam um arquipélago de aproximadamente 440 km² ao longo da costa oriental da Nova Guiné.

Referências Bibliográficas

CARSTEN, Jane. Introduction: cultures of relatedness. In CARSTEN, Jane (org.). **Cultures of relatedness: new approaches to the study of kinship**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

COLARES, Marcos Antônio Paiva. O que há de novo no direito de família? In **Anais do II Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

COLLIER, Jane; ROSALDO Michelle Z., YANAGISAKO, Sylvia. Is there a Family? New anthropological views. In THORNE, Barrie; YALOM, Marilyn (org.). **Rethinking the family: some feminist questions**. Boston: Northeast University Press, 1992.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Família e reprodução humana. In FRANCHETTO, B.; CAVALCANTI, M. L. V. C.; HEILBORN, M. L. (org.). **Perspectivas antropológicas da mulher**, vol. 3. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

_____. Texto II. In ARANTES, Antonio Augusto (org.). **Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Claudia. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. In **Estudos Feministas**, Florianópolis, 12 (2): 264, maio-agosto, 2004.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. Capítulo de a crise do direito, obra clássica publicada em 1955, republicado em **Revista Direito GV**, vol. 1, n. 1, maio/2005.

GUTHRIE, Keith Chambers Guthrie. **Os sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil**, vol. 2: direito de família. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In **Anais do V Congresso de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **O trabalho do antropólogo**. São Paulo: Paralelo 15/Unesp, 2000.

ROMANELLI, Geraldo. Paternidade em famílias de camadas médias. In **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, UERJ, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, setembro/2003.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução de Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

O DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS E A CONSTRUÇÃO DA USINA DE BELO MONTE

Daniel Leib Zugman

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV e pesquisador do Núcleo de Estudos Fiscais da DIREITO GV. Graduado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR

artigo 06

THE DUTY OF CONSULTATION TO INDIGENOUS PEOPLES AND THE CONSTRUCTION OF THE PLANT OF BELO MONTE

pp. 094 - 106

São Paulo

RESUMO

A usina hidrelétrica de Belo Monte está sendo instalada no Estado do Pará em região habitada por povos indígenas. Tal fato enseja a aplicação do §3º do artigo 231 da Constituição Federal, o qual estabelece que o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas só pode ser realizado com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas. Este texto procura reconstruir o histórico do debate público acerca do tema, demonstrando que as populações indígenas atingidas não foram efetivamente escutadas. Não tem a pretensão de oferecer o modelo institucional ideal que permita o diálogo entre as partes interessadas, mas somente descrever o processo de discussão ocorrido até o momento, apontando eventuais falhas e inconsistências. Para tanto, recorre-se a uma série de notícias publicadas sobre o tema, artigos jurídicos e decisões judiciais proferidas acerca do assunto. Posteriormente, é feita uma análise do arcabouço legislativo existente no Brasil sobre os direitos indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: Belo Monte. Dever de consulta. Povos indígenas. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The hydroelectric plant of Belo Monte is being installed in the state of Pará in a region inhabited by indigenous peoples. This fact entails the application of §3º of article 231 of the Federal Constitution, which states that the use of water resources in indigenous lands can only be accomplished with congressional authorization, after hearing the affected communities. This text seeks to reconstruct the history of public debate on the subject, demonstrating that indigenous people affected were not effectively heard. It does not intend to offer the ideal institutional model that allows the dialogue between stakeholders, but only describe the process of discussion occurred so far, pointing out any flaws and inconsistencies. To this end, we resort to a series of reports published on the subject, legal articles and judicial decisions on the subject. Subsequently, an analysis is made of the existing legislative framework in Brazil regarding indigenous rights.

KEYWORDS: Belo Monte. Duty of consultation. Indigenous peoples. Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é avaliar se o processo de discussão a respeito da construção da Usina de Belo Monte, no Rio Xingu, Estado do Pará, travado entre poder público, investidores e tribos indígenas que habitam a região, vem sendo conduzido em conformidade com a legislação constitucional e infraconstitucional.

Ressalte-se que o escopo do artigo não é investigar o mérito das construções e mudanças a serem feitas, por exemplo, aquelas atinentes aos danos ambientais que a usina possivelmente causará ou aos benefícios e avanços que a sua construção pode trazer à população local e ao desenvolvimento do país. O estudo cinge-se aos procedimentos e canais utilizados para o estabelecimento do diálogo entre os diversos interessados.

Para tanto, este artigo está dividido em quatro capítulos. No primeiro, é descrito o percurso metodológico que culminou na redação deste texto. No segundo, é feita uma breve exposição dos fatos relativos às audiências públicas realizadas, os resultados alcançados com elas e a repercussão do tema na mídia. Posteriormente, são avaliadas a legalidade

e a constitucionalidade desse processo de debate público, apontando-se eventuais falhas que porventura tenham ocorrido. Por último, são trazidas considerações finais com o objetivo de contribuir para que a discussão seja aprofundada de maneira mais equilibrada e transparente.

2. NOTA METODOLÓGICA

Este artigo foi inicialmente produzido como requisito parcial para aprovação na disciplina de curta duração *Law, Development and Globalization*, ministrada no primeiro semestre de 2012 pelo Professor César Rodríguez-Garavito, da Universidad de Los Andes, aos alunos da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, a Direito GV.

Algumas das ideias abaixo apresentadas nasceram das discussões realizadas durante o curso. Em acréscimo, foram utilizadas como fontes primárias a legislação constitucional e infraconstitucional pertinentes, assim como tratados e convenções internacionais sobre o tema.

Ainda, como fontes secundárias sobre o histórico da Usina de Belo Monte e as respectivas audiências públicas, foram utilizadas notícias de periódicos publicados na internet. Por fim, como instrumento de apoio também foram consultadas doutrinas sobre direito ambiental e indigenista, bem como decisões judiciais relativas ao caso de Belo Monte.

3. SÍNTESE FÁTICA DO DEBATE PÚBLICO TRAVADO ACERCA DA CONSTRUÇÃO DA USINA DE BELO MONTE, ESPECIALMENTE NO QUE TOCA À PARTICIPAÇÃO INDÍGENA

Embora a ampla e intensa cobertura midiática sobre Belo Monte seja um fenômeno relativamente recente, é preciso trazer a lume que a semente do projeto nasceu ainda na década de 1970, no contexto do II Plano Nacional de Desenvolvimento, elaborado pelo governo do general Ernesto Geisel. Nos anos subsequentes, diversas pesquisas, relatórios e planos foram confeccionados pelo Governo Federal e pela Eletrobrás, empresa estatal do setor de energia, com o objetivo de analisar, principalmente, o potencial energético da região; a evolução do consumo de energia elétrica no Brasil e a decorrente necessidade de expansão de sua produção; bem como os impactos ambientais que a construção da barragem poderia causar. Já nas décadas de 1980 e 1990, tem-se notícia das primeiras manifestações de ambientalistas, acadêmicos e indígenas alertando sobre os problemas contidos no projeto e os riscos que esse poderia acarretar.

A despeito das atividades e manifestações levadas a cabo tanto pelos defensores da hidrelétrica quanto pelos opositores, nota-se a ausência de espaços e momentos de debate e deliberação pública que permitissem maior troca de ideias e argumentos entre os representantes dos vários pontos de vista que marcam a discussão.

A partir do ano 2000, inicia-se a fase em que Belo Monte passa a figurar recorrentemente nos noticiários do país, principalmente em razão

do início da realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), pela Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa (FADESP), centro de pesquisa ligado à Universidade Federal do Pará. Essa é apenas uma das medidas que o poder público adotou com o intuito de acelerar o processo de licenciamento do empreendimento. Além dela, merece destaque a Medida Provisória 2.152-2/2001, conhecida como “MP do Apagão”, que, entre outras disposições, determinou que o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) estabelecesse formas de licenciamento simplificado para empreendimentos do setor elétrico.

Em que pese a forte atuação do Governo Federal, da Eletrobrás e de investidores privados em prol do andamento do projeto, em 2001 foi proposta ação civil pública (ACP) pelo Ministério Público do Pará (MP-PA) requerendo a suspensão do processo de licenciamento, tendo em vista a ausência de licitação para contratação da FADESP e a falta imprescindível de autorização do Congresso Nacional para a execução da obra¹. O MP-PA conseguiu obter decisão liminar na Ação Civil Pública 2001.39.00.005867-6, ajuizada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, suspendendo o licenciamento, a qual foi confirmada posteriormente.

Nesse cenário, proliferaram-se também iniciativas das comunidades locais afetadas e de opositores à hidrelétrica por todo o Brasil, promovendo-se debates e eventos sobre o tema, além do envio de cartas, documentos e estudos ao Congresso Nacional e ao então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. A principal demanda era a de que a população afetada, mormente as tribos indígenas da região, não haviam sido ouvidas até o momento, sendo que as medidas e iniciativas do Poder Público vinham sendo tomadas à revelia dos interesses dos demais afetados.

Em 2005, após o trânsito em julgado da decisão que determinou a suspensão do licenciamento, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo 788/2005, autorizando a obra. Diante da ausência de consulta às comunidades indígenas do Complexo do Xingu relativamente à instalação da hidrelétrica, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3.573/DF)² no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de obter declaração de inconstitucionalidade do decreto, bem como várias ações civis públicas na Justiça Federal do Pará³.

Depois da discussão de questões processuais, liminares, cassação de liminares, e muitas reviravoltas, o licenciamento foi retomado em 2009, ainda sem o acontecimento de qualquer audiência pública e sem o julgamento definitivo de qualquer ação civil pública. Contrariando pareceres da equipe técnica⁴ e com estudos ainda faltando, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) emitiu parecer aceitando o EIA apresentado. Com a continuidade do processo de licenciamento, novas irregularidades foram cometidas. A mais absurda

se deu no âmbito do convênio firmado entre Eletrobrás e empreiteiras investidoras: o instrumento contratual previa disposição de sigilo que garantia aos signatários acesso privilegiado às informações produzidas no EIA. Tal cláusula abusiva foi derrubada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, deflagrando-se sua evidente ilegalidade.

A despeito disso, o licenciamento prosseguiu sem a promoção de qualquer tipo de diálogo com a comunidade indígena. A pressão pela realização de audiências públicas por variados setores da sociedade aumentou e o silêncio e a omissão das autoridades públicas tornaram-se insustentáveis.

Nesse compasso, em setembro de 2009, foram realizadas quatro audiências públicas sobre o tema, em seis dias, nos municípios de Brasil Novo, Vitória do Xingu, Altamira e Belém. Nessas oportunidades, foram reveladas inconsistências nos estudos e irregularidades no processo de licenciamento. Ademais, o EIA e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)⁵ completos só foram disponibilizados dois dias antes da primeira audiência, impossibilitando análise aprofundada pela população atingida. O MPF apresentou recomendação ao IBAMA para que fossem realizadas pelo menos mais treze audiências, com o objetivo de abranger todos os municípios e comunidades afetados⁶.

Rodolfo Salm, professor de Ciências Ambientais da Universidade Federal do Pará, esteve na audiência realizada em Altamira e descreveu o cenário encontrado e a metodologia utilizada na audiência:

Particpei da audiência pública de Altamira realizada no domingo, 13 de setembro. Além de fazer parte da população diretamente atingida, faço parte do Painel de Especialistas composto por professores de várias universidades brasileiras, que analisou cuidadosamente o Estudo de Impacto Ambiental de Belo Monte, no qual foram detectados inúmeros problemas e inconsistências. **Posso então afirmar com convicção que, mais do que insuficiente, a audiência pública de Altamira (marcada pela presença de centenas de homens da Força Nacional, Polícia Federal e Polícia Militar, fortemente armados com fuzis, metralhadoras e bombas de gás lacrimogêneo, mas quase nenhum jornalista), foi inadequada quanto ao propósito de ouvir os questionamentos da população sobre os impactos do projeto.**

(...)

Cada pessoa inscrita tinha direito a três minutos para uma pergunta oral, havendo três para a resposta dos proponentes, com direito a réplica e tréplica. Ou seja, quem fechava a sessão eram sempre os empreendedores. Algumas perguntas foram bastante duras, expondo a precariedade

e o alto risco ambiental do projeto.

(...)

O **recurso dos defensores da barragem** mais uma vez não **foi a** argumentação, mas a **retórica e a desclassificação do oponente (ora nos chamam de contrários ao desenvolvimento, ora de desinformados)**. Agradeceram a pergunta e lamentaram que ele estivesse equivocado⁷. (grifos nossos)

Não bastasse o insucesso de referidas audiências no que toca à efetiva auscultação das demandas da população indígena, mencione-se, ainda, a audiência pública realizada pelo MPF em Brasília em dezembro de 2009. Naquela ocasião, o Governo não enviou nenhum representante de órgãos ou empresas diretamente relacionados com a questão de Belo Monte (como IBAMA e Eletrobrás). Líderes de comunidades indígenas, por sua vez, marcaram presença no evento. Foi uma clara manobra praticada com o intento de esvaziar o debate e sonegar informações⁸.

Inobstante a manifestação das populações indígenas contrariamente à usina hidrelétrica em todas essas oportunidades, o processo de licenciamento prosseguiu. Inclusive, em abril de 2010, foi levado a cabo o leilão para que fossem definidos os investidores privados responsáveis pela execução da obra. O vencedor foi o Consórcio Norte Energia, constituído por empreiteiras, fundos de pensão e empresas compostas de capital público e privado⁹.

4. A ILEGALIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO DE CONSULTA AOS ÍNDIOS A RESPEITO DA USINA DE BELO MONTE

Veja-se que o impasse acima explicitado é sustentado por uma dicotomia entre ecologia e desenvolvimento, entre direitos dos povos indígenas e o direito do restante da população ao desenvolvimento. Esse tipo de conflito é tradicionalmente encarado como uma tensão entre duas realidades segmentadas. A falha dessa visão consiste exatamente em não enxergar que se tratam de posições alternadas de um todo indissociável.

E, como opina Cristiane Derani, é preciso iluminar a sociedade no Estado e o Estado na sociedade, a economia na ecologia, a ecologia na economia. Para tanto, um caminho viável é o da coordenação dessas manifestações, antes representadas de maneira apartada. Como afirma a autora, “Instrumentos de participação direta da sociedade são necessários. A atuação democrática concreta dos cidadãos é o que resta”¹⁰.

Foi essa noção de coordenação democrática de interesses que inspirou muitas das disposições contidas na Constituição Federal de 1988. Em relação aos conflitos entre a utilização de terras indígenas e o desenvolvimento do país, sobrelevam os §§3º e 6º do artigo 231 da Constituição Federal, que dispõem o seguinte:

§3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos

os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais **em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

(...)

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (grifos nossos)

Destaque-se a necessidade de consulta às comunidades indígenas afetadas para o aproveitamento do potencial energético de áreas habitadas por indígenas, estabelecida no já referido §3º, comando que se aplica perfeitamente ao caso em testilha.

Deve-se perceber que, *a priori*, a alegação de que a discussão sobre o tema foi conduzida em conformidade com os ditames constitucionais parece correta, tendo em vista as diversas audiências públicas promovidas. Aliás, é o que defende o Consórcio Norte Energia, responsável pela obra .

No entanto, a mera realização de audiências apenas com o intuito de cumprir o aludido requisito constitucional, sem conceder efetivo direito de voz aos indígenas, não é suficiente para garantir o cumprimento do dever de consulta. Joênia Batista De Carvalho, advogada indígena, argumenta que “Apesar do ganho na legislação, ainda pesa sobre os povos indígenas a dependência da vontade política para o reconhecimento de fato de seus direitos territoriais. Enfrenta-se desde falta de recursos a conflitos judiciais, interesses político-econômicos, ausência de políticas públicas etc.”¹².

No mesmo sentido, Paulo Celso Oliveira defende que, no caso específico de exploração de recursos naturais em regiões habitadas por índios:

Deve-se dar publicidade ao EIA-RIMA, de modo que a sociedade de um modo geral, inclusive os povos indígenas, possa se manifestar em audiências públicas sobre as suas informações. O RIMA deve ser elaborado em linguagem acessível, para que todos possam compreendê-lo e apresentar suas manifestações. Ocorre que em muitos casos, os estudos são incompletos e a linguagem do relatório não é acessível. Além disso, nem sempre o poder público tem feito as devidas considerações quanto às

manifestações dos povos indígenas¹³.

O autor ainda aponta um outro obstáculo à participação dos povos indígenas em processos de consulta: o alto custo demandado, que implica gastos para as comunidades, como por exemplo com a contratação de profissionais de apoio técnico.

Tendo em vista todas as dificuldades de participação no processo de consulta, Oliveira expõe, na esteira de Carvalho, que embora o direito à consulta seja um avanço para os indígenas, este não é suficiente: “deve-se escutá-los sobre o que querem e como querem viver, na qualidade de protagonistas do seu próprio destino”¹⁴.

Diante dessas constatações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Convenção nº 169, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051/2004, estabeleceu o seguinte:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) **estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;**

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. **As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.** (grifos nossos)

Como explica César Rodríguez-Garavito, a Convenção 169 da OIT contribuiu para suplantiar o entendimento de que os índios deveriam ser paulatinamente integrados à sociedade ocidental. Em seu lugar, ganhou força a visão de que deveriam participar das decisões e medidas que os afetassem. O problema, entretanto, é que há várias interpretações sobre o significado de “participar”: os índios

devem ser apenas ouvidos e consultados ou possuem direito de autodeterminação, sendo necessário obter o seu consentimento?

Ademais, Rodríguez-Garavito também ressalta que a ideia de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas não é neutra politicamente e reflete o ideal de governança do neoliberalismo do século XX, qual seja, a regulamentação meramente procedimental da relação entre partes assimétricas.

O professor ainda explicita que a ausência de mecanismos capazes de reduzir as assimetrias existentes entre indígenas, estados nacionais e grandes corporações fazem com que os povos indígenas detenham baixo poder de negociação e decisão. Em acréscimo, a falta de instrumentos sancionatórios e a supremacia de regulações *top-down* sobre auto-regulação conduzem à ineficiência dos processos de consulta. Nessa senda, pode-se afirmar que há um reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, mas na prática lhes é subtraída a gerência dos recursos que viabilizariam a efetiva concretização desses direitos¹⁵.

É preciso trazer a comento, ainda, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da qual o Brasil é signatário, aprovada em setembro de 2007¹⁷:

Artigo 19

Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé, com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas para obter seu consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.”

Artigo 32

1. Os povos indígenas têm direito a determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados na condução de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. (grifos nossos)

A Declaração exige que os Estados consultem os povos indígenas interessados a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado, antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. Jesus Antonio de la Torre Rangel explica que a necessidade de consentimento está inserta na noção de autodeterminação dos povos

indígenas. Isso significa que os povos indígenas detêm o controle dos respectivos territórios, incluindo controle e manejo de todos os recursos naturais do solo, do subsolo e do espaço aéreo, a defesa e conservação da natureza, assim como a autoconstituição de governos democráticos¹⁷.

Não se está aqui a defender ideia tão radical a ponto de atribuir aos índios controle inquestionável sobre os territórios que habitam, sem qualquer tipo de possibilidade do aproveitamento dos recursos naturais existentes em suas terras, em prejuízo do desenvolvimento nacional. Mesmo que se considere a indissociabilidade entre os povos indígenas e os bens ambientais incidentes em suas terras, o próprio texto constitucional estabelece hipóteses para exploração de recursos naturais nessas localidades. Nesse sentido, conforme José Leite e Patryck Ayala, são duas as condições constitucionais específicas e indispensáveis ao aproveitamento do potencial energético sobre os quais incidem direitos originários dos povos indígenas: a) a autorização do Congresso Nacional e b) a audiência dos povos afetados¹⁸.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ora, do cotejo da síntese fática acima minudenciada com as disposições legais e constitucionais colacionadas, percebe-se que o processo de consulta sobre Belo Monte não atendeu aos ditames constitucionais e legais pertinentes. Os povos indígenas não foram efetivamente ouvidos. As audiências não ocorreram em número suficiente, não deram a oportunidade de os interessados se prepararem e se manifestarem adequadamente. Todo o processo de licenciamento do empreendimento vem sendo conduzido sem amplo debate público. Várias medidas foram tomadas pelos interessados em dar procedência ao projeto com o objetivo de esvaziar o debate, tais como a cláusula de sigilo que limitava o acesso ao EIA e a ausência de representantes do Poder Público em audiências públicas.

Sendo assim, é de se reconhecer a ilegalidade e a inconstitucionalidade do processo de consulta, em vista da violação do Decreto 5.051/2004 e do artigo 231 do texto constitucional, devendo serem suspensos os atos tendentes a dar andamento à instalação da hidrelétrica.

Por fim, na linha propugnada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello, é mister observar que, com isso, não se quer criar óbice ao desenvolvimento, mas “proceder com segurança, visando-se a elucidar os parâmetros que devem nortear o almejado progresso. Hão de estar, em tudo, afinados com os ditames constitucionais”¹⁹.

NOTAS

1 Conforme artigo 231, §3º, da Constituição Federal: “Artigo 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.”

2 Em 01/12/2005, o STF não conheceu da ação direta porque “Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração. 2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração.” (STF, ADI 3573, Rel. Carlos Britto, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005).

3 O Ministério Público Federal ajuizou um total de doze ações civis públicas na Justiça Federal do Pará, apontando irregularidades do processo de implementação do projeto e eventuais riscos ambientais e sociais do projeto. Até o momento, nenhuma dessas medidas judiciais foi julgada em definitivo.

4 O parecer nº 29/2009, da equipe técnica do IBAMA, solicitou que o EIA fosse reapresentado em razão da ausência de diversos documentos, como o estudo espeleológico, o estudo de qualidade da água, bem como informações sobre as populações indígenas.

5 O Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental, instituídos pela resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) nº 001/86, 23/01/1986, são documentos técnicos pelos quais se avaliam as consequências para o ambiente decorrentes de um determinado projeto. Neles encontram-se identificados e avaliados de forma imparcial e meramente técnica os impactos que um determinado projeto poderá causar no ambiente, assim como possíveis medidas mitigadoras.

6 CRONOLOGIA do Processo. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/hist.asp>> Acesso em 30/05/2012.

7 SALM, Rodolfo. *Belo Monte: a farsa das audiências públicas*. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2009/10/08/belo-monte-a-farsa-das-audiencias-publicas-artigo-de-rodolfo-salm/>>. Acesso em 04/04/2013.

8 GOY, Leonardo. Audiência pública sobre usina Belo Monte é esvaziada. *O Estado de São Paulo*. Economia e Negócios, 01/12/2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,audiencia-publica-sobre-usina-belo-monte-e-esvaziada,475046,0.htm>>. Acesso em 30/05/2012

9 CONSÓRCIO Norte Energia vence leilão de Belo Monte. *Revista Época online*, 20/04/2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI134681-15223,00.html>>. Acesso em 04/04/2013.

10 DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

11 CONSÓRCIO de Belo Monte afirma que povos indígenas foram ouvidos sobre o projeto da usina. Agência Brasília. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/04/07/consorcio-de-belo-monte-afirma-que-povos-indigenas-foram-ouvidos-sobre-o-projeto-da-usina>>. Acesso em 30/05/2012.

12 CARVALHO, Joênia Batista de. Terras indígenas: a casa é um asilo

inviolável. In ANA VALÉRIA ARAÚJO (coord.). *Povos indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, 2006, pp. 88 a 89.

13 OLIVEIRA, Paulo Celso. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas. In ANA VALÉRIA ARAÚJO (coord.). *Povos indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, 2006, p. 111 (pp. 102 a121).

14 *Idem*, p. 112.

15 RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Ethnicity.org: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Journal of Global Legal Studies*, 2011.

16 Embora o Brasil seja signatário da Declaração, ela ainda não foi internalizada ao Direito brasileiro por meio de Decreto-Legislativo.

17 RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade. In ANTONIO CARLOS WOLKMER (org.). Jesus Antonio de la Torre. *Direito e Justiça na América Indígena*: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 219-242 (238-239).

18 LEITE, José R. M. AYALA, Patryck de A. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 287-288.

19 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Petição 2604/PA. União *versus* Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Ministério Público Federal. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão publicado no DJU de 12.11.2002. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/05/2012.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Ana Valéria (coord.). *Povos indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Petição 2604/PA. União *versus* Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Ministério Público Federal. Rel. min. Marco Aurélio. Acórdão publicado no DJU de 12.11.2002. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30/05/2012.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José R. M. AYALA, Patryck de A. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Paulo affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade. In ANTONIO CARLOS WOLKMER (org.). *Direito e Justiça na América Indígena*: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 219-242.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Ethnicity.org: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Journal of Global Legal Studies*, 2011.

SHELTON, D. & D. ANTON. *Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

Sítios Eletrônicos:

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/hist.asp>>. Acesso em 30/05/2012.

SENADO DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/05/05/construcao-de-belo-monte-e-criticada-em-audiencia-no-senado>>. Acesso em 30/05/2012.

WD NOTÍCIAS. Disponível em: <http://www.wdnoticias.com/index.php?option=com_content&view=article&id=408:mais-uma-audiencia-publica-sobre-belo-monte&catid=1:noticias&Itemid=2>. Acesso em 30/05/2012.

CORREIO DA CIDADANIA. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3827&Itemid=79>. Acesso em 30/05/2012.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,audiencia-publica-sobre-usina-belo-monte-e-esvaziada,475046,0.htm>>. Acesso em 30/05/2012.

O GLOBO. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/amazonia/posts/2009/09/11/comecam-as-audiencias-publicas-em-belo-monte-222262.asp>>.

Acesso em 30/05/2012.

UNISINOS. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/25706-belo-monte-comecam-as-audiencia-publicas->>. Acesso em 30/05/2012.

artigo 06

pp. 094 - 106

São Paulo

CORPO DE PARECERISTAS

ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA

Doutor em Fundamentos da Experiência Jurídica pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Atualmente, técnico de planejamento e pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

CARLOS AUGUSTO DANIEL NETO

Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. Advogado tributarista e pesquisador nas áreas de Direito Tributário, Teoria Geral do Direito, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO

Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma II: Tor Vergata. Pesquisador convidado bolsista do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo). Membro do Instituto de Direito Societário Aplicado. Atualmente, professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV.

DOUGLAS MOTA

Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Atualmente, sócio júnior do Demarest & Almeida Advogados.

FÁBIO MOROSINI

Pós-doutor pela Organização Mundial do Comércio – OMC. Possui Ph.D. em Direito Internacional e LL.M. pela University of Texas at Austin – UT Austin e mestrado D.E.S.S. Droit e Globalisation Économique pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po), especialização em Direito Internacional pela UFRGS e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Atualmente, professor de Pós-Graduação e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS e de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS.

GUSTAVO NETO DE CARVALHO DIAS

Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP, especialista em Regulação do Mercado Financeiro Internacional pela London School of Economics – LSE e em Direito do Comércio Internacional pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo – ESA/SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP. Atualmente, diretor jurídico responsável por Brasil e Caribe na principal empresa de processamento de pagamento eletrônico nos Estados Unidos da América.

MARCOS VINÍCIUS TORRES PEREIRA

Professor Adjunto de Direito Civil e de Direito Internacional Privado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

MARIÁ BROCHADO

Doutora, mestre e especialista em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Atualmente, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito, e no curso de Graduação em Ciências do Estado e Governança Social, assim como coordenadora do Núcleo de Estudos Paideia Jurídica: educação em direitos humanos-fundamentais, da Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisadora nas áreas de Filosofia e Teoria do Direito, Ética, Hermenêutica e Teoria dos Direitos Humanos-Fundamentais.