



Amazon's Research and Environmental Law

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)
PERIÓDICO INDEXADO NO DIRETÓRIO DO SISTEMA DIADORIM**

Vol. 2, número 1,- Direito Público Contemporâneo

Jan. 2014

ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 2, número 1, p. 1-130, jan. 2014.

**Instituto de Ensino Superior de Rondônia/
Faculdades Associadas de Ariquemes
(IESUR/FAAR)**

DIRETORIA INSTITUCIONAL

Diretor Presidente

Ivanilde José Rosique

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Coordenadora Pedagógica

Marli Oliveira Silvestre

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Coordenadora Acadêmica

Elenice Cristina da Rocha Feza

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Biblioteca Acadêmica

Valéria Botelho

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO

Editora Chefe

Prof.^a Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Editora Adjunta - Revisão Editorial

Prof.^a MSc. Rossana Marina De Seta Fisciletti

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

(suspensa das atividades neste número do periódico)

Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT

Prof.^a MSc. Jakline Brandhuber Moura

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa

Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)

Revisão em Língua Estrangeira

Prof. Gary Cohen

Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Rondônia (RO) - Brasil (BR)

Editoração Eletrônica e Capa

JR. Designer

Empresa prestadora de serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/

Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - Presidente

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa -

Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)

Prof. Dr. David Augusto Fernandes - Vice-Presidente

Universidade Federal Fluminense- Campus Macaé

Instituto de Ciências da Sociedade - Departamento de Direito

Macaé - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)

(suspensão das atividades neste número do periódico)

Prof. Dr. Cássio Machado Cavalli

Escola de Direito do Rio de Janeiro - Vice-Diretoria de Pós-Graduação e

Pesquisa - Departamento do Programa de Pós graduação

estruturado em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)

Prof. David Ritchie - PhD
Walter F. George School of Law
School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives
Macon - Georgia - United States (US)

Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho
Instituto de Política e Direito da Informática
Centro de Pesquisas e Estudos de Casos - Departamento de Novas
Tecnologias no Direito - Recife - Pernambuco (PE) - Brasil (BR)

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Universidade Estácio de Sá
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu
em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)

Prof. Muruga Ramaswamy - PhD
University of Macau
Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law
Taipa - Macau - China (CN)

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio
Escola de Direito do Rio de Janeiro
Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu
em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)

Prof. Dr. Pablo Jimenez Serrano
Centro Universitário Salesiano de São Paulo
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa Programa de Pós graduação Stricto Senso em
Direito - São Paulo - São Paulo (SP) - Brasil (BR)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho
Universidade Federal da Paraíba - Campus I
Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas
João Pessoa - Paraíba (PB) - Brasil (BR)

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA
FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do
Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são
de inteira responsabilidade de seus autores.

Endereço para correspondência, convênios e permutas:

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas, Ariquemes / RO.

CEP: 78932-000. Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

E-mails: claudianunes@faar.edu.br, crpn1968@gmail.com e rossanafisciletti@gmail.com

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA
FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

Atribuição — É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial — Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações — Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 2, n. 1, jan. 2014. Rondônia: IESUR, 2014. 130 p.

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/ Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

CDD 341
CDU 342 (81)

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	3
----------------	---

ARTIGOS

O efeito do necrochorume no meio ambiente e sua imputação.....	6
--	---

The ascriptions of “necrochorume” effect in environmental

David Augusto Fernandes

Os contratos de adesão e condições gerais: diferenças terminológicas no direito compara- do.....	28
---	----

Settlement and general contract conditions: terminological differences in comparative law

Rossana Marina De Seta Fisciletti

Panorama da tecnologia da informação aplicada aos processos judiciais e os direitos humanos na sociedade da informação.....	54
--	----

Overview of information technology applied to trial and human rights in the information society

Marcelo Santos Pereira

A sociedade limitada como instrumento de desenvolvimento socioeconômico brasilei- ro.....	78
--	----

The company as a tool of Brazilian socioeconomic business development

João Eudes Vital de Araújo Cavalcante

Proteção dos acionistas minoritários nas sociedades por ações de capital aberto: panorama das principais medidas administrativas e judiciais.....	100
--	-----

*Protect of minority shareholders in stock exchange companies market: overview of the main
of the judicial and administrative procedures*

Arthur Giovanardi Dozza

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAR - <i>Amazon's Research and Environmental Law</i>	121
---	-----

EDITORIAL

Prezados Senhores,

Apresenta-se o número 1 do volume 2 no ano de 2014 da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr – que tem por missão publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

Destina-se a contribuir para divulgação do conteúdo colaborador e atualizar o conhecimento jurídico do leitor. Apresenta na edição, cinco artigos nacionais, todos em português, seguindo as linhas editoriais “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, constituídas formalmente em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, após serem aprovadas no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

O número 1 do volume 2 foi organizado na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr iniciando o volume 2 com 5 artigos de qualidade, avaliados no final do ano de 2013.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - e nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). Vale ressaltar que, neste ano fará o seu cadastramento para obter indexação Latino Americana

e Ibérica - LATINDEX.

Todo o conteúdo da Revista está sob Licença Creative Commons, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Convidam-se os interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo.

Boa leitura!

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Editora Chefe
Revista AREL

ARTIGOS

O EFEITO DO NECROCHORUME NO MEIO AMBIENTE E SUA IMPUTAÇÃO PENAL

THE ASCRIPTIONS OF “NECROCHORUME” EFFECT IN ENVIRONMENTAL

David Augusto Fernandes¹

Doutor em Direito

Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra
Mansa (SOBEU/UBM) - Barra Mansa - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: Mediante o viés que encontra abrigo nos princípios do Direito Ambiental, este artigo aborda especificamente as consequências relativas à contaminação vinda dos cemitérios, em virtude da decomposição dos corpos, cujo sepultamento ocorreu sem o atendimento das normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para a implantação dos cemitérios sustentáveis, cujo prazo para sua adequação expirou em 2010. O necrochorume é o produto indesejável que resulta desta não observância que pode contaminar o lençol freático em locais onde não foram atendidas as referidas resoluções. Tal contaminação é danosa à saúde dos animais, do homem e da flora, havendo, na Lei de Crimes Ambientais, previsão de sanções aplicáveis a quem não obedecer a este regramento.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Necrochorume; Cemitérios; Licenciamento Ambiental.

ABSTRACT: *By the bias lying under the principles of environmental law, this article specifically addresses the consequences of the contamination coming from the cemeteries, due to the decomposition of bodies, whose burial took place without meeting the standards of the National Environmental Council (CONAMA) to the implementation of sustainable cemeteries, and the deadline for their suitability expired in 2010. The necrochorume is undesirable product resulting from this non-compliance that can contaminate the water table in places where such resolutions were not met. Such contamination is harmful to the health of ani-*

¹Graduado, Mestre e Doutor em Direito. Pesquisador do NUPED - Núcleo de Pesquisa em Direito do SOBEU/UBM na Linha de Pesquisa: Direito, Desenvolvimento e Cidadania da coordenação de Graduação. Professor da Graduação e Pós graduação da Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa e da União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo/Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Pesquisa financiada pela Sociedade Barramansense de Ensino Superior. Delegado de Polícia aposentado. E-mail: fernandes.ddaf@gmail.com.

mals and flora of man, having on the Law of Environmental Crimes, forecasting penalties for those who do not obey this regramento.

KEYWORDS: *Environment; necrochorume; Cemeteries; Environmental Licensing.*

1. Introdução

Não se pretende, mediante este artigo, alarmar os leitores sobre as agressões sofridas pelo meio ambiente, mas apontar situações nas quais a falta de manejo adequado possa causar dano à saúde humana, animal e da flora, acarretando sério prejuízo, por afetar a vida das pessoas e o equilíbrio ambiental, cujos efeitos demandarão muito tempo para serem superados.

Inicialmente são expostas as transformações por que passa o tratamento dado aos mortos nas diversas sociedades ao longo dos tempos até os dias atuais, quando há maior conscientização a respeito da preservação da vida e do meio ambiente.

Em seguida é feita uma abordagem geral sobre o estado em que se encontram os locais destinados a sepultamento, identificando-se que a falta de conservação e de cuidados de alguns cemitérios os torna um veículo de contaminação dos habitantes do seu entorno. É também apresentada a percepção do cuidado observado nos cemitérios de outros países, dando ensejo para se discutir como é possível a sustentabilidade de sua atividade.

Constata-se que somente neste século houve uma preocupação ambiental com os contaminantes gerados nos cemitérios por meio da decomposição de corpos sepultados em ambientes inadequados. Daí a existência de uma resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para reger o caminho, a fim de evitar que os cemitérios se tornem agentes poluidores. Esta resolução prevê que os cemitérios só podem funcionar mediante licenciamento ambiental, devendo os órgãos solicitantes atenderem as exigências do CONAMA, a fim de obtê-lo.

Por derradeiro, apresenta-se a Lei de Crimes Ambientais com as sanções de cunho administrativo e penal previstas para quem persistir em não atender ao determinado pela Lei, objetivando a conservação do meio ambiente e melhor qualidade de vida dos residentes na periferia dos cemitérios, os quais por vezes são atingidos pelos poluentes oriundos da decomposição dos corpos.

2. Histórico

Silva; Malagutti Filho salientam que, desde a pré-história, de acordo com registros arqueológicos, existe o hábito de enterrar os mortos, ou cobri-los com pedras, havendo evidência de que as comunidades neandertais já sepultavam seus mortos. Entretanto, os cemitérios - terrenos destinados apenas ao sepultamento dos mortos - teriam sido implantados pelos primeiros cristãos. As palavras cemitério e necrópole têm origem grega. A primeira vem de koumetèrian (que significa dormitório), enquanto necrópole deriva de necrópolis (cidade da morte ou cidade dos mortos). Já a palavra cadáver, que faz parte do mesmo contexto, tem origem latina e significa “carne dada aos vermes”, o que traduz o destino dessa matéria orgânica².

Relatos históricos evidenciam que o ato de cremar os mortos era comum na Grécia antiga, em especial como resultado de guerras, quando a maioria das vítimas fatais em batalhas passava por esse processo. Já os escandinavos adotaram essa prática por motivos religiosos. Para esses povos, apenas com a cremação a alma do morto estaria em liberdade³. Os romanos determinavam que os mortos fossem enterrados fora dos limites da cidade.

Entre estes apesar da familiaridade com a morte, temiam a vizinhança dos mortos, mantinham-nos afastados e honravam as sepulturas, realizando cultos funerários, visando impedir os defuntos de regressar e perturbar os vivos, pois o mundo dos vivos devia manter-se separado da dos mortos. Motivo pelo qual, em Roma, a Lei das Doze Tábuas proibia o sepultamento *in urbe*, no interior da cidade. Preceito repetido no Código teodosiano para que fosse preservada a sanctitas das casas dos habitantes⁴.

Nos primeiros séculos da Era Cristã foi introduzido o termo cemitério, dado pelos primeiros cristãos aos terrenos destinados à sepultura de seus mortos. Os cemitérios ficavam geralmente longe das igrejas, fora dos muros da cidade: a prática do sepultamento nas igrejas e respectivos adros era desconhecida no início da Era Cristã.

²SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter. Fontes Potenciais de Contaminação. Revista Ciência Hoje, v. 44, n. 263, p. 24-29. Disponível em: <http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/263/pdf_aberto/cemiterios263.pdf/at_download/file>. Acesso em: 6 set. 2012.

³KEMERICH, Pedro; UCKER, Fernando Ernesto; BORDA, Willian F. de. Cemitérios como fonte de contaminação ambiental. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/artigos/cemiterios_como_fonte_de_contaminacao_ambiental_imprimir.html>. Acesso em: 29 ago. 2012.

⁴ARIËS, Philippe. História da morte no Ocidente. Lisboa: Teorema, 2010, p. 26.

Foi com o culto dos mártires, de origem africana e não cristã, onde suas sepulturas eram veneradas e como exemplo de tal devoção temos o de São Paulino que fez transportar o corpo do filho para junto dos mártires de Aecole, na Espanha, para que ele ficasse associado aos mártires pela aliança do túmulo, a fim de que, na vizinhança do sangue dos santos, ele aborvesse esta virtude que purifica a alma como o fogo.

Tal procedimento, com o passar dos séculos, levou os corpos dos santos para o interior das igrejas, como foi o caso do bispo Saint Vaast, da cidade de Amiens, no século VI, que havia escolhido a sua sepultura fora da cidade. Mas, quando os carregadores quiseram levá-lo, não foram capazes de remover o corpo, que subitamente se tornara demasiado pesado. O arcebispo rogou então ao santo que ordenasse que sejas transportado para lugar que nós, ou seja, os clérigos da catedral, preparamos para ti, sendo então, sepultado na catedral. A separação entre a abadia cemiterial e a igreja catedral ficava deste modo abolida e os mortos, já misturados com os habitantes dos bairros populares, deixando de haver diferença entre a igreja e o cemitério⁵.

No Brasil colônia, conforme salientado por João José Reis, ser enterrado no interior da igreja era uma forma de não romper totalmente com o mundo dos vivos, inclusive para que estes, em suas orações, não esquecessem os que haviam partido. Os mortos se instalavam nos mesmos templos que tinham frequentado ao longo da vida. Eles residiam no centro de decisões da comunidade, decisões que testemunhavam, visto que as igrejas brasileiras serviam de salas de aula, de recinto eleitoral, de auditório para tribunais de júri e discussões políticas. Ali se celebravam os momentos maiores do ciclo da vida: batismo, casamento e morte, e ainda neste último ciclo continuariam integrados à dinâmica da vida⁶.

Na França, em 1737, uma comissão de médicos formada pelo Parlamento de Paris recomendou mais cuidado nas sepulturas e decência na manutenção dos locais onde os mortos eram enterrados. Neste mesmo período, o abade francês Charles-Gabriel Porée publicou um texto condenando os enterros em igrejas e propondo a criação de cemitérios fora das cidades. Autoridades de países e cidades da Europa, a partir daí, passam a proibir sepultamentos nas igrejas e a pro-

⁵ARIÈS, Philippe, op. cit., 28.

⁶REIS, João José. A morte é uma festa: ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 172.

mover a instalação de cemitérios, para que os enterros ocorressem ao ar livre e longe do perímetro urbano⁷.

A partir do século XVIII, verifica-se a falta de espaço para os sepultamentos nos adros das igrejas e até mesmo nos limites das cidades. Os esquifes se acumulavam, causando poluição e doenças mortais, tornando altamente insalubres as proximidades dos templos. Daí, o fato de o príncipe regente, D. João VI, proibir em Portugal os sepultamentos em igrejas a partir de 1801, sendo tal decisão repassada às suas colônias, entre elas o Brasil. Em 1828, esta recomendação tornou-se lei no Império, com uma diferenciação: que os cemitérios estivessem longe da cidade⁸. Já na Inglaterra, foi editada uma lei em 1855 para regularizar os sepultamentos, que passaram a ser feitos fora do centro urbano. A prática da cremação, cada vez mais frequente, permitiu dar destino aos corpos de maneira mais compatível com as normas sanitárias.

Antes do século XIX, no Brasil, o costume era que os mortos da nobreza rural e da burguesia urbana fossem sepultados nas igrejas, nos conventos e nas capelas particulares e os pobres em áreas próximas à própria residência⁹. Não se usavam caixões e o corpo era envolto numa mortalha e conduzido em uma padiola até o local de descanso. Essa prática provocou uma aproximação perigosa entre os cadáveres, muitos vitimados por doenças contagiosas, e os vivos, aumentando significativamente a disseminação dos agentes patogênicos de epidemias como

⁷SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter, op. cit., p. 26.

⁸As restrições aos enterros, no Brasil colônia, já existiam antes da lei de 1828, conforme relato de Reis, onde afirma que a Câmara de Salvador já havia tentado proibir os enterros nas igrejas. Contudo, impraticável, já que não existiam cemitérios para atender a classe abastada.

Em 1829 foi regulamentada a postura n. 19, pela Câmara de Salvador, que punia com uma pesada multa de 30 mil réis e oito dias de prisão quem abandonasse cadáveres nos adros das igrejas e em outros locais públicos. Os cadáveres assim encontrados seriam “punidos” com enterro no Campo da Pólvora, mantido pela Santa Casa da Misericórdia, local destinado aos suicidas, criminosos, indigentes, rebeldes e escravos.

Em 25 de outubro de 1836 com a concessão do monopólio dos enterros em Salvador por trinta anos a uma empresa particular, originou o movimento popular de protesto convocada pelas irmandades e ordens terceiras de Salvador, que estavam contra a proibição dos sepultamentos no interior das igrejas, criando cemitérios para tal finalidade, que recebeu a denominação de Cemiterada.

A Cemiterada mobilizou brancos e negros na defesa de antigas tradições fúnebres. O que se pode dizer é que uns e outros tinham projetos diferentes para uma mesma revolta. Enquanto os brancos pensavam em ver reproduzido no além os privilégios aqui desfrutados, os escravos investiam na possibilidade de um melhor lugar no outro mundo, depois de aqui haverem ocupado o último. Todos, entretanto, seguiam aquele impulso básico, a que Freud se refere, de “eliminar da morte seu significado de eliminação da vida”. Essa era a lógica indisputável da cultura funerária de nossos antepassados. Conforme REIS, João José, op. cit., p. 13-279.

⁹Conforme João José Reis o fundamento para ser enterrado nas igrejas estava alicerçado no fato de: “Segundo a concepção da população residente no Brasil colônia e também da Europa as igrejas eram a Casa de Deus, sob cujo teto, entre imagens de santos e de anjos, devia também se abrigar os mortos até a ressurreição prometida para o fim dos tempos. A proximidade física entre cadáver e imagens divinas, aqui embaixo, representava um modelo da contiguidade espiritual que se deseja obter, lá em cima, entre a alma e as divindades. A igreja era uma das portas de entrada do paraíso, motivando ficar à porta esperando a ressurreição”. REIS, João José, op. cit., p. 171/172.

a do tifo, da peste bubônica e outras¹⁰. Na época, o tipo de sepultamento predominante era a inumação, processo simplificado com simples recobrimento dos corpos com terra em profundidades que variavam de um a dois metros.

A construção de cemitérios públicos ocorrida no século XIX foi uma inovação urbana, motivada pela industrialização das cidades. Nestes locais altamente populosos, a urbanização exigiu maior cuidado dos gestores públicos com a higiene e a salubridade, inibindo a contaminação causada pelo contato direto com os corpos em decomposição, fato que no passado era causador de várias moléstias, em face do contato direto com os mortos. Verifica-se, a partir daí, uma maior preocupação com os vivos, em detrimento de uma reverência exagerada aos mortos¹¹.

Observe-se que só em 1998 a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou um relatório afirmando que os cemitérios poderiam causar impactos ao ambiente, com a liberação de substâncias orgânicas e inorgânicas e de micro-organismos patogênicos para o solo e os lençóis freáticos¹².

3. Cemitérios e seus contaminantes

Conforme salientado por Leziro Marques Silva, o nome cemitério também designava o adro ou atrium, a área externa na frente da igreja. Com o advento do cristianismo, o termo tomou o sentido de campo de descanso após a morte. Tem como sinônimos: necrópole, carneiro, sepulcrário, campo santo e última moradia¹³.

Em cemitérios cujo terreno está impermeabilizado pela pavimentação em torno das ruas e onde o sistema de drenagem é deficiente, as águas das chuvas podem escoar superficialmente e inundar os túmulos mais vulneráveis. Após atravessarem a área dos cemitérios, essas águas são em geral lançadas na rede pluvial urbana e canalizadas para os corpos d'água, contaminando-os com substâncias trazidas do interior do cemitério¹⁴.

¹⁰“Naquela época as igrejas não eram mobiliadas com bancos ou cadeiras exceto alguns poucos às vezes, que eram encostadas à parede. Os frequentadores das igrejas oravam e assistiam a missas de pé ou ajoelhados e, quando cansados e quando fosse apropriado, sentavam no chão, isto é, sobre as sepulturas”. Conforme REIS, João José, op. cit., p. 174.

¹¹Conforme observado por Alberto Pacheco: “Os sanitaristas e as elites intelectuais do século XIX, movidos por convicções baseadas nos princípios dos higienistas franceses e ingleses, segundo os quais a inumação nos templos causava graves prejuízos à saúde, expondo a população (que frequentava as igrejas) a perigos emergentes, em especial de doenças contagiosas, defenderam a proibição urgente de sepultamentos nas igrejas e a construção de cemitérios públicos fora as vilas e cidades em lugares altos e ventilados”. PACHECO, Alberto. Meio ambiente & cemitérios - (Série Meio Ambiente, 15/ Coordenação José de Ávila Aguiar Coimbra). São Paulo: Editora Senac, 2012, p.61/62.

¹²SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter, op. cit., p. 27.

¹³SILVA, Leziro Marques. Cemitérios: fonte potencial de contaminação do lençol freático. São Paulo: Universidade São Judas Tadeu/Faculdade de Tecnologia e Ciências Exatas, 2000.

¹⁴Conforme SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter, op. cit., p. 28.

A Resolução nº 355 do CONAMA busca minimizar esse problema, estabelecendo que a área de sepultamento deva ter um recuo mínimo de cinco metros em relação ao perímetro do cemitério. Esse recuo deve ser ampliado, se as características do solo forem desfavoráveis, como permeabilidade reduzida, distância inadequada em relação ao nível do lençol freático e outras¹⁵. Observa Eliane Brandão Leite que:

Os cemitérios, sendo repositórios de cadáveres e ambientes de decomposição de matéria orgânica, apresentam riscos que exigem cuidados técnico-científicos na sua implantação e operação. O corpo humano passa pelo processo de putrefação, que é a destruição dos tecidos do corpo por ação de bactérias e enzimas, resultando na dissolução gradual dos tecidos em gases sulfídrico (H₂S), metano (CH₄), amônia (NH₃), dióxido de carbono (CO₂), hidrogênio (H₂), líquidos e sais, que são liberados para o meio ambiente, podendo causar contaminação do solo e dos lençóis freáticos. Essa contaminação poderá ocorrer no aquífero, por meio da liberação do necrochorume, nos lençóis freáticos, transportados pelas chuvas infiltradas nas covas ou pelo contato dos corpos com a água subterrânea¹⁶.

Leziro Marques Silva, em pesquisa realizada em 600 cemitérios do Brasil, constatou que 75% deles poluem o meio ambiente, sendo a principal causa a contaminação por necrochorume, que é um produto oriundo da coliquação dos corpos. Explica o geólogo que um cadáver adulto de 70 kg libera em média 30 litros de necrochorume, que ocorre de forma intermitente e mais significativa durante os primeiros cinco a oito meses de sepultamento. Esclarece que o necrochorume é um líquido viscoso, de cor acinzentada e fétido, composto por 70% - 74% de água, 30% de sais

¹⁵Art. 5º Deverão ser atendidas, entre outras, as seguintes exigências para os cemitérios horizontais:

IV - a área de sepultamento deverá manter um recuo mínimo de cinco metros em relação ao perímetro do cemitério, recuo que deverá ser ampliado, caso necessário, em função da caracterização hidrogeológica da área. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res03/res33503.xml>>. Acesso em: 7 set. 2012.

¹⁶LEITE, Eliane Brandão. Análise físico-química e bacteriológica da água de poços localizados próximo ao cemitério da Comunidade de Santana, Ilha de Maré, Salvador-Ba. Candombá. Revista Virtual, v. 5, n. 2, p. 132-148, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unijorge.edu.br/candomba/2009-v5n2/.../...>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

minerais e 10% de substâncias orgânicas, duas delas altamente tóxicas: a putrescina ($C_4H_{12}N_2$) e a cadaverina ($C_5H_{14}N_2$)¹⁷.

Observa-se uma grande incidência de doenças graves provocadas pelo contato do necrochorume com o lençol freático, salientando o mesmo autor que essas águas são normalmente consumidas pela população de baixa renda, visto que são desassistidas pelo serviço de abastecimento de água, ficando, portanto, sujeitas a adquirirem possíveis patologias ao ingerirem água possivelmente contaminada por necrochorume¹⁸.

No estudo desenvolvido por Eliane Brandão Leite no cemitério da Ilha de Maré, localizado na comunidade de Santana, em Salvador-BA, verifica-se que está alocado topograficamente num monte dentro de área residencial, abrindo a possibilidade de a água dos poços desta localidade estar alterada por agentes contaminantes e ou patogênicos. Esclarece a autora que a situação é preocupante, pois a água desses poços é utilizada pela população para uso doméstico e, até mesmo, para consumo diário, especialmente quando ocorre falta da água fornecida pelo órgão competente¹⁹.

Eliane Brandão Leite apresenta informações colhidas junto a alguns moradores da Ilha, dando conta de que o cemitério estava para ser interditado pelo Poder Público devido a suspeita de a água do mar e/ou dos poços próximos ao cemitério estar contaminada por substâncias tóxicas. Portanto, torna-se necessário

¹⁷SILVA, Leziro Marques, op. cit. O produto de coligação proveniente dos cemitérios pode contaminar o subsolo se o meio físico local for vulnerável, o que dependerá de suas características geológicas e hidrogeológicas. O solo pode ser dividido, de modo simplificado, em duas zonas. A zona não saturada (ou de aeração) é composta de partículas sólidas e de espaços vazios, ocupados por porções variáveis de ar e água. Já a zona saturada é aquela em que a água ocupa todos os espaços. O limite entre essas zonas é definido pelo nível do lençol freático. O movimento da água tende a ser vertical na primeira e horizontal na segunda.

Para um corpo de 70 kg temos na composição do necrochorume as seguintes substâncias: Carbono - 1.600 g; Nitrogênio - 1.800 g; Cálcio - 1.100 g; Fósforo - 500 g; Enxofre - 140 g; Potássio - 140 g; Sódio - 100 g; Cloreto - 95 g; Magnésio - 19 g; Ferro - 4,2 g; Água - 70-74. Além disso, esse mesmo cadáver produz aproximadamente 2 kg de nitrogênio que, em contato com as substâncias do solo, transforma-se em nitrato, material altamente poluente. A zona não saturada atua como um filtro, por apresentar um ambiente (solo, ar e água) favorável à modificação de compostos orgânicos e inorgânicos e à retenção e eliminação de bactérias e vírus. A eficácia na retenção de micro-organismos depende de fatores como tipo de solo, aeração, baixa umidade, teor de nutrientes e outros. Para reter organismos maiores, como as bactérias, o mecanismo mais importante é o de filtração, relacionado à permeabilidade do solo. Para reter vírus, bem menores, e evitar que atinjam o lençol freático, é mais relevante a adsorção (adesão de moléculas de um fluido a uma superfície sólida), que depende da capacidade de troca iônica da argila e da matéria orgânica do solo. Conforme abordagem de MELO, Daniela Bueno de; TUDOR, Fernanda; BERNADINO, Viviane Neris. Projeto Cemitérios Sustentáveis. Disponível em: <<http://www.mundodakeka.com.br/.../ProjetoCemiteriosSustentaveis.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

¹⁸Assim, proliferam doenças por transmissão hídrica, como as provocadas por bactérias do gênero *Clostridium* (tétano, gangrena gasosa, toxi-infecção alimentar), *Mycobacterium* (tuberculose), *Salmonella typhi* (febre tifóide), *Salmonella paratyphi* (febre paratífóide), *Shigella* (disenteria bacilar), vírus da hepatite A, entre outras, conforme SILVA, Leziro Marques, op. cit.

¹⁹LEITE, Eliane Brandão, op. cit. p. 138

investigar se os boatos circulantes na comunidade de Santana sobre a contaminação da água devido à proximidade do cemitério têm fundamento²⁰.

Em outro trabalho desenvolvido em três cemitérios dos municípios de São Paulo e de Santos, agora por Alberto Pacheco, foi constatada a contaminação do aquífero freático, em inundação do solo, por microrganismos - coliformes totais, coliformes fecais, estreptococos fecais, clostrídios sulfitorredutores e outros - oriundos da decomposição de corpos sepultados²¹.

Já no trabalho desenvolvido, no final de 2010, por Daniela Bueno de Melo, Fernanda Tudor e Viviane Neris Bernadino, verifica-se, com base nas pesquisas e no questionário realizado em sete dos nove cemitérios existentes em Campinas-SP, tendo como parâmetro a legislação contida nas resoluções CONAMA nº 335/2003 e nº 402/2008, pode-se observar que, à época, nenhum deles possuía licença ou adequação ambiental²². Dos cemitérios investigados, apenas 71% são fiscalizados pela Secretaria da Saúde, numa média de três vezes ao mês, e comportam a área de fundo com distância mínima de 1,5 metros. Continuam as autoras informando que:

[...] Em todos há presença de água subterrânea, ocorrendo, somente, análise de água em 43% do total dos cemitérios, sendo essa mesma porcentagem válida para a quantidade de cemitérios que tem sepulturas preparadas para trocas gasosas com o solo.

As análises de solo ocorreram em apenas 29% dos cemitérios, pois não são realizadas com frequência. Não há índices significativos de cemitérios que fazem a coleta de necrochorume, ou efeito de coliquação. Além disso, foi constatado que algumas pessoas já observaram um líquido (suposto necrochorume) escorrendo da parte vertical de um dos cemitérios estudado, idêntica situação foi observada escorrendo do muro para o lado de fora de outro cemitério público pesquisado²³.

Quando a organização do cemitério obedece às orientações do CONAMA, constata-se que os níveis de contaminação pelo necrochorume são quase inexis-

²⁰Idem.

²¹PACHECO, Alberto. Como os cemitérios podem contaminar as águas subterrâneas. 1991. Disponível em: <<http://www.igc.usp.br/index.php?id=316>>. Acesso em: 7 set. 2012.

²²Conforme abordagem de MELO, Daniela Bueno de; TUDOR, Fernanda; BERNADINO, Viviane Neris, op. cit.

²³Conforme abordagem de MELO, Daniela Bueno de; TUDOR, Fernanda; BERNADINO, Viviane Neris, op. cit.

tentes, estando o cadáver após dois metros do solo em relação ao lençol freático, pois o próprio solo funciona como filtro, devendo o corpo permanecer por um período mínimo de três anos, em atendimento à legislação vigente, a fim de ocorrer nesse período sua completa decomposição²⁴.

3.1 Estudos em outros países

Na década de 1970 se realizam estudos em Berlim e Paris, visando a definir o posicionamento dos cemitérios em relação às fontes de água, como lençóis freáticos e nascentes. Apesar de serem apontados como uma das causas de epidemias de febre tifoide, esses locais nunca foram incluídos entre as fontes tradicionais de contaminação ambiental. A política europeia relativa à preservação do meio

²⁴A sequência da decomposição do cadáver ocorre da seguinte forma:

a) Período de Coloração quando a putrefação se inicia com a manifestação das bactérias intestinais (enterobactérias), do tipo saprófitas, em meio anaeróbico. Exterioriza-se através de manchas verdes a altura da fossa ilíaca, onde se acumulam gases no começo, se difundido posteriormente pelo abdômen, tórax, cabeça e membros. A coloração verde dos tegumentos deve-se a reação do gás sulfídrico com a hemoglobina, formando a sulfometemoglobina. O ceco, porção inicial do intestino grosso, é onde ocorre maior acúmulo de gases, que por estar muito próximo da parede abdominal da fossa ilíaca direta, determina o aparecimento da “mancha verde abdominal”.

O tempo de aparecimento das manchas está condicionado a diversos fatores relacionados ao próprio corpo e ao meio externo. Este primeiro período pode durar até sete dias, sendo mais moroso nos cadáveres inumados dos que conservados ao ar livre.

Os fatores intrínsecos (pertinentes ao próprio corpo, tais como: idade, constituição física e causa-mortis) e extrínsecos (pertinentes ao ambiente onde o corpo foi depositado: temperatura, umidade, aeração, constituição mineralógica e permeabilidade) influem no tempo necessário para o surgimento da referida mancha.

Desenvolvem-se mais lentamente nos cadáveres inumados do que nos conservados ao ar livre, sendo mais rápida na água.

b) Período Gasoso, nesta fase os gases originados na cavidade abdominal começam a se difundir por todo o corpo, originando a formação de bolhas cheias de líquido nos tegumentos e a um enfisea putrefativo facilmente visível.

Em decorrência do acúmulo desses gases, o corpo vai se avolumando, ficando com aspecto de gigantismo devido à forte pressão dos gases putrefativos, o sangue já alterado é propelido para a periferia, ficando os vasos desenhados nos tegumentos. Por fim, dada a força dos gases, pode-se desencadear o fenômeno de ruptura das paredes abdominais.

c) Período Coliquativo, possuindo também a denominação de fase humorosa, é quando se dá a dissolução pútrida, com a formação de um líquido denso e escuro, o necrochorume. As partes moles têm seu volume reduzido devido à desintegração dos tecidos. Os gases se exalam, ficando o corpo reduzido a uma “massa” de odor fétido, perdendo pouco a pouco a sua forma.

Nesse período, além dos micro-organismos putrefativos, há grande participação de larvas de insetos em quantidade, que concorrem na destruição do cadáver.

Esse período tem duração de 6 a 8 meses após o sepultamento, numa faixa de temperatura de 18 a 25°C, a depender das condições de resistência do corpo e da agressividade do meio externo.

A ação continuada das bactérias, insetos e ácaros, em conjunto com as condições ambientais, reduz consequentemente o volume e conduz a matéria orgânica ao estado pulverulento, deixando livre o esqueleto (ossos limpos).

d) Período de Esqueletização, onde o resíduo de matéria orgânica dos ossos costuma liberar o fósforo sob a forma de fosfina, que reage com o oxigênio atmosférico, dando origem a um fenômeno luminoso de curtíssima duração e de observação fortuita, conhecido como “fogo fátuo”.

Os cabelos e ossos podem resistir por muitos anos. Os ossos podem resistir por dezenas de anos, perdendo a sua estrutura e resistência, com a extinção da osseína¹, ficando presente apenas o carbonato de cálcio - CaCO₃ (porção mineral), tornando-se friáveis, frágeis, quebradiços e mais leves.

Em geral, ao ser desmontado o esqueleto, a massa cadavérica é reduzida a 18 ou 20 kg decorridos dois anos e meio a três anos de sepultamento. Esse período pode durar de vários meses a vários anos, dependendo das condições do meio. Quando da ocorrência de fenômenos conservativos (saponificação ou umidificação), não se completará a destruição do corpo. Conforme abordagem de MELO, Daniela Bueno de; TUDOR, Fernanda; BERNADINO, Viviane Neris, op. cit.

ambiente pode ser contemplada no capítulo XIX do Tratado de Maastricht, com os seguintes objetivos descritos no art. 174.1:

- A preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente (visão eco-centrista, a ecologia como um fim em si mesma),
- A proteção da saúde das pessoas (visão antropocêntrica, entendendo-se o meio ambiente como meio de se atingir a saúde da humanidade),
- A utilização prudente e racional dos recursos naturais,
- A promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente (esse objetivo foi acrescentado na revisão de 1992, tendo por objetivo salientar a responsabilidade da Comunidade Europeia na proteção do meio ambiente)²⁵.

Está embutida nestes preceitos a proteção ambiental dos cemitérios europeus, objetivando a preservação da saúde dos moradores circunvizinhos aos cemitérios.

Há aproximadamente duas décadas, foi desenvolvida na Austrália uma pesquisa, em 1995, pelo hidrogeólogo Boyd Dent, da Universidade Tecnológica de Sidney, mediante a qual foi constatado, em estudo no cemitério da cidade australiana de Botany, o aumento da condutividade elétrica e da concentração de sais minerais em águas subterrâneas próximas de sepultamentos recentes, provocado por contaminantes oriundos da decomposição dos corpos²⁶.

3.2 O que é um cemitério sustentável?

Para ser classificado como sustentável, o cemitério deve cumprir integralmente as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), nas quais são descritas as orientações para o licenciamento dos cemitérios horizontais, com observância das seguintes exigências, entre outras: o distanciamento da sepultura do lençol freático; a utilização de técnicas que permitam a troca gasosa para a decomposição adequada dos corpos; a área de sepultamento com recuo

²⁵O Tratado de Maastricht, também conhecido como Tratado da União Europeia (TUE) foi assinado a 7 de fevereiro de 1992 na cidade holandesa de Maastricht. Disponível em: <europa.eu/.../treaties_maastricht_pt.htm>. Acesso em:

²⁶SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter, op. cit., p. 28.

mínimo de cinco metros em relação ao perímetro do cemitério. Estas disposições estão descritas no artigo 5º da Resolução CONAMA nº 335, ao prever o que seja cemitério sustentável e apresentar as bases para sua adequação por parte dos administradores desses campos santos²⁷.

4. Legislação específica sobre o tema

O Brasil não tinha qualquer dispositivo legal federal sobre cemitérios até 28 de maio de 2003, quando foi promulgada a Resolução CONAMA nº 335, sobre o licenciamento ambiental de cemitérios horizontais e verticais. A Resolução estabeleceu critérios mínimos para a implantação de futuros cemitérios, visando a garantir a decomposição normal dos corpos e proteger os lençóis freáticos da infiltração do necrochorume, e deu prazo de 180 dias para os cemitérios existentes se adequarem às novas normas.

A Resolução CONAMA nº 368, de 28 de março de 2006, alterou alguns dispositivos da resolução anterior, proibindo a instalação de cemitérios em áreas de preservação permanente (APP) ou em outras que provoquem desmatamento da Mata Atlântica, em estágio médio ou avançado de regeneração, em terrenos onde existem cavernas, sumidouros ou rios subterrâneos e em áreas onde o lençol freático, medido no final da estação chuvosa, fique a menos de 1,5 metro da base das sepulturas²⁸.

Tendo por base a edição da Resolução acima referida, os órgãos ambientais estaduais e municipais passaram a ter a atribuição de licenciar e fiscalizar a im-

²⁷Art. 5º Deverão ser atendidas, entre outras, as seguintes exigências para os cemitérios horizontais:

I - o nível inferior das sepulturas deverá estar a uma distância de pelo menos um metro e meio acima do mais alto nível do lençol freático, medido no fim da estação das cheias.

II - nos terrenos onde a condição prevista no inciso anterior não puder ser atendida, os sepultamentos devem ser feitos acima do nível natural do terreno;

III - adotar-se-ão técnicas e práticas que permitam a troca gasosa, proporcionando, assim, as condições adequadas à decomposição dos corpos, exceto nos casos específicos previstos na legislação;

IV - a área de sepultamento deverá manter um recuo mínimo de cinco metros em relação ao perímetro do cemitério, recuo que deverá ser ampliado, caso necessário, em função da caracterização hidrogeológica da área;

V - documento comprobatório de averbação da Reserva Legal, prevista em Lei; e

VI - estudos de fauna e flora para empreendimentos acima de 100 (cem) hectares. Conforme CONAMA. Resolução nº 335, de 3 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res03/res33503.xml>>. Acesso em: 7 set. 2012.

²⁸Em 2005, o município de Biritiba-Mirim, a 80 quilômetros de São Paulo, ficou conhecido em todo o Brasil por um projeto de lei municipal que “proibia” as pessoas de morrerem. Foi à forma irônica de o prefeito da época chamar a atenção para o principal problema local: o único cemitério da cidade estava superlotado e o Conama não permitia a construção de outro no pequeno município com 89% do seu território em área de manancial e 11% em Mata atlântica. Conforme PACHECO, Alberto, op. cit., p. 183.

plantação de novos cemitérios. Observa-se que o prazo para adequação dos cemitérios existentes antes da Resolução do CONAMA, porém, foi tornado sem efeito por força da nova Resolução CONAMA nº 402, de 17 de novembro de 2008. Esta Resolução deu aos órgãos estaduais e municipais, que atuam na área do meio ambiente, prazo até dezembro de 2010 para estabelecer critérios para a adequação dos cemitérios existentes antes de 2003. O descumprimento dessas disposições implicará sanções penais e administrativas²⁹.

5. Licenciamento ambiental

A Resolução CONAMA nº 335, de 3 de abril de 2003³⁰, alterada pela Resolução nº 368, de 28 de março de 2006, estabelece, em seu artigo 3º, uma fase anterior à concessão do licenciamento ambiental (LA), denominada de licença prévia³¹, sendo que esta apresenta várias exigências para sua ocorrência e para se partir para o LA, conforme descrição em seguida apresentada:

Art. 3º Na fase de Licença Prévia do licenciamento ambiental, deverão ser apresentados, dentre outros, os seguintes documentos:

I - caracterização da área na qual será implantado o empreendimento, compreendendo:

- a) localização tecnicamente identificada no município, com indicação de acessos, sistema viário, ocupação e benfeitorias no seu entorno;
- b) levantamento topográfico planialtimétrico e cadastral, compreendendo o mapeamento de restrições contidas na legislação ambiental, incluindo o mapeamento e a caracterização da cobertura vegetal;
- c) estudo demonstrando o nível máximo do aquífero freático (lençol freático),

²⁹SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter, op. cit., p. 29.

³⁰Essa norma, porém, passa a vigorar para os cemitérios que forem ser criados depois de 2003. Com relação aos cemitérios existentes quando da edição da Resolução CONAMA nº 335, os órgãos ambientais, estaduais e municipais, deveriam promover a sua adequação até dezembro de 2010, conforme descrito no art. 11 da referida Resolução, modificada pela Resolução CONAMA nº 402, de 17 de novembro de 2008, fato que não foi totalmente concretizado. Há ainda hoje cemitérios não enquadrados nesta Resolução que podem estar ou poderão pôr em risco a saúde da população adjacente ao local de instalação do cemitério. Caso ocorra uma situação que não possa ser reparada, é conveniente e salutar que este cemitério tenha sua atividade encerrada, devendo os danos possivelmente causados serem reparados por quem de direito.

³¹Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação. Conforme Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

ao final da estação de maior precipitação pluviométrica; e

d) sondagem mecânica para caracterização do subsolo em número adequado à área e características do terreno considerado.

II - plano de implantação e operação do empreendimento³².

A preocupação com o meio ambiente é patente na Resolução em comento, visto que no parágrafo 1º, do art. 3º, existe a proibição para a instalação de cemitério em áreas de preservação ambiental:

§ 1º É proibida a instalação de cemitérios em Áreas de Preservação Permanente ou em outras que exijam desmatamento de Mata Atlântica primária ou secundária, em estágio médio ou avançado de regeneração, em terrenos predominantemente cársticos, que apresentam cavernas, sumidouros ou rios subterrâneos, bem como naquelas que tenham seu uso restrito pela legislação vigente, ressalvadas as exceções legais previstas³³.

O LA é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, que teve seu termo inicial com a edição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual determina em seu artigo 10º:

Art. 10 A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental³⁴.

O licenciamento previsto no art. 10º está sob acompanhamento e fiscalização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), além dos órgãos do próprio CONAMA³⁵. Por que a necessidade de se promover o LA? Para que o estabelecimento cumpra todas as exigências estabelecidas na Resolução do CONAMA e receba o LA, não vindo, em futuro próximo ou

³²CONAMA. Resolução n. 335 Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/.../CONAMA_RES_CONS_2003_335.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

³³Idem.

³⁴BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU em 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

³⁵Conforme art. 11, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Idem.

remoto, a contaminar o meio ambiente, causando prejuízo à saúde da população na periferia do cemitério.

A Resolução do CONAMA exige que os cemitérios horizontais e verticais sejam submetidos ao processo de LA, com a devida caracterização da área na qual será instalado o empreendimento, mapeamento da cobertura vegetal e dos lençóis freáticos, caracterização do terreno e do subsolo, bem como estudo da fauna e da flora local.

Observa-se que o LA nada mais é do que um procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades versando sobre recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso³⁶. O objeto do LA é a conciliação do desenvolvimento econômico com a conservação do meio ambiente, devendo, com fulcro na lei, proceder-se ao licenciamento ambiental junto ao órgão competente para tal, obedecendo ao procedimento nele delineado.

O LA é um documento com prazo de validade especificado, no qual o órgão ambiental concessor estabelece regras, condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem seguidas pela atividade que está sendo licenciada. Ao receber a licença ambiental, o empreendedor assume os compromissos para a manutenção da qualidade ambiental do local onde se instala.

O LA serve de parâmetro para aferir a qualidade do meio ambiente, pois, se forem seguidos os ditames estabelecidos pelo órgão concessor da licença ambiental, certamente haverá a manutenção da qualidade do meio ambiente e, por via de consequência, ocorrerá a preservação da saúde pública, trazendo boa qualidade de vida para a população circundante do cemitério por longo período de tempo.

Salienta Eliane Brandão Leite que sempre é necessária uma avaliação dos cemitérios, com o fito de adequá-los às normas técnicas previstas na Resolução

³⁶Conforme Resolução CONAMA nº 237/1997, salientando a orientação do art. 6º, II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, o CONAMA é órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Tem como competência estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos estados e supervisionado pelo IBAMA, alicerçado no art. 8º, I, da referida Lei.

CONAMA nº 368, objetivando suavizar possíveis contaminações que o necrochorume pode causar nos lençóis freáticos, poços que muitas vezes são utilizados por populações de baixa renda, principalmente em locais onde o abastecimento de água é precário³⁷.

6. Crime Ambiental

A Lei de Crimes Ambientais (LCA) nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelece que quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas cominadas, na medida da sua culpabilidade, e estende tal responsabilidade ao diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la³⁸.

Fica também patente que a pessoa jurídica³⁹ será responsabilizada administrativa, civil e penalmente conforme o disposto na LCA, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade⁴⁰. Foi ressalvado no próprio texto da LCA que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

A LCA objetiva a proteção do meio ambiente, tendo sido preocupação do legislador a proteção contra poluições que possam causar danos à saúde humana, assim como a mortalidade de animais e a afetação à flora, estando no art. 54

³⁷LEITE, Eliane Brandão, op. cit.

³⁸BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU de 17 de fevereiro de 1998. Conforme art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 4 set. 2012.

³⁹A Lei nº 9.605/1998 abandonou a chamada teoria da ficção, criada por Savigny e tradicional em nosso sistema penal, segundo o qual as pessoas jurídicas são pura abstração, carecendo de vontade própria, consciência e finalidade, imprescindíveis para o fato típico, bem como de imputabilidade e capacidade para serem culpáveis. Tal teoria baseia-se no brocardo romano *societas delinquere non potest* (a pessoa jurídica não comete delitos).

A teoria utilizada pela Lei de Crimes Ambientais é a teoria da realidade ou da personalidade real, preconizada por Otto Gierke, na qual se acentua que a pessoa jurídica não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real, independente dos indivíduos que a compõem. Sustenta que a pessoa coletiva possui uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de ação e de praticar ilícitos penais. E assim capaz de dupla personalidade: civil e penal. Conforme CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4, p. 76-77.

⁴⁰BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU de 17 de fevereiro de 1998. Conforme art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 4 set. 2012.

desta Lei a descrição da norma e as sanções impostas, quando da ocorrência da infração penal⁴¹.

Apesar de o legislador restringir a poluição a ser punida aquela que resultar em danos à saúde humana, mortalidade de animais ou destruição significativa da flora, constata-se que o artigo 54 possui uma abrangência ampla, ao referir-se “a danos à saúde humana”, pois sua delimitação poderia ser uma forma açodada de minimizar o alcance da norma ambiental, não atingindo de forma eficaz as diversas possibilidades de ocorrência do dano causador de malefícios ao ser humano.

Existe no Brasil uma Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), cujo objetivo é a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana⁴². Observa-se que a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a PNMA, definiu poluição como sendo:

A degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a **biota**; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (Grifo do texto original)⁴³.

⁴¹Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos a saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1. Se o crime e culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2. Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos a saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; [...]

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3. Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU de 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 4 set. 2012.

⁴²BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU em 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

⁴³BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU em 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

A contaminação do meio ambiente pelo necrochorume é uma preocupação constante, pois leva a uma diminuição da qualidade de vida, assim como causa doenças na população residente na periferia dos cemitérios.

É salutar observar que a Lei nº 6.938/1981, ao dispor sobre a PNMA, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, possui um cunho repressor, funcionando de forma subsidiária à LCA, pois afirma que, sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, existirão sanções para aqueles que desatenderam aos ditames legais, sendo elas de cunho administrativo, pecuniário e criminal, conforme delineado em seguida:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da

perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do CONAMA.

§ 3º (REVOGADO)

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006).

15. (REVOGADO pelo art. 54 da Lei n. 9.605/98).

§ 1º A pena é aumentada até o dobro se: (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

I - resultar:

- a) dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;
- b) lesão corporal grave;

II - a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte;

III - o crime é praticado durante a noite, em domingo ou em feriado.

§ 2º Incorre no mesmo crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)⁴⁴.

A aplicação da LCA ocorrerá em último caso, visto que as etapas apresentadas anteriormente, LP e LA, foram e são os meios próprios para inibição da aplicação da Lei de Crimes Ambientais. Mediante estas formas de licenciamento foram fornecidas, há mais de uma década, oportunidades ao órgão concedido para sua adequação à realidade atual e às políticas públicas aplicadas ao meio ambiente, cujos dispositivos são de conhecimento pleno das pessoas que administram e cuidam dos cemitérios.

7. Considerações Finais

Observa-se, no decorrer dos anos, que o cuidado com o meio ambiente ficou mais latente, havendo a conscientização de toda a sociedade, objetivando a sua preservação e, por via de consequência, também a pre-

⁴⁴BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU em 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

servação do ser humano. Foi desta forma que a preocupação se estendeu aos cemitérios, locais aparentemente inofensivos, mas que encobrem uma possível contaminação, o necrochorume, substância produzida no processo de decomposição dos corpos que, não sendo adequadamente contida, pode ocasionar mal à saúde humana, de animais e da própria flora.

Os sentimentos religiosos, crenças e superstições propiciaram, por muito tempo, o tratamento não adequado do saneamento dos cemitérios, mas a consciência social levou, de forma tardia, no País a implementação de normas para a conservação e manutenção dos campos santos.

Conforme explicado ao longo deste artigo, as resoluções do CONAMA funcionam como diretrizes a serem seguidas pelas concessionárias responsáveis por esses locais, visando a inibir que as populações limítrofes aos cemitérios sejam afetadas pela falta de tratamento ambiental adequado. As sanções de forma administrativa e penal visam a frear quaisquer tentativas de burla à norma e à própria lei.

Aqueles que prestam atendimento ao público, em concessões nos diversos cemitérios do País, devem se conscientizar da necessidade de oferecer um bom serviço, obedecendo primeiramente às determinações do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Nelas estão delineadas as regras para conter a contaminação do lençol freático porventura existente no cemitério ou, havendo a impermeabilização do cemitério, para não ocorrer a contaminação da rede de águas pluviais com as substâncias saídas das sepulturas.

De outro lado, os órgãos governamentais devem estar atentos aos deslizes dos operadores dessas concessões, a fim de os orientarem no sentido de atender as determinações do CONAMA com a maior presteza possível, assegurando um meio ambiental saudável, que é o desejo de todos. Para cumprimento desta missão, os órgãos das esferas municipal, estadual e federal devem atuar com pessoal especializado e técnicas próprias para não passarem despercebidas as irregularidades que ocorrem nos vários cemitérios do País. Por outro lado, devem estar atentos a não se quedarem inertes às influências de cunho político que, por vezes, vêm cercear a atuação destes órgãos na realização das providências para a proteção ambiental, especialmente quando estão em jogo interesses econômicos ou de semelhante teor.

Referências

ARIÈS, Philippe. **História da morte no Ocidente**. Lisboa: Teorema, 2010.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU em 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Planalto. Brasília, DF, publicado no DOU de 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 4 set. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

CONAMA. **Resolução nº 237**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. **Resolução nº 335**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res03/res33503.xml>>. Acesso em: 7 set. 2012.

EUROPA. Disponível em: <europa.eu/.../treaties_maastricht_pt.htm>.

KEMERICH, Pedro; UCKER, Fernando Ernesto; BORDA, Willian F. de. **Cemitérios como fonte de contaminação ambiental**. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/artigos/cemiterios_como_fonte_de_contaminacao_ambiental_imprimir.html>. Acesso em: 29 ago. 2012.

LEITE, Eliane Brandão. **Análise físico-química e bacteriológica da água de poços localizados próximo ao cemitério da Comunidade de Santana, Ilha de Maré, Salvador-BA**. Candombá. Revista Virtual, v. 5, n. 2, p. 132-148, jul./dez.

2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unijorge.edu.br/candomba/2009-v5n2/.../...>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

MELO, Daniela Bueno de; TUDOR, Fernanda; BERNADINO, Viviane Neris. **Projeto Cemitérios Sustentáveis**. Disponível em: <<http://www.mundodakeka.com.br/.../ProjetoCemiteriosSustentaveis.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

PACHECO, Alberto. **Meio ambiente e cemitérios** - (Série Meio Ambiente, 15/ Coordenação José de Ávila Aguiar Coimbra). São Paulo: Editora Senac, 2012.

_____. **Como os cemitérios podem contaminar as águas subterrâneas**. 1991. Disponível em: <<http://www.igc.usp.br/index.php?id=316>>. Acesso em: 7 set. 2012.

REIS, João José. **A morte é uma festa: ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

SILVA, Leziro Marques. **Cemitérios: fonte potencial de contaminação do lençol freático**. São Paulo: Universidade São Judas Tadeu/Faculdade de Tecnologia e Ciências Exatas, 2000.

SILVA, Robson Willians da Costa; MALAGUTTI FILHO, Walter. Fontes Potenciais de Contaminação. **Revista Ciência Hoje**, v. 44, n. 263, p. 24/29. Disponível em: <http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/263/pdf_aberto/cemiterios263.pdf/at_download/file>. Acesso em: 6 set. 2012.

Artigo recebido em: 10.12.2013

Revisado em: 09.01.2014

Aprovado em: 12.01.2014

CONTRATOS DE ADESÃO E CONDIÇÕES GERAIS: DIFERENÇAS TERMINOLÓGICAS NO DIREITO COMPARADO

SETTLEMENT AND GENERAL CONTRACT CONDITIONS: TERMINOLOGICAL DIFFERENCES IN COMPARATIVE LAW

Rossana Marina De Seta Fisciletti¹

Mestre em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/
Faculdades Associadas de Ariquemes, Rondônia (RO) - Brasil

RESUMO: A pré-elaboração unilateral do conteúdo do contrato é amplamente utilizada por empresas públicas, privadas, concessionárias de serviços públicos e até nos contratos de trabalho, por meio da técnica denominada condições gerais dos contratos. O surgimento de uma sociedade de produção em massa, distribuição e consumo conduziu a padronização dos contratos, justificada pela necessária rapidez das relações comerciais. Os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos aplicam-se à grande maioria dos contratos entre fornecedores e consumidores. Embora estas técnicas andem juntas, existe diferença entre elas. Os rumos da terminologia adotada pela doutrina pátria e estrangeira sobre os contratos com cláusulas unilateralmente redigidas, bem como sua natureza jurídica, características e sistemas de controle formam o conjunto estudado no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito contratual. Contrato de adesão. Condições gerais dos contratos.

ABSTRACT: Public companies, private utilities, public service corporations and even employment contracts, using the technique called general conditions contracts develop widely the contract pre-sided content. The mass distribution and

¹Graduada e Mestre em Direito. Pesquisadora do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR), na qualidade de voluntária associada do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR - e da Mídia Jurídica. Professora da Graduação da União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo/Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. O artigo é uma das produções bibliográfica da Linha de Pesquisa do NUPES/DIR do IESUR/FAAR e versa sobre a Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Pesquisa financiada pela Fundação Assistencial e Educativa Cristã de Ariquemes (FAECA). Advogada em Direito Privado. E-mail: rossanafisciletti@gmail.com

consumption production society emergence led to the contracts standardization, justified by the trade relations speed needs. The adhesion contracts and the standard contract terms apply to the vast majority of the contracts between suppliers and consumers. Although these techniques run together, there is a difference between them. The terminology direction adopted by the national and foreign doctrine on contracts with clauses unilaterally drafted, as well as its legal nature, characteristics and control systems form the set studied in this article.

KEYWORDS: Law of Contracts - Adhesion Contracts - Standard Contract Terms

1. Introdução

Os contratos pressupõem um negócio jurídico bilateral, mas nem sempre as negociações se dão desta forma. Isto ocorre porque os contratos de massa não pressupõem negociação prévia entres as partes celebrantes, formando-se com a simples adesão aos termos descritos nas condições gerais.

No século XXI, com a revolução da tecnologia da informação deu-se a própria reestruturação do sistema capitalista, sendo que a lógica e os interesses deste tiveram grande influência sobre o desenvolvimento daquela, não mais se amoldando à sociedade em rede² (Castells, 2000, p. 32), impondo-se uma revisão sobre o tema, identificando as condições gerais e os contratos de adesão em uma concepção comparada.

Como os contratos de massa foram largamente introduzidos no mercado de consumo, o estudo das técnicas usadas para elaboração, assim como a análise das suas consequências para o consumidor, desperta interesse jurídico. O primeiro apontamento histórico na doutrina brasileira é de Orlando Gomes, que, em 1972, dedica um minucioso estudo³ a fim de encontrar as bases jurídicas do curioso fenômeno que não retira a característica da bilateralidade presente nos contratos, embora uma das partes não compartilhe da elaboração das suas cláusulas. Porém,

²“É essencial para o entendimento da dinâmica social, manter a distância analítica e a inter-relação empírica entre os modos de produção (capitalismo, estatismo) e os modos de desenvolvimento (industrialismo, informacionalismo)”. CASTELLS, 2000. p. 32).

³Que resultou na obra Contrato de adesão: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972. O tempo dos verbos utilizados para fazer referência a Orlando Gomes estão propositalmente no passado, para realçar o valioso legado que o sábio mestre brasileiro deixou para o mundo jurídico.

a análise por parte da doutrina brasileira foi aperfeiçoada a partir de 1990, com o advento da Lei 8.078, que trouxe a lume, em seu artigo 54, o conceito de contrato de adesão.

Denotam-se, no âmbito do direito contratual, algumas interpretações dúbias em relação aos contratos de adesão e às condições gerais contratuais, mais precisamente no que tange à nomenclatura e diferenças conceituais entre ambas, o que justifica a necessidade da análise terminológica visando melhor compreensão da dimensão dos contratos padronizados e amplamente difundidos nos dias atuais. As linhas que serão apresentadas se estruturam nas construções teóricas desenvolvidas pelos juristas ORLANDO GOMES e PAULO LUIZ NETTO LÔBO.

Assim, o conhecimento das principais diferenças entre as expressões ‘Adesão’ e ‘Condições Gerais’, norteia o entendimento dos referidos institutos, que encontram seus fundamentos no Direito Comparado, em especial nas doutrinas francesa, portuguesa e alemã.

2. Terminologia: Contrato de adesão, cláusulas contratuais gerais e condições gerais dos contratos

2.1. Doutrina Francesa e CDC - Contratos de Adesão

Orlando Gomes deixou em sua valiosa obra a orientação de que contrato de adesão é expressão usada para fazer referência à aceitação inevitável de condições uniformes e unilateralmente formuladas por uma das partes, pela outra. E mais, acrescentou ao seu estudo o fato de que a expressão foi registrada pela primeira vez por Raymond Saleilles, em 1901, ao discorrer sobre a declaração de vontade (*De la déclaration de volonté*).

Foi assim, como herança da doutrina francesa, que a denominação contrato de adesão se consagrou no Brasil.

O saudoso professor alertou que a expressão ‘adesão’ não seja demasiadamente restrita⁴ em seu significado, a fim de apenas definir a posição de superioridade do predisponente, na relação jurídica, quando da elaboração e imposição

⁴Paulo Luiz Netto Lôbo adverte que na doutrina francesa, o conceito de contrato de adesão, além de mascarar a existência distinta as condições gerais, funda-se na desigualdade econômica dos contratantes e na proteção do economicamente débil entre as partes que contratam, posto que nem sempre aquele que se submete as condições gerais é o economicamente débil entre as partes que contratam. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 27.

de cláusulas. Conforme sua doutrina (GOMES, 1972, p. 5):

É a forma do consentimento que identifica mais rapidamente a figura jurídica do contrato de adesão se, obviamente, a predisposição unilateral do seu conteúdo for realizada para contratos em massa. Afinal, a aceitação em bloco de cláusulas preestabelecidas significa que o consentimento sucede por adesão, prevalecendo a vontade do predisponente que, na observação de Saleilles, dita a sua lei, não mais a um indivíduo, senão a uma coletividade indeterminada.

O uso das preposições ‘de’ e ‘por’ antes do vocábulo ‘adesão’, levou a doutrina brasileira a distinguir o termo, como orienta Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC (2000, p. 551):

A doutrina faz distinção entre contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma e contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, caput, CDC), como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes, estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão.

Orlando Gomes aceitou a denominação “Condições Gerais do Contrato” por ser difundida entre os autores, adotada em leis específicas, códigos e amplamente utilizada na Espanha, Itália e Alemanha. O referido autor defendeu o uso da expressão “contrato de adesão”, entendendo mais se aproximar do processo técnico de formação do vínculo de conteúdo predisposto, onde uma das partes concorre para o nascimento da relação jurídica (1972, p. 8), pois as “Condições Gerais” podem originar-se de acordo entre as partes, regulamento administrativo, ou produto de atividade de terceiro, nem sempre unilaterais e uniformes.

⁵“...Em todos esses casos, a expressão contrato de adesão, consagrada pelo uso, pode ser mantida, a despeito das objeções que levanta”. GOMES, Orlando. Ibidem, p. 7.

GOMES foi criticado, mas manteve sua posição⁵:

A expressão condições gerais do contrato padece de impropriedade técnica, tanto no emprego do substantivo como no adjetivo. O termo técnico para denominar qualquer proposição contratual é cláusula. Na terminologia jurídica, o vocábulo condição tem significado peculiar, que se não compadece com a acepção em que se acha empregado para nomear o fenômeno da preconstituição unilateral do esquema do contrato. Não é a generalidade que as distingue e sim a uniformidade. Reconhecendo a inadequação da palavra, preferem alguns a expressão condições uniformes de contrato, enquanto outros acham mais apropriada tecnicamente a locução predisposição de cláusulas uniformes.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, conceituou o contrato de adesão, deixando claro que o legislador seguiu a denominação adotada pela doutrina francesa, não fazendo qualquer distinção entre as condições gerais, da mesma forma observada pelos artigos 423 e 424 do Código Civil Brasileiro (Lei 10406/2002).

2.2. Doutrina Portuguesa e Peruana - Cláusulas Contratuais Gerais

A expressão ‘cláusulas contratuais gerais’⁶ é usada em Portugal, no Dec.-Lei n. 446/85, em que o artigo 1º expressa: “As cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma”.

O Código Civil peruano de 1984 (Decreto Legislativo nº 295) usou a denominação *cláusulas generales de contratación*, no artigo 1392, dispondo que são as redigidas prévia e unilateralmente de forma geral e abstrata, com o objetivo de fixar um conteúdo normativo de uma série indefinida de contratos particulares futuros⁷.

⁶A lei portuguesa pretendeu afastar-se do equívoco denominando de cláusulas contratuais gerais e não apenas de cláusulas gerais. Na lição de Paulo Lôbo: a inserção de contratuais não afastou o obstáculo. Persistem as razões do equívoco, acrescidas de um dado complicador: o contrato de adesão se comporia de cláusulas particulares (negociadas), cláusulas gerais em sentido estrito (a lei portuguesa prevê a boa-fé) e condições gerais (cláusulas contratuais gerais, na dicção da lei). Se os contratos são posteriores às condições gerais, como falar-se em cláusulas antes da conclusão daqueles? Não importa que, formalmente, algumas condições gerais se revelem sob a veste de cláusulas. Ibidem, p. 34

⁷Cláusulas generales de contratación. Artículo 1392: Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos. Peru. Decreto legislativo, n. 295/84. Disponível em: <http://spij.minjus.gob.pe>. Acesso em: 06 jun. 2013.

A redação final do Projeto do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro utilizava a denominação cláusulas contratuais gerais e cláusulas gerais dos contratos de adesão (apesar da redação original do Projeto referir-se a condições gerais dos contratos), porém os artigos que faziam uso destas expressões foram vetados (arts. 51, §3º, 54, §5º, 83, parágrafo único), restando ao CDC, seguir sua vigência sem fazer menção a tais expressões.

Para Paulo LÔBO (1991, p.33), a expressão ‘cláusulas gerais’ utilizada pelas leis portuguesa e peruana⁸ não é adequada quando se trata de analisar a falta de discussão do teor estipulado em contrato pelas partes contratantes, em sua opinião, a expressão gera equívocos, o primeiro decorrente do fato de que se ‘cláusula’ supõe contrato, logo não pode anteceder-lo; o segundo, e mais grave, pela possibilidade de ser confundida com as cláusulas ‘gerais’, que constituem em modelos abertos, necessitados de mediação concretizadora do julgador, tais como as de equidade e boa-fé, apresentadas no CDC, artigo 51, IV.

A citada cláusula geral da boa-fé expressa no CDC encontra respaldo também nos artigos 113, 422, 423 do Código Civil e pode ser apreciada, através da lição de Alexandre Guimarães Gavião Pinto (2007, p. 6):

Na realidade, o princípio da boa-fé deve nortear a conduta dos contratantes, exigindo destes um padrão honesto e justo de comportamento, o que representa uma verdadeira socialização da teoria contratual, concretizando, destarte, os deveres de igualdade e dignidade amparados constitucionalmente no repúdio do abuso da liberdade contratual e do individualismo exacerbado, principais causadores de desequilíbrios contratuais.

Mais recentemente, foram editados os Enunciados nº 167 e 170 aprovados na III Jornada de Direito Civil do CJC, realçando o diálogo entre os Códigos Civil e do Consumidor e destacando a aproximação principiológica entre ambos, no que diz respeito à regulação contratual, fazendo alusão a uma nova teoria geral dos contratos e a observação da boa-fé objetiva pelas partes na fase de negociações preliminares, bem como após a execução do contrato quando tal exigência de-

⁸Cláusulas gerais importam em contradição lógica: se as cláusulas são partes do contrato, nele contemporaneamente criadas e individualizadas, não podem ser gerais, isto é, aplicáveis a vários contratos de forma comum e inalterável. Ibidem, p. 33.

correr da natureza deste.

2.3 Condições gerais dos contratos

Salienta Lôbo (1991, p. 29) que o uso das expressões ‘contrato de adesão’ e condições gerais dos contratos, têm significados distintos:

Optamos por denominar a categoria que estamos investigando condições gerais dos contratos. Esta é a denominação empregada no direito alemão e no direito italiano - na doutrina, na legislação e na jurisprudência - e pelos melhores tradutores da matéria. É denominação mais apropriada para separar e relacionar a categoria com o contrato de adesão. É um passo além do conceito unitário de contrato de adesão, da doutrina francesa. É também a terminologia que mais se adota no mundo, inclusive em congressos jurídicos internacionais voltados a seu estudo...

Expõe, ainda, que o próprio Saleilles, em sua obra, percebeu que o contrato de adesão seria aquele que aderisse a condições gerais, intuindo tratar-se de situações interligadas, porém distintas (1991, p. 30)⁹.

A preferência pelo uso da expressão condições gerais por Paulo Lôbo (1991, p. 34) se dá em razão do atributo de generalidade¹⁰ de alcance formal de constante aplicabilidade a uma série infinita de contratos e um alcance de uniformidade, para qualquer que seja o tipo de contrato em concreto, nominado ou inominado.

Claudia Lima Marques informa que segundo a lei alemã, a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão com formulários impressos, contratos modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais estão inseridas no próprio texto do contrato e não em anexo (2002, p. 57).

⁹“(...) que adhère aux conditions générales (...)”. Saleilles, Raymond apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. Condições Gerais... p. 30.

¹⁰Em suma, generalidade tem o sentido de constância e uniformidade. A generalidade não desaparece com a integração ao contrato individual. As condições gerais, mesmo quando assumem forma de cláusulas contratuais, mantêm o atributo de generalidade, coexistindo com cláusulas genuinamente individuais, como adverte Lôbo.

2.4. Compatibilização de terminologias

Como preceitua Claudia Lima Marques, a expressão “Condições Gerais dos Contratos” enfatiza mais a fase pré-contratual, onde são elaboradas estas listas independentes de cláusulas gerais a serem oferecidas ao público contratante, enquanto utilizando a expressão contrato de adesão a doutrina francesa destaca o momento da celebração do contrato, dando ênfase à vontade criadora do contrato, vontade esta que somente adere à vontade já manifestada do outro contratante (2002, p. 57).

Neste sentido, adotando a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Europeias (MARQUES, 2002, p. 56):

Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.

Na lição de Lôbo (1991, p. 188):

A confusão que se fez entre contrato de adesão e condições gerais embaralhou os critérios distintivos, contribuindo para a dúvida ainda hoje reinante. O direito alemão ignorou o contrato de adesão, e atribuiu exclusividade às condições gerais. O direito francês ignorou as condições gerais e atribuiu exclusividade ao contrato de adesão. As duas figuras, entretanto, são individuais e interdependentes.

Dando um sentido espiritual para o significado de ‘contrato’ e ‘cláusulas’ a preocupação com a nomenclatura destes fenômenos é importante, pois ‘contrato’ e ‘cláusula’ indicam que houve acordo de vontades no momento da elaboração do conteúdo contratual¹¹. Porém, o legislador não se ateve ao aspecto espiritual-

¹¹Cláusula supõe contrato: não pode anteceder-lo. Como parte supõe o todo (LÔBO, 1991, p. 33).

-abstrato da bilateralidade de discussão e sim na exteriorização, no papel que se vê, independente de assinatura ou discussão de conteúdo, pois, materializado, indica o nome do documento a que se refere, como nos contratos de seguro, bancários, de locação ou quaisquer outros. São contratos a olhos vistos, bem como as regras alinhadas são reconhecidas como 'cláusulas', no cotidiano dos cidadãos.

É possível conciliar as terminologias, para que ambas andem pacificamente juntas, sendo 'contrato de adesão' o continente e 'condições gerais' seu conteúdo, afirmando-se que as expressões não são sinônimas, por serem observadas em etapas diversas da produção de um contrato.

3. Natureza Jurídica das Condições Gerais

A natureza jurídica das condições gerais se divide em três grandes teorias: normativista, contratualista e mista.

3.1 Natureza normativa

Esta corrente entende pela natureza normativa das condições gerais contratuais, afirmando que estas se aproximam mais das leis que dos contratos, devendo ser interpretadas na forma da lei, pois possuem algumas de suas características: generalidade, abstração, predisposição, respeito ao ato jurídico perfeito e vigência indeterminada. É um ato unilateral de adesão a um serviço organizado, a um regulamento.

Orlando Gomes, defensor desta teoria, acreditava tratar-se de um negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas, ou seja, como não admite negociações preliminares, nem modificação de suas cláusulas, o esquema contratual constitui-se de uma série de condições ou cláusulas gerais destinadas a ser a *lex contractus* de uma sequência ilimitada de relações jurídicas de natureza negocial.

A tese defendida por Orlando Gomes respalda-se na semelhança entre a lei e as condições gerais, no aspecto da generalidade que apresentam, ao não individualizarem o destinatário, se formarem independentemente do seu consentimento e disciplinarem situações abstratas que, ao se concretizarem, provocam a

eficácia da respectiva norma. Funcionam como se fossem normas que não tivessem eficácia imediata¹².

Os críticos desta teoria afirmam que: as condições gerais não poderiam equiparar-se à norma jurídica, uma vez que a lei é editada por órgão público, que detém a competência legislativa; a concretização das condições gerais depende do consentimento do aderente; a lei persegue finalidade pública e as condições perseguem finalidade privada; a lei produz efeitos sobre os fatos e quando estes acontecem, as condições gerais dependem de integração a cada contrato individual para que produzam efeitos concretos; a lei não precisa ser conhecida prévia e efetivamente para que possa ser eficaz; o legislador não é parte interessada nos negócios jurídicos que à lei ficam sujeitos, o predisponente é; a lei assenta-se no princípio da igualdade (LÔBO, 1991, p. 188).

Paulo Lôbo afirma que se conferíssemos ao predisponente o status de legislador, retornaríamos a era medieval, onde os burgueses produziam seu próprio ordenamento jurídico (1991, p. 189). Neste sentido, admitir que as condições gerais sejam fontes de direito, como autênticas normas jurídicas, importaria no mesmo que atribuir aos empresários um privilegiado poder legislativo, incompatível com nosso sistema de organização político-jurídica, pois o empresário carece de poder para criar o direito¹³.

A teoria de Orlando Gomes (1972, p. 122) não se esquivou em rebater os argumentos:

Se é certo, conforme o pensamento dominante a respeito das fontes do direito objetivo, que procede a tese de que os particulares carecem de poder normativo, não se lhes consentindo editar regras de obrigatoria observância para seus semelhantes, o postulado pelo qual as condições gerais não têm tal qualificação, por lhes faltar eficácia imediata e direta, eliminaria a distinção, considerada necessária, entre as que procedem de empresas privadas sem intervenção

¹²O valor normativo das condições gerais é orientado por Orlando Gomes: Se as condições gerais estipuladas sem participação de ente público possuem a natureza de preceitos jurídicos, o poder normativo do particular que as institui teria fundamento na autonomia privada, tal como sucede em todos os contratos, segundo a teoria objetiva do negócio jurídico. Careceriam, porém, de valor normativo próprio e independente da vontade dos que as aceitem. Em síntese, esse poder seria autônomo no sentido de estar compreendido no âmbito da liberdade de contratar. Contrato de adesão..., p. 122.

¹³LARENZ, POLO, MORELLO y STIGLITZ apud STIGLITZ, Rubén S. e STIGLITZ, Gabriel A (1985, p. 70).

da autoridade pública e as que resultam do exercício do poder regulamentar da Administração estatal. Em qualquer das duas hipóteses, a aprovação dos clientes é imprescindível à sua concretização, atuando a manifestação de vontade dos destinatários como indispensável condição para que se integrem nos contratos individuais isolados. Sob esse aspecto, nenhuma diferença existe. Por outras palavras: não será com esta razão que se justificará a recusa de natureza normativa às condições gerais dos contratos.

3.2 Natureza Contratual

A teoria contratualista, seguida por Stiglitz & Stiglitz, Díez Picazo; Castro y Bravo; I. Goldemberg e H. Masnatta, sustenta que a estrutura do contrato de adesão se mantém inalterada e sua natureza preservada¹⁴, mesmo diante de seu conteúdo predeterminado, sem a prévia discussão das partes celebrantes. A natureza é contratual, pelo fato de que existe o consentimento das partes em relação ao negócio e, embora a aceitação incondicional de uma das partes às condições contratuais estabelecidas pela outra, continua presente a autonomia da vontade, pois a celebração do contrato de adesão só se perfaz se houver a aceitação do aderente - condição indispensável para sua eficácia (STIGLITZ y STIGLITZ, 1985, p. 69).

3.3. Natureza mista

Pela teoria mista as condições gerais contratuais têm natureza de ato normativo e de ato negocial. Propõe esta corrente que as teorias anteriores estejam interligadas, embora, isoladamente, sejam insatisfatórias. A visão normativa enfatiza o ato de predisposição das condições gerais e sob a ótica da tese contratualista é dada a ênfase ao momento em que as condições gerais são integradas ao contrato. Destacando que as condições gerais não são normas jurídicas, nem negócio jurídico contratual, embora se aproximem analogicamente destes tipos (LÔBO, 1991, pp. 195-197).

A teoria mista, capitaneada pelo professor Paulo Netto Lôbo, ensina que as condições gerais tanto têm natureza de atividade, sob a perspectiva do predis-

¹⁴“La estructura del contrato se mantiene inalterable. Como quiera que sea, el consumidor emite una oferta sobre la base de una fórmula general e inmutable que le provee el predisponerte, y a ella le sucede la aceptación. La naturaleza íntima del contrato no se modifica”. GOLDEMBERG, I. apud STIGLITZ y STIGLITZ (1985, p. 69).

ponente - função parcialmente normativa -, quanto de ato, sob a perspectiva do aderente - função parcialmente negocial (1991, p. 203, 195, 201):

Questionamos a possibilidade teórica de as condições gerais, que têm parcelas de natureza de norma jurídica e de negócio jurídico, poderem ser absorvidas inteiramente por uma ou por outra. A continuidade da controvérsia, até hoje, com profundas consequências na jurisprudência e na legislação, por si só demonstra a impossibilidade.

[...]

As condições gerais são editadas para regular o contrato de adesão. Antecedem a oferta ao público. Sua função é distinta. Podem ser afastadas pelo acordo, pela negociação em contrário. Têm natureza supletiva. São atos normativo-negociais, atos mistos típicos.

A corrente mista não descarta as ideias trazidas pelas teorias normativa e contratualista, convergindo ambas, razão pela qual parece estar alinhada com o Direito contemporâneo.

4 Contratos de Adesão: Existência, Validade e Eficácia

Comparando os requisitos dos atos jurídicos com o *Iter Criminis* do Direito Penal, o predisponente-contratante no contrato de adesão percorreria todas as fases: a da cogitação e preparação, quando pensa e elabora unilateralmente as condições gerais (*existência*), a da execução quando as expõe ao público (validade) e, por fim, a da consumação, quando ocorre a adesão (*eficácia*).

Discorrendo sobre a existência das condições gerais, ensina Lôbo (1991, p. 35):

O ato de predispor condições gerais é ato jurídico em sentido amplo: o predisponente edita-as voluntária e unilateralmente. Não pode ser considerado um ato destituído de juridicidade, como pareceu aos primeiros tratadistas da matéria. No momento em que são editadas, passam a existir para o direito. Quando o shopping center registrou (o registro não era obrigatório) no Registro de Títulos e Documentos a “escritura declaratória de normas gerais”, para as condições gerais integrarem os contratos de adesão concluídos com os lojistas,

deu publicidade a um ato cuja existência jurídica é inquestionável, embora dependente de eficácia concreta.

A validade das condições gerais é verificada através de um sistema de controle (adiante estudado), que analisa a conformidade com a lei, declarando nulas as condições gerais consideradas abusivas ou ilícitas.

A eficácia das condições gerais se dá quando o contrato de adesão é concluído (LÔBO, 1991, p. 36):

As condições gerais podem existir, ser válidas e nunca produzir efeitos se nenhum contrato de adesão vier a ser concluído. A eficácia jurídica das condições gerais se caracteriza por seu caráter de generalidade e uniformidade, extraindo-se seu alcance da aplicação ao conjunto dos contratos de adesão. Há uma concretização da eficácia das condições, quando cada contrato individual é concluído, ao lado da eficácia jurídica individualizada do negócio jurídico-suporte (contrato de adesão): direitos e deveres individuais, pretensões e obrigações correspondentes etc.

A existência e validade jurídica das condições gerais contratuais ingressam na esfera jurídica mesmo antes de integrarem qualquer contrato individual e participarem da oferta ao público ou invitation (LÔBO, *idem*)¹⁵.

5. Formação dos contratos de adesão

A formação da adesão pode se dar tanto na oferta ao público, quando o contrato é considerado perfeito e acabado mediante a aceitação por qualquer cliente¹⁶, como na invitation à oferta, que ocorre quando o fornecedor aceita a manifestação de interesse do cliente.

¹⁵Em sentido contrário, Orlando Gomes: As cláusulas gerais são juridicamente irrelevantes antes de se inserirem no contexto de um contrato individual. No magistério de Auer, sua formação não constitui um negócio jurídico, mas puro e simples fato interno na esfera do empresário, de sorte que a sua transcendência jurídica somente começa a partir do momento em que passa a ser conteúdo das declarações contratuais de vontade. A relação jurídica é criada contratualmente, provocando, o acordo de vontades, a incorporação das condições gerais ao seu conteúdo como parte integrante da *lex contractus*. Contratos de Adesão..., p. 42.

¹⁶A rigor, a adesão manifesta-se no seu significado próprio, na hipótese de oferta ao público, mas a inversão não retira da figura os traços distintivos. Por outras palavras, a figura não se desconjunta em razão do modo como se arma. GOMES, *loc. cit.*

A predisposição unilateral das condições somada à adesão do cliente são elementos essenciais para a formação contratual.

O conhecimento, a aceitação ou a concordância do aderente ao inteiro teor das condições gerais, não são exigidos na formação, uma vez que não se presumem¹⁷. Em alguns contratos de adesão, o aderente não tem como recusar-se a contratar, como nos serviços essenciais de fornecimento de água, energia elétrica e gás, prestados pelas concessionárias de serviço público.

Contudo, a possibilidade de conhecimento do conteúdo real das condições gerais é direito do consumidor, previsto no artigo 46 do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Assim, o predisponente tem o dever de informar o conteúdo do contrato, fazer com que as cláusulas sejam cognoscíveis ao aderente. Paulo Lôbo (1991, p. 110), expõe que¹⁸:

O dever de informar é dever de clareza, é dever de divulgação, é dever de esclarecer e garantia de acessibilidade, tendo-se sempre presente o aderente típico médio e não o contratante letrado ou detentor de conhecimentos técnicos e jurídicos, salvo quando esses conhecimentos sejam correntes na espécie de negócios que se concluem habitualmente entre predisponente e aderentes.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, se pronunciou:

FIANÇA - CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL - OBJECTO INDETERMINÁVEL - DEVER DE COMUNICAÇÃO - DEVER DE INFORMAÇÃO - BOA FÉ - NULIDADE DO CONTRATO:
I - O regime das cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85, de 25-10) aplica-se, se caso disso for, à fiança. II - Os ónus de comunicação e de informação (arts.

¹⁷O Código Civil italiano dispõe que o consumidor deve conhecer o teor das condições gerais do contrato, usando de ‘ordinária diligência’. Art. 1341 Condizioni generali di contratto - Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza.

¹⁸Expõe também que: “Não se trata de fazer com que o aderente conheça e compreenda efetivamente as condições em cada contrato concreto, mas deve ser desenvolvida uma atividade razoável que o permita e facilite”. (...) “Ao predisponente imputa-se também o ónus de demonstrar que forneceu os meios para facilitar a compreensão do conteúdo das condições gerais” (LÔBO, 1991, p. 110).

5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25-10) são instrumentos paradigmáticos do direito à informação contido no art. 60.º, n.º 1 da CRP, no âmbito contratual. Estando tal princípio também contido no art. 227.º do CC: constituindo o contrato uma convenção, um acordo, é óbvio, para que dele se possa falar, que aqueles que nele intervêm conheçam claramente os elementos sobre os quais manifestam o seu consentimento [...]. Portugal: 06-12-2011. Revista n.º 669/07.5TBPTM-A. E1.S1- 2.ª Secção. Rel. Serra Baptista.

A legislação portuguesa salienta, ainda, que o ônus de provar a informação é da parte que estipulou as cláusulas contratuais gerais, como observado no julgado a seguir:

PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL - DEVER DE COMUNICAÇÃO - DEVER DE INFORMAÇÃO: [...] III - Posto que as cláusulas contratuais gerais não são fruto da livre negociação desenvolvida entre as partes, já que estão elaboradas de antemão e são objecto de simples subscrição ou aceitação pelo lado da parte a quem são propostas, a lei prescreve diversas cautelas tendentes a assegurar o seu efectivo conhecimento por essa parte e a defendê-la da sua irreflexão, natural em tais circunstâncias. IV - Estas cautelas constam dos arts. 5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25/10, onde se faz recair sobre o proponente o dever de comunicação do teor das cláusulas, o dever de informação sobre os aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique, e o dever de prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados. V - Esse dever de comunicação tem duas vertentes: por um lado, o proponente deve comunicar na íntegra à outra parte as cláusulas contratuais gerais de que se sirva (art. 5, n.º 1), por outro lado, ao fazer esta comunicação, deve realizá-la de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência (art. 5, n.º 2); querendo-se estimular o proponente a bem cumprir esse dever, o n.º 3 desse artigo faz recair sobre ele o ônus da prova da comunicação adequada e efectiva. VI - O comando contido na al. a) do art. 8 desse DL, ao prescrever a exclusão das cláusulas não comunicadas nos termos do art. 5, tem que ser entendido - atenta a referida norma sobre o ônus da prova - como prescrevendo a exclusão das cláusulas em relação às quais se não

prove terem sido comunicadas. Portugal: 01-02-2000. Revista n.º 877/99 - 1.^a Secção. Rel. Ribeiro Coelho.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que quando a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, a formação do vínculo contratual, pela adesão do cliente, está sujeita a um período de arrependimento de sete dias a contar da assinatura ou do recebimento do produto ou serviço. Durante este prazo o aderente poderá desistir do contrato, conforme artigo 49 do CDC.

6. Características das Condições Gerais

São características das condições gerais contratuais, a generalidade, a uniformidade, a abstração e a inalterabilidade.

Generalidade, uniformidade e abstração - Características interligadas entre si, uma vez que as condições gerais são editadas uniformemente para uma generalidade de contratantes e para relações jurídicas abstratas. Na lição de Orlando Gomes (1972, p. 11):

Na generalidade insere-se a abstratividade, tomada a expressão no sentido de que as mesmas cláusulas se repetem inesgotavelmente no conteúdo das relações concretas. O propósito de uniformidade não se alcançaria se as cláusulas do esquema se exaurissem com a sua aplicação. As condições têm de ser formuladas de modo abstrato, no sentido de que, ao elaborá-las, quem as redige não apenas no caso concreto, nem nos possíveis contratantes singulares.

Inalterabilidade (rigidez) - As condições gerais são inalteráveis pelo aderente, uma vez que se houver modificação parcial ou total, convertem-se em cláusulas contratuais comuns. As cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes. Não seria possível admitir alterações atribuindo-lhes flexibilidade, pois desfiguraria a *facti specie* (GOMES, 1972, p. 10).

Paulo LÔBO (1992, p. 131) destaca outras características, além das citadas: a eficácia concreta dependente de integração aos contratos individuais; a complexidade técnica dos termos empregados; a difícil cognoscibilidade do conteúdo;

a rapidez ou a instantaneidade das transações e a necessidade de consumo dos destinatários.

Cláudia Lima Marques aponta como característica das condições gerais o modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte (2002, p. 60). Discorda, com razão, Paulo Lôbo (1991, p. 48), revelando que nem sempre o pre-disponente é economicamente mais forte, discorrendo com muita perspicácia¹⁹:

Ocasões há em que o predisponente é o economicamente mais fraco diante de poderosa organização empresarial que deseja adquirir e utilizar bens ou serviços por eles fornecidos. A grande empresa sujeita-se a condições gerais gravosas e ingressa na qualidade de aderente.

7. Sistemas de Controle

São duas espécies de controle: o preventivo (abstrato) e o judicial (concreto).

O controle preventivo abstrato é feito quando da aprovação prévia das condições gerais, através da autoridade administrativa, em caráter abstrato, para que possam produzir efeitos nos contratos individuais²⁰.

Seria introduzido no CDC, o controle preventivo administrativo abstrato, atribuindo-se a função ao Ministério Público, sem prejuízo do controle judicial concreto. Porém, na redação final do CDC, todos os dispositivos que cuidavam desta forma de controle foram vetados. Tratavam-se dos artigos 51, § 3º, 54, § 5º e 83, parágrafo único:

Art. 51 - § 3º - O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

¹⁹Trazendo como exemplo um contrato de locação, com cláusulas predispostas unilateralmente, celebrado entre um dos maiores bancos privados do Brasil e um shopping center, em que aquele desejava instalar um caixa eletrônico em determinado espaço do estabelecimento deste (LÔBO, 1991, p. 48).

²⁰Sobre controle preventivo, a Comissão das Comunidades Europeias, relatou: “Na fase da negociação coletiva, alguns sistemas nacionais desenvolveram um controle a priori das condições contratuais. Este controle é exercido a partir da redação das condições contratuais, no momento da celebração dos acordos coletivos. As condições gerais dos contratos de adesão são redigidas através de negociação entre, por um lado, as associações de consumidores (o caso dos Países Baixos é paradigmático a este respeito) ou as instâncias que possuem um interesse legítimo em proteger os consumidores (como o Ombudsman dos consumidores dos países nórdicos) e, por outro, os profissionais ou as associações de profissionais”. (Relatório da Comissão sobre a aplicação da diretiva 93/13/CE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Bruxelas, 27.04.2000. COM - 2000 - 248 final).

Art. 54 - § 5º - Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

Art. 83 - Parágrafo único - Poderá ser ajuizada, pelos legitimados no artigo anterior ou por qualquer outro interessado, ação visando o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais.”

A mensagem de veto dos artigos 51, §3º e 54, §5º se deu com base no entendimento de que estes parágrafos transgrediam o § 5º, do artigo 128 da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público e em função do rol de competências atribuídas ao MP, dispostas nos artigos 127 e 129, da Constituição:

O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (C.F, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF., arts 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto. Vetado o § 3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o § 5º do art. 54.

O veto ao parágrafo único do artigo 83 deu-se pelo entendimento de que não se fazia necessário ir além da garantia prevista no artigo 51, § 4º, do CDC, que faculta ao consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público o ajuizamento da competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual contrária ao disposto no CDC ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Eis a justificativa:

O controle abstrato de atos jurídicos constitui atividade excepcional do Judiciário (CF., art. 5º, XXXV). A eficácia “erga omnes” de decisão proferida nessa modalidade de controle exige redobrada cautela na instituição de processos dessa índole. A pluralidade de entes legitimados a propor “ação visando ao controle abstrato e preventivo de cláusulas contratuais gerais”, com a probabilidade da instauração de inúmeros processos de controle abstrato, constitui

séria ameaça à segurança jurídica. Assim, é suficiente a disciplina que o § 4º do art. 51 do projeto dá à matéria.

No controle judicial concreto o tribunal julga a validade e a eficácia das condições gerais, caso a caso e depende da iniciativa processual do lesado²¹, conforme artigo 2º, do CPC.

O controle preventivo administrativo ficou restrito à primeira parte do caput, artigo 54, do CDC: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente [...]”.

8. Interpretação das condições gerais contratuais

No âmbito das condições gerais, o princípio do equilíbrio dos poderes contratuais e da equalização jurídica realiza-se através do favorecimento do aderente, ou melhor, do aderente típico, abstrato (LÔBO, 1991, p. 132).

É fundamental saber o tipo de aderente tido como “padrão”, diante dos contratos de adesão, por essa razão, Paulo Lôbo (1991, p. 65) ensina que:

O tipo médio ou ideal de aderente pode ser considerado o aderente médio razoável e honesto, de que há referência na doutrina (inspira-se no bônus paterfamilias do direito antigo). Sua configuração rejeita um juízo de valor universal. O tipo extrai-se da comunidade onde se dá a relação jurídica, ou seja, aquele pertencente a um grupo sociológico determinado, via de regra de recursos modestos, carente de suficiente discernimento e perspicácia em questão judiciais e econômicas, e, sobretudo, de informações técnicas, procedendo sem suficiente diligência, sendo vítima fácil de engano e fortemente influenciável pela propaganda.

O CDC consagra o princípio da interpretação a favor do consumidor, nos artigos 47 e 51, IV:

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

²¹Com o advento da Lei 9.099/95, os consumidores tiveram o acesso à Justiça facilitado.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

A redação dada a estes contratos deve ser a melhor possível do ponto de vista do consumidor, com emprego de linguagem e construção gramatical transparentes, diretas. Porém, mesmo que as condições gerais sejam claras, sem ambiguidades, são passíveis de nulidade, se forem consideradas como abusivas.

A este respeito, o artigo 51, do CDC enumera, de forma exemplificativa, uma série de cláusulas consideradas abusivas e que serão nulas de pleno direito, ainda que o aderente-consumidor tenha concordado com o conteúdo. Neste caso, será necessário que o consumidor argua a nulidade da cláusula, pois, de acordo com a jurisprudência pacificada do STJ²², não poderá ser declarada de ofício pelo tribunal²³. Tal impossibilidade causou reações contrárias, a exemplo da crítica pronunciada pela Ministra do STJ, Fátima Nancy Andriighi²⁴:

Vedar o conhecimento de ofício, pelas instâncias originárias (juízes e tribunais) de nulidades que são reputadas pelo CDC como absolutas, notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é **privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo em detrimento do direito material** (grifou-se).

Com muita relutância ainda consigo entender que não se pode proceder de

²²“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO. EXAME DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. - Descaracterização do contrato. Incidência do verbete n. 293 da Súmula/STJ. - Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio “tantum devolutum quantum appellatum.” Precedentes. - Não estando as instituições financeiras sujeitas à limitação da Lei de Usura, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período (REsp’s ns. 271.214/RS, 407.097/RS e 420.111/RS). - Capitalização mensal. Inadmissibilidade na hipótese. - Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.” (REsp 541.153/RS, em 08.06.2005, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 14.09.2005). No mesmo sentido: REsp. 893.209/Rs, em 30.11.2006, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 19.12.2006. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 31.07.07.

²³Anteriormente o STJ preconizava a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV, do CDC. Cf. AGRESP 578715/SC; Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2.9.2004, DJ. 20.9.2004.

²⁴Palestra proferida no III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado, realizado no Auditório Antônio Carlos Amorim - Palácio da Justiça - Rio de Janeiro, 02/12/2005. Direitos do Consumidor na Jurisprudência do STJ. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 31.07.2007.

ofício num Tribunal Superior, por causa dos óbices constitucionais como, por exemplo, a presença do prequestionamento, mas tenho dificuldades de aceitar a mesma solução, repito, para as instâncias ordinárias.

Ademais, vejo incoerências do entendimento pacificado de o TJ não poder conhecer de ofício as nulidades quando não provocado especificamente pela parte, por causa de outra interpretação dada pelo STJ ao CDC, quanto à questão relativa à incompetência relativa suscitada em razão das cláusulas de eleição de foro inseridas nos contratos de adesão.

Como regra geral à cláusula de eleição de foro cuida de incompetência relativa e, o juiz só pode pronunciá-la se provocado pela parte interessada, tudo nos moldes do art. 112 e 113 do CPC e sedimentada na súmula 33 do STJ (a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício).

Todavia, a jurisprudência do STJ uniformizou-se no sentido de que cuidando de contrato que regula relação de consumo deve-se mitigar a regra do CPC e reconhecer de ofício a incompetência, especialmente quando a cláusula vem formulada em sede de contrato de adesão. Esse entendimento está fundamentado justamente no fato de que as cláusulas abusivas são reputadas nulas de pleno direito pelo CDC.

Por isso cabe a indagação: Se o STJ, em reiterados precedentes, considerou possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade da cláusula de eleição de foro com base na sua abusividade, porque assumir postura diversa com relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam estar inseridas no contrato? Não há razão para adotar posicionamentos diametralmente opostos diante de questões de tal forma similares.

Em relação às cláusulas individualmente negociadas e consideradas como abusivas, o relatório da Comissão das Comunidades Europeias²⁵, considerou:

...É ilusório pensar que os contratos de adesão em matéria de consumo possam verdadeiramente incluir cláusulas negociadas individualmente diferentes das relativas às características do produto (cor, modelo, etc...), ao preço ou à data

²⁵Comissão das Comunidades Europeias - Relatório da Comissão sobre a aplicação da diretiva 93/13/CE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Bruxelas, 27.04.2000. COM (2000) 248 final.

de entrega do bem ou de prestação do serviço, sempre cláusulas que raramente levantarão problemas relativos ao seu potencial caráter abusivo.

O referido relatório aponta uma possível confusão interpretativa entre os termos “negociado” e “expressamente aceite”:

Com efeito, a Comissão tem conhecimento de novas práticas efetuadas por algumas empresas destinadas a contornar a aplicação das disposições nacionais que transpõem a diretiva 93/13/CEE. Estas práticas consistem, por vezes, em incluir cláusulas em contratos relativamente aos quais o consumidor declara ter negociado e ter aceite expressamente as cláusulas contratuais gerais, conduzindo, por vezes, à utilização de contratos que parecem ser feitos à medida do consumidor por serem totalmente produzidos por computador, casuisticamente, não existindo em versão pré-impressa. Estas práticas, embora juridicamente ineficazes, são muito prejudiciais para o consumidor porque o induzem em erro sobre os seus direitos. Inspiram-se diretamente na restrição da diretiva referente às cláusulas contratuais que não tenham sido objeto de negociação individual.

Importa notar que o contrato de adesão pode não ser composto apenas de condições gerais. Nele podem existir cláusulas negociadas entre as partes contratantes. Assim, as cláusulas datilografadas ou manuscritas em contrato impresso e padronizado são particulares e preferem às condições gerais, pois pressupõem uma negociação.

Assim, as condições gerais podem ser inseridas em contratos de conteúdo negociado, mas somente na parte relativa a elas pode ser o contrato considerado de adesão (adere a determinada condição geral). Após a celebração do contrato, qualquer modificação ou inclusão de cláusulas deve ter a concordância do aderente, não descaracterizando o contrato de adesão.

Outro ponto que merece nossa atenção é a impossibilidade de alteração unilateral das condições gerais após a celebração do contrato, mesmo que haja cláusula expressa neste sentido. O fundamento encontra-se no artigo 51, XIII, do CDC, combinado como o artigo 5º, XXXVI, da CF/88, que dispõem sobre o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Assevera Paulo Lôbo:

É certo que o princípio dirige-se fundamentadamente à lei em sentido estrito. Porém, as condições gerais que têm da lei, analogamente, as características da abstração e generalidade, subordinam-se a idêntico princípio.

[...]

As condições gerais integram seus efeitos a ato jurídico perfeito (o contrato de adesão concreto). Qualquer alteração que nelas haja produzirá efeito, apenas, aos futuros contratos e não mais aos já concluídos.

Por fim, os contratos de adesão deverão ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não seja inferior ao corpo doze, facilitando a compreensão do seu conteúdo pelo aderente. Se o contrato contiver cláusulas que impliquem limitação de direitos²⁶, estas deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Considerações Finais

A prefixação de todo o conteúdo do contrato, ou de parte deste, de maneira uniforme e por apenas uma das partes contratantes é um fenômeno largamente utilizado nos dias atuais, existindo duas expressões que descrevem esta realidade: contratos de adesão e condições gerais dos contratos.

Na era da sociedade da informação e do conhecimento, a falta de tempo para longas negociações e a impessoalidade são fatores preponderantes para que sua marcha seja a cada dia mais acelerada. Neste ponto, os contratos standards estão em consonância com o ritmo que evolui a sociedade contemporânea, não obstante a limitação de discussão do conteúdo contratual a que se submete o aderente ao predisponente.

De fato, não há um equilíbrio nas contratações por adesão, justamente por esta ausência de reciprocidade. Contudo, a liberdade contratual está presente, mesmo que o conteúdo das condições gerais contratuais se assemelhem a um conteúdo de caráter normativo. Por essa razão, foram dispo-

²⁶Como, por exemplo, ocorre na adoção de cláusula compromissória (ou arbitral), através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam advir da contratação, pondo de lado a apreciação pela esfera judicial e constituindo-se em causa de extinção do processo (artigo 267, VII, do CPC) - caso não se caracterize a vulnerabilidade informacional do aderente. A cláusula arbitral em contratos de adesão deverá ser de iniciativa do aderente ou de sua concordância expressa, conforme artigo 4º, caput e § 2º da Lei de Arbitragem - Lei 9307/96.

nibilizadas diversas formas para proteção da parte vulnerável do negócio jurídico, em caráter preventivo e judicial.

No decorrer do estudo, apontou-se a diferença entre os termos ‘contratos de adesão’ e ‘condições gerais contratuais’. Ademais, atenta-se para o fato da legislação brasileira dar maior ênfase a expressão “contratos de adesão”, herdada pela doutrina francesa.

A partir da análise da natureza jurídica, características e elementos integradores dos institutos em comento, desenvolveu-se a compreensão de que ‘contrato de adesão’ é a exteriorização, ou seja, o continente, o local onde são apostas as ‘condições gerais contratuais’, que se traduzem em conteúdo elaborado antes da sua culminância, que se dá pela aceitação do aderente.

Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Direitos do Consumidor na Jurisprudência do STJ. In: **III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado**, Rio de Janeiro, 02/12/2005. Disponível em < <http://bd-jur.stj.gov.br>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

BULLETIN DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. **Supplément 1/84**. Luxemburgo: 1984. Disponível em <http://aei.pitt.edu/view/euseries/bulletinsupplements.html>. Acesso em: 06 jun. 2013.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura**. volume 1. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório da Comissão sobre a aplicação da diretiva 93/13/CE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores**. Bruxelas, 27 abr. 2000.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações.** São Paulo: RT, 1980.

JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil.** Organização: Ruy Rosado. Brasília: CJF, 2004. 507 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Pressupostos Gerais.** Revista Justitia. São Paulo: 1992. vol. 54.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: RT, 2002

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, cap. VI, p. 551.

PERU. **Decreto legislativo, n. 295/84.** Disponível em: <http://spij.minjus.gob.pe>. Acesso em: 06 jun. 2013.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A importância do princípio da boa-fé nas relações contratuais. **Folha Dirigida**, Rio de Janeiro, 12 jul. 2007. Caderno Educação, p. 6.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL. **As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça.** Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2012. Gabinete de Juízes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça Assessoria Cível. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/clausulascontratuaisgeraisjurisprudenciastj.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2013.

STIGLITZ, Rubén S. e STIGLITZ, Gabriel A. **Contratos por adhesión, cláusulas**

abusivas y protección al consumidor. Buenos Aires. Depalma, 1985.

Artigo recebido em: 10.12.2013

Revisado em: 05.01.2014

Aprovado em: 10.01.2014

PANORAMA DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO APLICADA AOS PROCESSOS JUDICIAIS E OS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

OVERVIEW OF INFORMATION TECHNOLOGY APPLIED TO TRIAL AND HUMAN RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY

Marcelo Santos Pereira¹

Bacharel em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia / Faculdades Associadas de
Ariquemes (IESUR/FAAr) - Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

RESUMO: O avanço tecnológico trouxe a informatização para o ambiente jurídico e isso trouxe vantagens e desvantagens ao dia a dia do operador do direito no seu exercício profissional. Esse trabalho pretende apresentar de forma geral a evolução na tecnologia da informação aplicada à atividade jurisdicional, tendo como pano de fundo a “Sociedade da Informação”, por meio do panorama dos procedimentos mais comuns no processamento judicial, como: o processo eletrônico, a penhora online, a audiência virtual, a expedição de alvarás de soltura pelo método eletrônico. Apresentado os trâmites da informatização no ambiente judicial, como inovações, será possível constatar se trouxeram ou não benefícios à atividade jurisdicional. A metodologia de pesquisa é a revisão bibliográfica de caráter exploratório. A produção dos dados da pesquisa foi extraída da leitura dos livros, artigos, e revistas voltadas para essa temática, preferencialmente em textos encontrados na Internet.

PALAVRAS-CHAVE: Instrumentos eletrônicos do processo. Direitos Humanos. Sociedade da Informação.

ABSTRACT: Technological advances brought computerization to the legal environment and it brought advantages and disadvantages to the day to day legal operators in their professional practice. This paper intends to present the gene-

¹Graduado em Direito. Pesquisador do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR), na qualidade de voluntário associado do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR. O artigo é uma das produções bibliográficas da Linha de Pesquisa do NUPES/DIR do IESUR/FAAr e insere-se na Linha Editorial da Revista: Direito Fundamentais e suas dimensões. Pesquisa financiada pela Fundação Assistencial e Educativa Cristã de Ariquemes (FAECA). Advogado. E-mail: marcelodjc@hotmail.com

ral developments in information technology applied to judicial activity, with the backdrop of the information society, through the panorama of the most common procedures in prosecution, as the electronic process, the attachment online, the virtual audience, the expedition permits release by the electronic method. Computerization of the procedures presented in judicial environment, as innovations, you can determine whether or not brought benefits to judicial activity. The research methodology is the literature review and exploratory. The production of research data was extracted from the reading of books, articles, and magazines focused on this issue, preferably in texts found on the Internet.

KEYWORDS: Instrumentos eletrônicos do processo. Direitos Humanos. Sociedade da Informação.

Introdução

O Brasil utiliza-se das ferramentas da tecnologia da informação no ambiente judicial visando: (I) agilização de procedimentos que auxiliem a efetividade do direito; (II) comunicação facilitada com a sociedade sobre os atos processuais, e (III) transmissão de peças processuais por meio eletrônico visando diminuir a morosidade.

O conjunto legislativo que orienta o procedimento eletrônico do processamento judicial é formado pelos seguintes diplomas legais: (I) Lei n.7.244, de 07 de novembro de 1984; (II) Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999; (III) Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001; (IV) Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004; (V) Lei n. 11.232, de 23 de dezembro de 2005; (VI) Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006; e (VII) Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

As seguintes entidades da administração do Poder Judiciário expediram as normas indicadas abaixo: (i) Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Das Cartas Precatórias para cumprimento de Alvarás de Soltura e de Mandados de Prisão através do correio eletrônico institucional da Serventia, observados os termos do art. 239, §4º; (ii) Diretoria de Modernização Judiciária - DIMOJ - Controle e expedição eletrônica de mandados de prisão e alvarás de soltura; e (iii) Conselho Nacional de Justiça - CNJ - Processo Judicial Eletrônico: Certificado Digital.

Observa-se, com isso, que a evolução tecnológica causa constantes mudanças

em todo o mundo, e os reflexos dessas mudanças vem atingido principalmente o Judiciário.

Com isso, justifica-se este trabalho porque o avanço tecnológico trouxe a informatização para o ambiente jurídico e isso trouxe vantagens e desvantagens ao dia a dia do operador do direito no seu exercício profissional.

O objetivo geral desse trabalho é o de apresentar, de forma abrangente, a evolução na tecnologia da informação aplicada à atividade jurisdicional, tendo como pano de fundo a “Sociedade da Informação”, por meio do panorama dos procedimentos mais comuns no processamento judicial.

Os objetivos especiais são os de explicar o processamento das ferramentas tecnológicas dos processamentos judiciais mais usuais, como: processo eletrônico, penhora online, audiência virtual e expedição de alvarás de soltura pelo método eletrônico.

Apresentado os trâmites da informatização no ambiente judicial, como inovações, será possível constatar se essas ferramentas trouxeram ou não benefícios à atividade jurisdicional, tendo como pano de fundo a “Sociedade da Informação”.

A metodologia utilizada no trabalho será a bibliográfica de caráter descritivo exploratório. A produção dos dados da pesquisa foi extraída da leitura dos livros, artigos, e revistas voltadas para essa temática, preferencialmente em textos encontrados na Internet.

1. A Sociedade da Informação e as novas tecnologias aplicadas ao Poder Judiciário

A “Sociedade da Informação” aparece na forma da convergência digital, onde sons, imagens, vídeos, textos, etc. passaram a ser digitalizado. O avanço tecnológico trouxe a informatização para o ambiente jurídico e isso trouxe vantagens e desvantagens ao dia a dia do operador do direito no seu exercício profissional, claramente identificado quando a convergência digital chega aos domínios do processo judicial.

O art. 14 da Lei n.7.244, de 07 de novembro de 1984, estabeleceu a primeira possibilidade, válida juridicamente, do registro de audiências judiciais em fitas magnéticas. Nesse sentido, três dos mais renomados processualistas brasileiros (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: p.139), em obra publicada no sintomático ano de 1990, já alertavam: “A documentação por meio da palavra escrita à mão ou

mecanicamente (máquinas de escrever) mostra-se visivelmente obsoleta, diante das novas conquistas da eletrônica”.

Por força da Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999, permitiu-se às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

Logo depois, a Lei dos Juizados Especiais Federais, promulgada em Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, veiculou outro dispositivo legal expresso no sentido da utilização dos meios eletrônicos na seara processual, autorizando a organização de serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, traz a modificação do paradigma permitindo que fosse implantada a política de utilização dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais no Brasil, ao estabelecer a premissa de que era necessário que o processo judicial apenas tivesse “*a razoável duração do processo*” *contraposto aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.*

Seguidamente veio a edição da Lei n. 11.232, de 23 de dezembro de 2005, que estabeleceu a penhora *online*.

Subsequentemente, houve a publicação da Lei n. 11.280, de 06 de dezembro de 2006. Esse diploma legal introduziu um parágrafo no art. 154 do Código de Processo Civil que assegurou a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

E, a última iniciativa do legislador processual, representada pela edição da Lei n. 11.419, de 2006, completou o ciclo de normas jurídicas voltadas para a informatização completa do processo judicial no Brasil.

O diploma legal em questão tratou, de forma razoavelmente detalhada, do uso dos meios eletrônicos na tramitação de processos, na comunicação de atos processuais e na transmissão de peças processuais. Esse diploma legal também definiu expressamente que “*todos os atos ou termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico*”.

Assim, é possível afirmar, para além de qualquer dúvida razoável, que a “Sociedade da Informação” triunfou em um dos Poderes mais formalistas e tradicionalista da sociedade brasileira.

Do exposto percebe-se que, o processo judicial brasileiro, em todas as instâncias, será informatizado pelo nosso país, permitindo que todos nós sejamos alcançados pelo peticionamento eletrônico dentro da “Sociedade da Informação”.

2. Panorama dos principais procedimentos eletrônicos no Poder Judiciário

2.1. Processo Eletrônico

COSTA (2011) conceituou processo eletrônico como sendo um processo sem papel, ou seja, onde os atos processuais, como petições; despachos; sentenças; dentre outras atividades são praticados por meio eletrônico, ficando armazenados e disponibilizados para consulta do usuário. Um dos benefícios do processo eletrônico está na dispensa do papel, ficando como padrão, o documento eletrônico.

VIANA MARTINS (2009) complementou que a informatização do processo foi regulado pela Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e inovou também outras atividades do ordenamento jurídico como: intimação; diário da justiça; e a consulta do tramite de processos, que será permitido aos magistrados; as partes; e às pessoas envolvidas no Judiciário.

A regulação do processo eletrônico pela referida Lei, foi instituída para o domínio do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - PJERJ - através da resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJERJ - com objetivo de acelerar as atividades jurídicas, dentre outros benefícios já citados, economia de papel e espaço físico.

O Estado criou um Portal de Serviços que libera o acesso do processo eletrônico ao operador do Direito, que poderá visualizar os atos decisórios de processos que tramitam em segredo de justiça, e até mesmo acessar gravação audiovisual de audiências. No entanto, esse acesso só será permitido se o usuário estiver vinculado aos autos e autenticado no Sistema de Segurança do TJERJ.

O usuário do serviço deverá fazer um cadastro presencial junto à serventia habilitada, conforme Ato Normativo nº 03, de 16 de janeiro de 2012² explicitado pelo Presidente do TJERJ, Desembargador Manoel Alberto Rebelo dos Santos, no uso de suas atribuições legais:

²Disponível em: <http://www.TJERJ.jus.br/web/guest/servicos/serventias-habilitadas-para-realizar-o-cadastro-presencial>.

Considerando que cabe ao Tribunal de Justiça garantir o acesso das partes aos processos que tramitam sob o Segredo de Justiça, ao mesmo tempo em que lhe compete efetivar a garantia legal de não acesso público às informações de processos sigilosos.

Considerando que às partes deve ser igualmente assegurado o acesso ao teor das audiências gravadas no sistema de registro audiovisual;

Resolve:

Artigo 1º. Alterar o parágrafo único do artigo 3º do Ato Normativo TJ nº 30, de 7 de dezembro de 2009, alterado pelo Ato Normativo TJ nº 11, de 2 de junho de 2011, que passa a ter a seguinte redação:

“Artigo 3º. O Cadastro Presencial deverá ser feito pelo usuário interessado que necessite atuar em processo eletrônico, nos órgãos ou serventias eletrônicas, mediante assinatura do termo de cadastramento e adesão ao sistema, com a apresentação compulsória dos seguintes documentos originais acompanhados de cópia:

I Documento de identificação oficial de âmbito nacional com foto;

II Cadastro de Pessoa Física, do Ministério da Fazenda CPF, ou documento oficial de âmbito nacional com foto que conste o referido número de cadastro.

Parágrafo único. O cadastro presencial será igualmente obrigatório para os casos em que for necessário o acesso, via internet, à movimentação de processos que tramitem em segredo de Justiça e para acesso às audiências gravadas no sistema de registro audiovisual.”

Artigo 2º. Este Ato Normativo entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Observa-se no exposto que o usuário poderá protocolar petições; receber intimações; ver os documentos dos processos aos quais esteja vinculado; dentre outras informações.

No entanto, ALMEIDA FILHO (2010) considera que os procedimentos eletrônicos devem ser adotados com cautela no ordenamento jurídico, concordando em casos de demandas ou processos que exponha conhecimento cautelar e/ou execução; e, discordando em relação à oitiva³ de acusado; interrogatório; ações de Estado; ações de separação ou divórcio, dentre outros.

³Declaração prestada por uma testemunha em inquérito ou processo judicial.

Neste cenário, observa-se certa oposição do autor em torno do processo eletrônico, deixando claro a evidencia de possibilidades de violações ao texto legal, e isso retrata despreparo e contrariedade à celeridade.

O princípio da celeridade processual segundo SLONGO (2009) deve ser um processo cujo andamento seja o mais rápido possível. Pode-se considerar que se o processo é o caminho para a jurisdição atuar, sua demora poderá de certa forma prejudicar a resolução de conflitos trazidos para a seara jurídica, poderá ser uma justiça concedida tardiamente, podendo vir a ser considerada uma injustiça.

Assim, após a vigência da Lei do processo eletrônico, ALMEIDA FILHO (2010) destacou a necessidade neste momento da vigência da Lei do processo eletrônico, de que os meios eletrônicos sejam aceitos como meio de pacificação de conflitos e que se estabeleça uma celeridade nos processos, cautela esta que evitará riscos de se ter os Estados-membros legislando, devido à possibilidade de competência concorrente para legislar entre União e Estados. Esta competência está explicitada no art. 154 do Código Processo Civil, em seu parágrafo único:

Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICPB), incluído pela Lei nº 11.280, de 2006. (ALMEIDA FILHO, 2010, p.19)

Entende-se diante do exposto, que este artigo em sua redação deixa claro a possibilidade do processo eletrônico solucionar a maioria dos problemas enfrentados hoje no âmbito jurídico. Mas, em nota divulgada pelo jornal do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB, 2013) isto não acontece no ordenamento jurídico trabalhista, onde os advogados deste segmento não possuem estruturas financeiras para se capacitarem com os equipamentos necessários, como computadores tecnologicamente atualizados; máquina de digitalização de documentos para instruir o pedido, e assinatura eletrônica para acessar o Poder Judiciário.

Desse modo, contempla-se que apesar do processo eletrônico ser uma ferramenta desejada pelo ordenamento jurídico, percebe-se que ela precisa ser mais eficiente, e oferecer acessibilidade ao desenvolvimento e celeridade dos processos judiciais a todos os advogados e juízes, pois o advogado representa o cidadão que recorre a este serviço público e é ele o principal usuário do sistema de justi-

ça. No caso do Juiz de um determinado tribunal, o sistema já está implantado, e ele só tem que aprender como funciona.

2.2 Penhora *on line*

Para compreender a penhora online julga-se necessário conceituar penhora, que na visão de MARIONI & ARENHART (2008) é um procedimento de retenção de bens que irá à execução para efetuar a quitação de um débito com o exequente .

Isto tem representado um grande desafio para o Poder Judiciário devido à demora dos julgamentos. Existem fatos em que o executado coloca obstáculos no bom andamento do processo, como a interposição de recursos, que dificulta a formalização da penhora.

ANDRADE (2011) afirmou que além da penhora ser um meio da legislação garantir o crédito do exequente através da apreensão dos bens do devedor é uma posição legal do Estado intervir para garantir a quitação do débito, mas o mesmo não detém poder sobre o patrimônio executado. Dessa forma, o patrimônio é penhorado e fica alienado em favor do exequente⁴.

Segundo PRESTES (2011, p. 87):

Após o procedimento do auto de penhora nos autos do processo, os bens penhorados passam a ser indisponíveis para o devedor, o qual, não pode aliená-los sob pena de caracterização de fraude contra credores, se for comprovada a fraude. (...) a penhora não tira a propriedade do bem do executado, mas torna inoperante o poder de disposição. Assim, qualquer ônus real, alienação, ou qualquer ato que retire o valor de comercialização de bens penhorados é ineficaz em relação à execução em que a penhora foi efetuada.

No entanto, existe certa burocratização nos procedimentos executivos que contribuem para o atraso no resultado do processo e, com isso, o legislador tem buscado por reformas processuais que auxiliem em vários aspectos, o processo executivo no âmbito do combate à morosidade da justiça. (CAIRES, 2008)

Assim, o processo de execução no Direito Processual Civil Brasileiro, passou por reformas que tiveram início através da promulgação da Lei 11.232 de 23 de

⁴Indivíduo que entra com um processo judicial de execução contra o devedor.

dezembro de 2005 objetivando agilizar e simplificar a satisfação dos créditos.

Nesse mesmo segmento, continuou a busca pela efetividade do processo de execução que originou a Lei nº 11.382 promulgada em 06 de dezembro de 2006 que entrou em vigor em 21 de janeiro de 2007 explicitando o seguinte:

Inspirada nas mesmas garantia de efetividade e economia processual, a referida Lei prossegue na reforma, agora da execução do título extrajudicial, o único que, realmente, justifica a existência de um processo de execução completamente autônomo frente à atividade cognitiva da jurisdição.

Conforme dados da Casa Civil, as alterações através da Lei 11.382 de 23 de dezembro de 2006 abrangeram dispositivos⁵ que concretizaram o princípio constitucional incorporado à Constituição Federal (CF) pela Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 30 de dezembro de 2004, previsto no artigo 5º, LXVIII, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo “*a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Diante disso, a referida Lei executou aprimoramentos que tornou o processo mais ágil nas respostas, e garantiu sua satisfação pela penhora *online*.

Conforme esclarece PRESTES (2011) a penhora *online* se diferencia da penhora tradicional pelo modo de envio das ordens judiciais. O procedimento da penhora online se inicia através de uma solicitação eletrônica requerida pelo magistrado; já a penhora tradicional se inicia com a expedição de ofício em papel, por ordem do juiz.

No caso da penhora tradicional, o juiz solicita ao Banco Central, por meio de ofício em papel, informações sobre a existência de contas bancárias em nome do devedor e respectivos valores ali depositados. Diante da resposta, o juiz ordena a penhora do dinheiro, cujo montante, seja suficiente para a satisfação do crédito do autor. (PRESTES, 2011)

Assim sendo, o credor requer ao juiz que solicite via Internet, informações ao Banco Central sobre valores em dinheiro que por ventura o devedor tenha disponível em contas bancárias e/ou aplicações, e em seguida determina seu bloqueio para se alcançar a satisfação da execução.

⁵Nos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e nos arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, que dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 2004.

A penhora online está legalmente prevista no art. 655-A e incorporada à Lei 11.382 de 06 de dezembro de 2006:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira o Juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente às quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Vale destacar, que a penhora de dinheiro já era um processo legal previsto no art. 655-I do Código de Processo Civil. Portanto, a penhora online surge apenas como forma eficaz e ágil para se fazer cumprir a efetividade do processo de execução.

DONIZETE (2007) destacou que a penhora online passa a ser vista pela legislação como uma forma de cooperação firmada entre o Banco Central do Brasil; o Superior Tribunal de Justiça - STJ -; e o Conselho de Justiça Federal - CJF -, que juntos, possibilitam o acesso ao sistema *Bacen Jud*, que por sua vez, permite aos órgãos jurisdicionais solicitar de forma mais rápida a penhora online, autorizando o bloqueio de valores para pagamento da dívida.

Segundo ROSA (2010) o Bacen Jud foi criado pelo Banco Central do Brasil como um sistema de envio de ordens judiciais ao sistema financeiro nacional via Internet, e seu acesso é restrito aos órgãos do Judiciário, os quais devem aderir ao sistema por meio de convênios. Concluída a adesão, os juízes e servidores se cadastram para ter acesso ao sistema, se habilitando por senha individual e intransferível. De posse do sistema, emitem ordens judiciais.

Todas as solicitações feitas pelo magistrado são repassadas imediatamente para o Banco Central e Instituições financeiras imediatamente se proferidas até às 19 horas. Após este horário, serão remetidas no próximo dia útil, onde as instituições terão até o último minuto do dia para processar a ordem. Os computadores do Banco Central consolidarão as informações durante a madrugada do segundo dia útil, disponibilizando-as aos juízos até às oito horas da manhã do mesmo dia, possibilitando ao magistrado efetuar suas ações. Tratando-se de pedidos de extratos, os prazos são os mesmos, exceto quanto à remessa pelas instituições financeiras, a qual ocorrerá em até 30 dias do recebimento da requisição. (ROSA, 2010, s/p)

ANDRADE (2011) destacou que existem críticas consideráveis a respeito da utilização do sistema Bacen Jud no que se refere à velocidade de resposta. Ao utilizar o sistema via Internet, é fato a economia de tempo e distância, possibilitando o alcance de informações e resultados instantâneos, e isso, aumenta a margem de erros e equívocos operacionais que podem causar uma série de efeitos prejudiciais ao executado ou a terceiros alheios ao processo executivo, sendo um deles, a penhora e/ou bloqueio de conta de terceiros.

Assim, embora a penhora online seja fruto de uma boa intenção do Poder Judiciário para melhorar a prestação jurisdicional e do Banco Central em atender a contento as solicitações do Poder Judiciário, o *Bacen Jud* deve ser utilizado com prudência em prol da segurança jurídica. (ANDRADE, 2011)

2.3. Audiência Virtual

ADAMS E SCHAEGLER (2011) definem a *conference call* como sendo um novo método de audiência virtual, ou seja, através da videoconferência ocorre o interrogatório do réu preso de forma online. Desse modo, o juiz preside a audiência no fórum interrogando o preso no presídio. Visto que é um método muito importante para a fase da instrução do processo, a videoconferência está regulamentada pela legislação no Brasil através da Lei nº 11.900/2009, e tem sido considerada uma ferramenta poderosa e promotora de benefícios.

Segundo FIOREZE (2009) a videoconferência é um interrogatório realizado virtualmente onde existe uma interligação entre juiz e preso, por meio de câmeras de vídeo composta de imagem e som, onde ambos se vêem e se escutam em tempo real.

Nesse mesmo segmento, BARROS (2008) diz que este sistema online de interrogatório do réu foi criado objetivando agilizar a prestação jurisdicional e reduzir os custos para o Estado, aspectos estes considerados como benefícios diante a utilização do método *conference call*. No entanto, a prática de atos processuais pela videoconferência pode representar prejuízos ao preso se os juízes e os tribunais não estiverem atentos às circunstâncias que envolvem cada caso, ou seja, analisar se todos os direitos do acusado foram respeitados; se o mesmo teve ampla defesa; se contava com a presença de seu advogado, dentre outros.

A partir daí, o Direito Processual Brasileiro se viu diante de posicionamentos favoráveis e contrários sobre a eficácia da audiência virtual.

Na posição favorável, MADALENA (2008) destacou que a videoconferência para o sistema processual beneficia a legislação brasileira como, por exemplo, na proporcionalidade de maior segurança, mais rapidez, modernidade, economia, dentre outros aspectos. Com o sistema online evita-se o envio de ofícios, requisições, e rogatórias, economizando tempo e dinheiro. Nesse mesmo segmento, tem-se a redução dos custos com deslocamento de viaturas e horas de trabalho policial que normalmente está empenhado nas escoltas para levar o detento para o fórum. O autor destaca ainda que a economia proporcionada pelo método videoconferência atinge principalmente o Estado, sem falar do benefício para a população que contará com mais policiais nas ruas, policiamento mais ostensivo e maior segurança pública.

ARAS (2010) defendeu o sistema interrogatório online afirmando ser a videoconferência uma presença real das partes envolvidas, ou seja, tanto do juiz quanto do preso, devido à inquirição e a interação ser direta e recíproca. O juiz ouve e vê o detento, e vice-versa. Assim, o acusado e o seu julgador estão presentes na mesma unidade de tempo, onde a única diferença entre ambos é o aspecto espacial. Mas, com a evolução tecnológica, esse aspecto fica superado, a diferença traz para tempo real os efeitos e a finalidade das duas espécies de comparecimento judicial de igual forma.

Desse modo, obtém-se eficácia no processo, tanto no aspecto interrogatório quanto na defesa. Além da redução de custos e celeridade, o réu tem a garantia de que seu interrogatório será realizado virtualmente sem sofrer qualquer prejuízo. Por outro lado, a videoconferência proporcionará maior publicidade ao processo, ou seja, o interrogatório pode ser assistido por

qualquer pessoa que tenha acesso a Internet de forma transparente sobre a atividade exercida pelo juiz. Diferente disto está à posição contrária.

A posição contrária no âmbito do interrogatório *online* se fundamenta nos princípios constitucionais da ampla defesa do preso e do devido processo legal, que segundo FIOREZE (2009, p.126) são críticas que se formam com a utilização da videoconferência.

O interrogatório online tem sido considerado um sistema que ofende os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal, violando os pactos internacionais que impõe a apresentação do acusado ao juiz. Prescreve-se ainda, que o interrogatório do réu no processo penal é uma expressão de garantia constitucional de pleno exercício do direito de presença e do direito de audiência. Portanto, deve ser realizado com a garantia da maior liberdade possível, para que o acusado possa de dirigir diretamente ao juiz e dizer tudo quanto queria sobre as imputações que lhe são feitas.

Entende-se diante do exposto, que o réu pode ser prejudicado com a utilização do método de videoconferência por não estar frente a frente com o juiz, limitando sua defesa, pois seu advogado não estará ao seu lado no presídio, mas sim, ao lado do juiz no fórum, e isso fere os princípios da constitucionalidade.

Conforme BORGES (2009) a videoconferência impede que formalidades sejam cumpridas e uma delas, e o exercício pleno do direito de defesa do réu que fica comprometido. A princípio, o advogado não consegue estar ao mesmo tempo nos dois lugares, ou seja, para prestar assistência ao réu no presídio e estar com o juiz no local da audiência para verificar se os ritos processuais legais estão sendo cumpridos.

Ainda nesse segmento, LOPES JR. (2010) destacou o poder aquisitivo dos réus como sendo um fator que contribui para o sucesso da videoconferência, pois o réu pode contratar mais de um advogado podendo assim, ficar um ao seu lado e outro com o juiz. Já para o réu que não possui recursos, representando 90% deles, se o advogado não estiver no presídio ao seu lado e sim no fórum ao lado do juiz, sendo ele um defensor público, o réu fica prejudicado.

O direito de defesa tanto na técnica quanto na autodefesa desaparece no interrogatório online. A começar pela pergunta: Onde fica o Advogado? E os autos? Se o advogado está ao lado do réu, de onde nunca deve sair, o processo está

com o juiz. Assim sendo, o defensor fica impedido de consultar aos autos para perguntar, bem como, fica também o réu impedido de analisar fatos ou laudos para responder ou esclarecer. Tudo isso por estar ocorrendo um julgamento online (LOPES JR, 2010, p.629).

Diante do exposto, é possível compreender o comprometimento em torno da defesa do réu, pois seu contato com o advogado que irá defendê-lo, só acontecerá através do vídeo no dia de sua própria audiência.

Vale destacar, que no art. 185, § 5º do Código de Processo Penal consta que o réu será assistido por dois defensores sendo que um ficaria com o mesmo no presídio, e o outro permaneceria na sala de audiência com o juiz. No entanto, tal medida só tem acontecido com réus que possuem poder aquisitivo melhor para contratar um conjunto de advogados. (BORGES, 2009)

2.4 Utilização do SMS para a expedição do alvará de soltura

Segundo SANTOS E SOUZA (2011) após uma ordem judicial de prisão o réu conta com dois tipos de documentos: alvará de soltura e contramandado de prisão. Ambos são expedidos pelas unidades judiciárias do Tribunal de Justiça do Estado - TJERJ -. Este processo ocorre através de programa editor de texto no sistema informatizado, e em seguida é enviado por via SMS às autoridades policiais.

A Secretaria de Tecnologia da Informação - SETECI - criou um projeto que controla e expede eletronicamente os mandatos de prisão e de soltura fazendo cumprir as determinações judiciais, bem como, atendendo às normatizações do Conselho Nacional de Justiça - CNJ -sobre essa temática. Neste projeto estão inseridas ações como: (I) expedição eletrônica dos mandados de prisão/recaptura e alvarás de soltura; (II) cumprimento imediato dos alvarás de soltura; (III) controle automático do prazo limite de cumprimento dos mandados de prisão; e (iv) cadastro informatizado único de todas as prisões e solturas determinadas pela Justiça Estadual.

Observa-se que neste sistema eletrônico às ações de expedição de alvarás se tornam mais práticas por ocorrerem via SMS. No entanto, a SETECI enfatiza a necessidade de atualizações constantes nos registros de prisões no sistema de informática, para que se possam evitar transtornos para a expedição dos alvarás tanto de soltura quanto de contramandado de prisão. Foi relatado por essa Secretaria,

transtornos como o indivíduo ter que aguardar por dias ou meses a verificação de existência ou não de outros mandatos prisionais.

Conforme BARBOSA (2011) as regras do processo eletrônico protege os direitos, garantias e interesses do réu. Como exemplo, o autor citou um caso de expedição de mandato de prisão preventiva de um réu considerado perigoso, pelo Juiz da 3ª Vara Criminal na comarca de Palmas (TO) por via SMS, preservando todos os direitos do mesmo. Destacou ainda que:

No artigo 5º da Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006) dá prazo de 10 dias corridos para que a parte consulte a intimação, “sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo”.

Como se passaram 12 dias da intimação online e o Ministério Público não apresentou a denúncia, o juiz determinou a expedição do alvará de soltura. O processo eletrônico (e-proc) refere-se ao caso de homem preso em flagrante por furto qualificado, previsto no artigo 155, parágrafo 4º, do Código Penal. Sua prisão foi convertida em prisão preventiva e após a conclusão do inquérito policial, os autos remetidos ao Ministério Público (MP).

Conforme a Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro a expedição e cumprimento do alvará de soltura e de mandados de prisão preconizam que os mesmos devem fazer referência a uma única pessoa, e ser gerado pela Serventia no sistema informatizado, por onde será de imediato encaminhado pelo Titular de Serventia/Responsável pelo Expediente, ao Magistrado para a respectiva assinatura eletrônica. Lançada a assinatura eletrônica pelo Magistrado, o Titular de Serventia/Responsável pelo Expediente providenciará o pedido de expedição do Alvará de Soltura, através do SMS institucional da Serventia, conforme observado nos termos do art. 239, §4º.

Artigo 239. Das mensagens encaminhadas para o serviço de arquivo (SARQ) deverão constar todas as informações sobre o conteúdo do Alvará de Soltura, conforme os itens a seguir:

- I. Número do alvará de soltura;
- II. Juízo prolator da decisão;
- III. números antigos e atuais do processo principal e do desmembrado, se for o caso;

- IV. Número do inquérito/flagrante/ro/peça de informação, se for o caso;
- V. Número do mandado de prisão a que se refere, se for o caso;
- VI. Delegacia de origem, se for o caso;
- VII. Classificação do delito, se for o caso;
- VII. Nome e qualificação completa do preso (alcunhas, outros nomes e outros dados qualificativos por ele utilizados); IX. Local de acautelamento do preso;
- X. Fundamento e data da decisão; XI. Data e local da expedição; XII. Nome e matrícula do juiz de direito que prolatou a decisão; XIII. Nome e matrícula do titular de serventia/responsável pelo expediente solicitante.

§ 4º. As mensagens serão encaminhadas pela Serventia para o endereço eletrônico da Polícia Inter-Estadual (POLINTER) disponibilizado somente para Sarqueamento de Alvará de Soltura e para o endereço eletrônico institucional da Central de Mandados competente, especificamente criado para este fim, sempre mediante confirmação de entrega, o que deverá ser certificado nos autos.

Diante do exposto, verifica-se que o alvará de soltura e eventuais documentos que o complementam são enviados ao Serviço de Arquivo (SARQ) da seguinte forma:

- Através de guia de remessa para a Central de Mandados que se localizar no mesmo Fórum da Serventia;
- Eletronicamente para a Central de Mandados que se localizar em outro Fórum da mesma Comarca; e,
- Por fax para a Central de Mandados que se localizar em outra Comarca.

Caso ocorra algum problema no envio do alvará de soltura por remessa eletrônica, o Titular de Serventia deverá notificá-lo nos autos e executar o envio dos documentos através de fax, ficando responsável pela confirmação do correto recebimento, lavrando-o em certidão. Neste processo, a Central de Mandados deve assim proceder:

Ao receber os documentos, providenciar a respectiva impressão, se for o caso, assinando-a e carimbando-a, e realizar a devida conferência e confirmação de sua autenticidade, lavrando certidão, após o que aguardará a resposta da consulta ao SARQ para a efetivação da soltura.

Para a efetivação da soltura de preso custodiado no Estado do Rio de Janeiro, caberá apenas à Central de Mandados aguardar o resultado da consulta ao referido SARQ.

O resultado da consulta ao SARQ será encaminhado pela Polícia Inter-Estadual (POLINTER):

À respectiva Serventia solicitante para fins de instrução do Processo e à Central de Mandados para a efetivação da Soltura, através do recurso “responder a todos”;

- À SEAP, em se tratando de preso acautelado no Sistema Penitenciário, para que a ordem de soltura e respectiva pesquisa passem a constar do prontuário do indivíduo, bem como para as providências administrativas internas que antecedem a soltura.

Diante da resposta referente à consulta ao SARQ POLINTER o Titular de Serventia/Responsável pelo Expediente deverá consultar o correio eletrônico e proceder à imediata juntada dos documentos aos autos dos expedientes devolvidos pela Central de Mandados. Em caso da resposta for referente à expedição de soltura, o titular de Serventia deverá conferir e confirmar a autenticidade do documento, lavrando-o em certidão, e em seguida, aguardar a resposta definitiva do SARQ POLINTER para a efetivação da soltura.

Assim, Almeida Filho (2010) complementou que o processo eletrônico é eficaz por contribuir para que os tribunais eliminem os processos em papel tramitando apenas eletronicamente. No entanto, obriga aos advogados a terem um certificado digital para poder ajuizar uma ação.

2.5. Certificação Digital

Segundo THOMAZ (2007) define certificação digital como sendo um instrumento que assegura ao usuário acesso a informações e recursos digitais de forma confiável em repositórios digitais por longo prazo. Um repositório digital confiável é mais do que uma organização encarregada de armazenar e administrar dados e objetos digitais.

Os computadores e a Internet têm sido utilizados amplamente para o processamento de dados envolvendo troca de mensagens e documentos entre cidadãos,

governo e empresas. Mas, essas transações eletrônicas precisam de segurança, garantia de autenticidade, confiabilidade, e integridade. Todas essas características estão inseridas na certificação digital por ser uma tecnologia criada para proporcionar esses mecanismos. (CARTILHA DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL, 2012)

No caso da certificação digital aplicada aos processos judiciais, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - afirmou que sua adoção tem como objetivo dar celeridade e segurança aos processos internos, ou para fornecer informações mais sigilosas ao usuário.

Nesse contexto, várias são as iniciativas que utilizam a certificação digital, em todas as esferas governamentais, a saber:

- Programa Universidade para Todos (PROUNI): Uma iniciativa do Ministério da Educação (MEC) que concede bolsas de estudo integrais e parciais a estudantes de baixa renda, e o acesso ao sistema da instituição de ensino superior é realizada por meio de certificado digital;
- Programa Juros Zero: Uma iniciativa da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) direcionada para empresas inovadoras com faturamento anual de até R\$ 10,5 milhões. O Programa oferece financiamentos que variam de R\$ 100 mil a R\$ 900 mil, corrigidos apenas pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), cuja participação das empresas ao programa requer certificado digital de pessoa jurídica;
- Troca de Informações de Saúde Suplementar (TISS): A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS) implantou a certificação digital para que o usuário possa acessar o TISS, um programa que determina os padrões e as regras para fazer o registro e intercâmbio de dados entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços da área, isto é, gerencia a troca de informações que se dá entre os planos de saúde com outras instituições como: clínicas, laboratórios e consultórios;
- Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI): O certificado digital é usado no cadastramento da Marca via formulário eletrônico e no uso do sistema de Vista Eletrônica de Petições;
- Compras Net: Nesse sistema de compras do Governo Federal, administrado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, todos os pregoeiros utilizam a certificação digital para encaminhar os processos de compras governamentais feitos pelo pregão eletrônico;

- Sistema de Diárias e Passagens: Esse sistema foi implantado de forma informatizada para eliminar a tramitação de documento em papel, visando agilizar e dar maior segurança na compra de passagens e pagamento de diárias dos servidores públicos. É um sistema que requer a certificação digital para dar transparência ao processo e permitir a identificação inequívoca da autoridade que autorizou a despesa;
- Serviço de Documentos Oficiais: Tramitação de documentos oficiais entre os Ministérios e a Casa Civil da Presidência da República com uso do certificado digital, eliminando papel e dando celeridade ao processo;
- Secretaria da Receita Federal do Brasil: Um dos órgãos federais que mais utiliza a certificação digital como alternativa para dar agilidade e comodidade ao contribuinte, sem deixar de garantir o sigilo fiscal estipulado por lei;
- Sistema de Pagamentos Brasileiro: um sistema que gerencia o processo de compensação e liquidação de pagamentos por meio eletrônico, interligando as instituições financeiras credenciadas ao Banco Central do Brasil. A certificação digital é utilizada para autenticar e verificar a identidade dos participantes em todas as operações realizadas;
- Sistema do Banco Central do Brasil (SISBACEN): O Sistema de Informações do Banco Central é um conjunto de recursos de tecnologia da informação, interligados em rede, utilizado pelo Banco Central na condução de seus processos de trabalho. A certificação digital é utilizada na autenticação de remessa de informações das empresas com capital estrangeiro para o Banco Central; e,
- Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX): Instrumento informatizado, por meio do qual é exercido o controle governamental do comércio exterior brasileiro. Promove a integração das atividades de todos os órgãos gestores do comércio exterior, inclusive o câmbio, permitindo o acompanhamento, orientação e controle das diversas etapas do processo exportador e importador. O acesso ao sistema pode ser feito com certificado digital.

Na esfera do Governo Estadual e Municipal, são várias as iniciativas que se destacam utilizando a tecnologia da certificação digital: prefeituras estão em processo de implementação do certificado digital; pregões eletrônicos de São Paulo, Santa Catarina e Minas Gerais; Departamento Estadual de Trânsito; Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, dentre outros.

Diante do exposto, compreende-se que a certificação digital pode ser equi-

parada a uma carteira de identidade profissional. Como é o caso dos advogados; corretores; e contadores que possuem carteiras de identidades profissionais emitidas pelos respectivos órgãos de classe com certificado digital, liberando a eles execução de inúmeras atividades com segurança, e sem a necessidade de se deslocar fisicamente.

Considerações Finais

Observou-se na literatura pesquisada que a “Sociedade da Informação” surgiu da evolução tecnológica em especial pela Internet, que por sua vez, faz parte de uma rede mundial de computadores e disponível para todas as esferas da sociedade, causando assim, uma das maiores revoluções coletiva e com maior circulação de informações, dados e conhecimento nos dias de hoje.

Mas, todo esse processo de informações envolveu de forma abrangente o princípio do Direito Constitucional Brasileiro e Internacional em busca da defesa do cidadão.

Assim, na esfera jurídica esse fenômeno também se inseriu com uma aplicabilidade efetiva trazendo benefícios para os feitos jurisdicionais, como: (i) apresentou benefícios que envolveram a celeridade; (ii) reduziu o tempo de resposta do resultado dos processos; (iii) gerou economia processual; e (iv) proporcionou maior segurança jurídica.

Desse modo, pode-se concluir que o processo eletrônico implementado nas normas do Direito, trouxe em sua maioria, benefícios para a Justiça no âmbito da realização dos jurisdicionados brasileiros, tornando-se uma concretização da tão sonhada Justiça Efetiva almejada também pela sociedade.

Referências

ADAMS, A. e SCHAEGLER, S.C. Interrogatório do réu por videoconferência: breves apontamentos. **II Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul: PUCRG, 2011.

ALMEIDA FILHO, J.C.A. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 424p, 2010.

ANDRADE, A.J.M. **Penhora online: análise do artigo 655 e 655-a do CPC.** Artigo Original. mar/2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

ARAS, V. **Videoconferência no processo penal.** Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n.15, abr/jun, 2010. Disponível em: <http://www.ministeriopublicodauniao.com/boletim_cientifico/2010.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BARBOSA, R. Rigor do processo eletrônico não pode prejudicar o réu. **Revista Consultor Jurídico.** nov/2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/rigor-do-processo-eletronico-nao-pode-prejudicar-o-reu.html>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BARROS, M.A. Tele audiência, Interrogatório On-line, Videoconferência e o Princípio da Liberdade da Prova. **Revista dos Tribunais.** Ano 92, v.818, 426p, dez/2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.gov/pdf/2008.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BORGES, D.L.F. **Videoconferência: Limites ao Direito de Defesa.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Ano V, n.27. dez/jan, 2009. Disponível em: <<http://www.revistamagisterdedireitopenal.com.br.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Das Cartas Precatórias para cumprimento de Alvarás de Soltura e de Mandados de Prisão através do correio eletrônico institucional da Serventia, observados os termos do art. 239, §4º. Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Parte Judicial. (2013). Disponível em: <<http://www.TJERJ.jus.br/documents/1017893/1038412/CNCGJ-Judicial.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2013.

_____. Poder Judiciário do Estado de Sergipe. **Controle e expedição eletrônica de mandados de prisão e alvarás de soltura.** Diretoria de Modernização Judiciária - DIMOJ. 2012. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/arquivos/>>

publicacao/manuais/cartilha-mandado-prisao-alvara-soltura.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Processo Judicial Eletrônico: Certificado Digital**. Autor: Líderes PJE. mai/2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/PjeFaqs/content/4/86/pt-br/como-fa%C3%A7o-para-obter-um-certificado-digital.html>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11382.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

_____. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

CAIRES, J.P.O.C. **Bloqueio ou Penhora?** Artigo Original. dez/2008. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_4637/artigo_sobre_bloqueio_ou_penhora>. Acesso em: 18 abr. 2013.

CARTILHA DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL. **O que é certificação digital?** (2012). Disponível em: <http://www.dof.ufop.br/conteudo/diarias/cartilha_certificacao_digital.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013.

CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

COSTA, M. **Manual de noções básicas do Processo eletrônico**. Artigo Original.

fev/2011. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/ManualProcessoEletronico.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

DONIZETI, E. **Inovações Tecnológicas a serviço do credor: Aspectos da penhora por meio eletrônico - lei 11382/2006.** Revista Dialética de Direito Processual. n.51, p. 23, jun/2007.

FIOREZE, J. **Videoconferência no processo penal brasileiro.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009. IAB. Jornal Instituto dos Advogados Brasileiros. Na vanguarda do Direito desde 1843. Processo eletrônico: dor de cabeça para os advogados. nº 114, jan/fev, 2013. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/~iabnac/IMG/pdf/doc-12155.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 639 p, 2010.

MADALENA, P. **Administração da Justiça - Videoconferência: Interrogatório.** Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Ano IX, n.53, dez/jan, 2008. Disponível em: <<http://www.iob.org.br/processopenal/pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

OLIVEIRA, R.S. A. **“Sociedade da Informação”:** princípios e relações jurídicas. Artigo Original. out/2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portaldogoverno/conteudo/sociedade-da-informacao/pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

OLIVEIRA, W.S.M. e OLIVEIRA, N.F.C. **Sociedade digital, direito e internet.** Artigo Original. jul/2011. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/arquivos/ciencia-juridica/revist2011/7.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

PRESTES, L.F. **Penhora On-Line e o Sistema do “Bacen-Jud”:** Em destaque a Lei nº. 11.382 de 6 de dezembro de 2006. Revista Virtual Direito Brasil. v.5, n.1, set/2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/penhora-line-utiliza%C3%A7%C3%A3o-do-sistema-bacen-jud-para-constri%C3%A7%C3%A3o-de-contas-banc%C3%A1rias-e-sua-lega>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

ROSA, A.B. **O sistema Bacen Jud de penhora online.** (2010). Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081010103603337&m ode=print/>. Acesso em: 21 abr. 2013.

SANTOS, H.B.V. e SOUSA, F.J.G. **Manual prático de rotinas das varas criminais processo de execução penal**. Manual Criminal. (2011). Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br:8080/sitetj/pages/intranet/manuaisProcedimentos/manual-criminal-parte3-execucaopenal.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

SLONGO, M.I.D.P. **O Processo Eletrônico Frente aos Princípios da Celeridade Processual e do Acesso à Justiça**. Artigo Original Universo Jurídico. Juiz de Fora, ano XI, mai/2009. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6248/o_processo_eletronico_frente_aos_principios_da_celeridade_processual_e_do_acesso_a_justica>. Acesso em 18 fev. 2013.

THOMAZ, K.P. **Repositórios digitais confiáveis e certificação**. Revista Arquivística. Disponível em: <http://www.arquivistica.net.pdf>. Rio de Janeiro, v.3, n.1, pp.80-89, jan./jun.2007.

VIANA MARTINS, I.N. O processo judicial por meio eletrônico e as modificações no código de processo civil. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n.68, set/2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/revista/caderno=21>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

Artigo recebido em: 11.11.2013

Revisado em: 20.12.2013

Aprovado em: 05.01.2014

A SOCIEDADE LIMITADA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO

THE COMPANY AS A TOOL OF BRAZILIAN SOCIOECONOMIC BUSINESS DEVELOPMENT

João Eudes Vital de Araújo Cavalcante¹

Especialista em Direito

Instituições de Ensino Sete de Setembro - Fortaleza - Ceará (CE) - Brasil

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é estudar as principais alterações na estrutura da sociedade limitada que ocorreram na última década em razão do início da vigência do Código Civil de 2002. O período de uma década é aquele necessário para que um tema seja submetido ao Poder Judiciário e seja analisado até os Tribunais Superiores. No sistema legal brasileiro existe, ainda, uma produção de leis constante antes mesmo que o tema seja difundido, demandando atualização constante. A sociedade limitada é o tipo social mais comum entre as empresas e alterações em sua estrutura geram impactos diretos nas empresas, nos empresários e nos profissionais que as assessoram. Este trabalho apresenta o histórico e as características da sociedade limitada, principais alterações e efeitos, e estudo da legislação em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil. Sociedade Limitada. Alterações legislativas.

ABSTRACT: The aim of this work is to study the major changes in the structure of a limited liability company that occurred in the last decade due to the beginning of the term of the 2002 Civil Code. The period of a decade that is required for a subject to be submitted to the judiciary and be examined by the Courts. In the Brazilian legal system there is also a production of constant laws even before the issue is widespread, requiring constant updating. A limited liability company

¹ Graduado em Direito e Pós Graduado em Direito Corporativo pelo LLM das Instituições de Ensino Sete de Setembro - Pro-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa/Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Fortaleza, no Ceará. O artigo insere-se na Linha de Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Advogado e auditor. E-mail: eudes.cavalcante@bspar.com.br

is the most common type among social enterprises and changes in its structure generate direct impacts on companies, entrepreneurs and professionals who advise. This paper presents the history and characteristics of the limited liability company, major changes and effects, and the study of law.

KEYWORDS: Civil Code. Society Limited. Legislative changes.

Introdução

As Sociedades Limitadas representam mais de 90% (noventa por cento) das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais do Brasil e na última década esse tipo social teve seus regulamentos alterados substancialmente.

O período de uma década, no sistema brasileiro atual, é suficiente para que um assunto ou mesmo uma lei possa ser analisado pelos tribunais com julgamento até na sua última instância superior. Situação que, no caso concreto, alteraria ou não a vigência da norma posta e aprovada, no caso o Código Civil de 2002.

O sistema brasileiro tem uma produção legislativa constante de modo que normas novas continuam a ser criadas ou debatidas simultaneamente enquanto as atuais normas estão tendo seu uso iniciado. As possíveis alterações continuam a ser objeto de projetos de lei antes mesmo que eventuais pontos fortes ou fracos da norma vigente sejam percebidos.

Ressalte-se que alterações constantes na legislação não são positivas uma vez que podem trazer insegurança jurídica para pessoas e empresas que ficam à mercê de alterações que podem ser até casuísticas.

Nesse contexto surge o questionamento sobre como as alterações trazidas a partir da vigência do Código Civil de 2002, que revogou em parte o Código Comercial Brasileiro, passaram a afetar as empresas e seus sócios? Essas alterações foram benéficas ou maléficas à atividade empresarial? Elas trouxeram ou não mais benefícios ao empresário?

Acredita-se que entre as alterações mais marcantes está o impacto na estrutura das empresas, nos sócios, nos advogados, nas próprias Juntas Comerciais e naqueles profissionais, direta ou indiretamente, ligados ao direito societário. Ressalte-se que as antigas sociedades por quotas de responsabilidade limitada eram reguladas pelo Decreto 3.708/1919 e somente subsidiariamente pelo Código Comercial de 1850.

Com essas alterações, o legislador, com os novos dispositivos do Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/02) procurou adequar a realidade atual dos negócios ao universo jurídico, criando mecanismos legais para que as empresas de pequeno, médio e grande porte possam se utilizar deste tipo societário, sem qualquer prejuízo da transparência de suas informações aos credores e terceiros em geral.

A finalidade do presente trabalho, em primeiro plano será o estudo e a análise das mudanças pelas quais passaram as denominadas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, após a vigência do Código Civil Brasileiro de 2002.

O presente estudo se propõe a análise doutrinária e legislativa, para, posteriormente, proceder a um estudo crítico da jurisprudência nacional, especialmente dos julgados dos Tribunais Superiores, além da apreciação do conteúdo da legislação vigente em comparação com a revogada, destacando os pontos principais e mais relevantes.

1. O Código Civil de 2002 e a união do Direito Privado

O Código Civil de 2002 apresenta uma união do direito privado, em especial ao direito das obrigações, o que foi sem sombra de dúvida uma grande novidade para a legislação pátria.

Durante muitos anos, os estudiosos do Direito travaram um penoso duelo jurídico sobre a autonomia do Direito Comercial face ao Direito Civil, com fortes argumentos para ambas as correntes doutrinárias.

As diferenças entre o Direito Civil e o Direito Comercial são por demais evidentes, porquanto o Direito Civil (*Ius Civile*) tem como características fundamentais:

- a gratuidade, posto que é possível e até comum neste ramo do direito a difusão de atos gratuitos, tais como a doação e os depósitos;
- o nacionalismo, pois têm por alvo as leis civis, o cidadão pátrio, e suas relações jurídicas em território nacional;
- a complexidade e a formalidade, preceitos que servem como meio a evitar que atos de grave consequência sobre o estado da pessoa;
- a rigidez legislativa, que flui do tradicionalismo originário do Direito Romano, como evidenciado no *Corpus Iuris Civile*, que influenciou por demais o atual modelo civilista.

Por sua vez, o Direito Comercial (*Ius Mercatorum*) apresenta as seguintes características:

- a onerosidade, pois não se concebe em qualquer relação comercial que seja com atos meramente benéficos ou que não objetivem o lucro;
- o universalismo, que viabiliza as negociações de exportação e importação de serviços e de recursos entre países;
- a informalidade, atributo que decorre da necessidade de celeridade na solução dos conflitos comerciais que não podem suportar longas demandas.

As diferenças então apresentadas representam um rol meramente exemplificativo, haja vista a existência de tantas outras diferenças. Mas apesar das diferenças evidenciadas é inegável uma ligação, em certa medida, dos dois ramos do direito, que se interseccionam em diversos institutos, como por exemplo, nos contratos bancários ou de crédito e até em títulos como a duplicata mercantil.

Todavia, como ensina o jurista Waldírio Bulgarelli, “o Direito Comercial não se confunde com o Civil, não obstante os inúmeros pontos de contato existentes entre ambos, sendo o Direito Comercial um direito que se apresenta como tendência profissional enquanto que, o civil, é de tendências individualistas”².

Com sobriedade, portanto, há que se propender pela manutenção da autonomia do Direito Comercial como vertente diversa do Direito Civil, pois como assevera FRAN MARTINS “não é evidentemente o direito comercial um ramo do direito civil, mas uma parte especializada do direito Privado que regula os atos necessários aos comerciantes para o exercício de sua profissão e os atos por lei considerados como mercantis”³.

Apesar desses argumentos, os juristas em defesa da unificação do Direito Privado alegavam que os usos e costumes mercantis terminaram por abarcar a todos, inclusive os civis, como: a dificuldade de dirimir a obscura questão relativa à natureza da causa, em virtude da falta de uma definição clara dos lindes do Direito Civil e Comercial; a arbitrariedade discricionária na definição da lei aplicável; a comercialidade duvidosa do ato e a devida qualificação do agente e, ainda, a coexistência de dois códigos tratando de um mesmo instituto, situação contrária ao princípio de segurança jurídica.

²BULGARELLI, Waldírio. Direito comercial. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 55.

³FRAN Martins. Curso de direito comercial. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 33 e ss.

2. Histórico e características da sociedade por quotas de responsabilidade limitada

O Código Comercial de 1850 conhecia cinco formas societárias, a saber: (I) as companhias, (II) as sociedades em comandita, (III) as sociedades em nome coletivo, (IV) as sociedades de capital e indústria e (V) as sociedades em conta de participação.

Dentre essas formas societárias, as companhias ou sociedades anônimas eram as únicas a, efetivamente, limitar a responsabilidade da totalidade de seus sócios. Todavia, do início da vigência do Código Comercial até 1882, eram elas constituídas mediante autorização, o que dificultava o seu implemento, além de trazerem elevados os custos de suas formalidades. Isso estimulou os pensamentos acerca de regime societário, que fosse, ao mesmo tempo, de ampla e irrestrita possibilidade de constituição, oferecesse limitação da responsabilidade dos sócios e representasse baixos custos operacionais.

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada foi notadamente inspirada pelo direito alemão e ingressou no ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto n. 3.708/19, diploma legislativo possuidor de apenas 19 (dezenove) artigos e inúmeras lacunas, mas que apesar da simplicidade, representou um regime intermediário em que se assegurava plena liberdade de constituição, baixos custos operacionais e, especialmente, uma limitação da responsabilidade dos sócios.

A propósito, a responsabilidade dos quotistas no regime jurídico do Decreto n. 3.708/19 é limitada à importância total do capital social (art. 2º) e que evoluiu para o regime atual no qual antes da integralização do capital social, os sócios respondem solidariamente até o limite do capital; após a integralização do capital, cada sócio passará a responder pela sua quota.

As normas da limitada, em virtude de sua lacunosidade, configuram um regime híbrido, tanto servindo à concretização de sociedades de pessoas, quanto às de capital. Para se aferir a característica de determinada sociedade por quotas, deve-se investigar seu contrato constitutivo. Da análise de suas cláusulas, extrai-se sua qualidade, se de pessoas ou de capital. Além de outras características, será de pessoas a limitada que veda ou dificulta o ingresso de terceiros no seu quadro de quotistas; será de capital aquela que se preocupa, tão-somente, com o aporte financeiro que o sócio está disposto a realizar.

O tipo da sociedade por quotas de responsabilidade limitada pode ser utilizado tanto para a organização de sociedades mercantis quanto civis. Assim, diferenciando-as em razão do objeto social, quando realizar atos de comércio, a sociedade será comercial e, nos demais casos, civil.

Em breve síntese, são essas as principais características da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, regime jurídico mais utilizado na organização empresarial de pequeno e médio portes, responsável por expressivo contingente de sociedades comerciais.

3. A sociedade limitada no Código Civil de 2002

3.1 Da penhora de quotas

O tema diz respeito à penhorabilidade das quotas sociais por dívidas exclusivas dos sócios, ou seja, investiga a possibilidade de a participação societária sofrer constrição em processo executivo, em que somente o sócio figure como devedor.

A ‘quota’ é o termo utilizado para designar o quinhão com que o sócio contribui para a formação do capital social de qualquer sociedade. É, na definição de Egberto de Lacerda Teixeira⁴, a entrada ou contingente com que cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para a formação do capital social. Assim, é parte integrante do patrimônio da sociedade, apartado do patrimônio dos sócios por força de sua personalidade jurídica.

Logo, o entendimento de que é descabido se falar em expropriação de quota - entendida como a contribuição do sócio para a formação do capital social -, porquanto a quota não integra o patrimônio do sócio quotista, razão pela qual não poderia ser expropriada em execução, na qual apenas o sócio figure como devedor.

Alguns autores, como Lacerda Teixeira, afirmam que, nesse particular da penhora das quotas, o Código Civil de 2002 unificado é silente⁵. No entanto, examinando a penhora das quotas sociais no Código Civil de 2002, Abrão afirma que ele

⁴TEIXEIRA, Egberto Lacerda. As sociedades limitadas e o projeto de código civil. In: Revista de Direito Mercantil, v. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 74.

⁵“Tem havido certo dissídio acerca da possibilidade de ocorrer penhora de quotas das limitadas. A tendência, todavia, mesmo na jurisprudência é no sentido afirmativo. O Projeto é silencioso nesse particular.” TEIXEIRA, Egberto Lacerda, op. cit, p. 70.

cuidou de regulá-la de forma indireta, indicando o art. 1026, transcrito abaixo:

Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao proferir decisões sobre o tema se manifestou recentemente, declarando seu entendimento nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 E 356/STF.

1.- Esta Corte já firmou entendimento que é possível a penhora de quota social, inclusive, a previsão contratual de proibição à livre alienação das quotas de sociedade de responsabilidade limitada não impede a penhora de tais quotas para garantir o pagamento de dívida pessoal de sócio. Isto porque, referida penhora não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da *affectio societatis*, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio.

2.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, incidem os enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3.- Agravo improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 231.266/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 10/06/2013, p. 145).

Em oportunidades anteriores o STJ, também adotou o mesmo entendimento:

LOCAÇÃO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA DE QUOTAS. SOCIEDADE

LIMITADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é possível a penhora de cotas de sociedade limitada, seja porque tal constrição não implica, necessariamente, a inclusão de novo sócio; seja porque o devedor deve responder pelas obrigações assumidas com todos os seus bens presentes e futuros, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil.

2. A esta Corte é vedada a análise de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1164746/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29/09/2009, DJe 26/10/2009, p. 198).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO A QUO. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. MATÉRIA DE PROVA. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto por Indústria e Comércio Arno Gartner Ltda. contra decisão com o seguinte entendimento: a) não consta o vício da omissão a ensejar a anulação do julgado por violação do art. 535, II, do CPC; b) possibilidade de penhora de cotas de responsabilidade limitada encontra-se em sintonia com o entendimento deste STJ; c) questões de ordem fática não podem ser revistas na via especial em face da vedação sumular n. 7/STJ.

2. Entendimento do TRF da 4ª Região de que inexistente óbice à penhorabilidade de cotas sociais em virtude de dívida particular não concernente à empresa encontra respaldo na jurisprudência deste STJ: “As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou” (REsp 234.391/MG, DJ de 12/02/2001).

3. De igual modo: REsp 712.747/DF, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 10/04/2006, AgRg no Ag 475.591/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23/06/2003, AgRg no Ag 347.829/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 01/10/2001.

4. A alegação de que a execução não se processou em obediência ao que dispõe o art. 620 do CPC (menor onerosidade), porquanto existentes outros bens

passíveis de penhora enseja a análise de questões fáticas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

5. Ausência de violação do art. 535 II, do CPC, já que o Tribunal de origem, posto que com fundamento diverso do pretendido pela recorrente, analisou de forma efetiva a matéria posta em debate na lide.

6. Agravo regimental não-provido.

(STJ, AgRg no Ag 894.161/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 224).

DIREITO COMERCIAL - RECURSO ESPECIAL - PENHORA DE COTAS SOCIAIS - VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (ART. 93, IX, DA CF/88) - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE - OFENSA AO ART. 458 DO CPC E AO ART. 292 DO CÓDIGO COMERCIAL - SÚMULA 211/STJ - NÃO ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC - EXECUÇÃO - DÍVIDA PARTICULAR DE SÓCIO - COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - PENHORABILIDADE - SÚMULA 83/STJ.

1 - Encontrando-se o v. aresto guerreado em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional no sentido da penhorabilidade das cotas de sociedade de responsabilidade limitada por dívida particular de sócio, não se conhece da via especial pela divergência. Aplicação da Súmula 83/STJ.

2 - Não cabe Recurso Especial se, apesar de provocada em sede de Embargos Declaratórios, a Corte a quo não aprecia a matéria (art. 458 do Código de Processo Civil e art. 292 do Código Comercial), omitindo-se sobre pontos que deveria pronunciar-se. Incidência da Súmula 211/STJ. Para conhecimento da via especial, necessário seria a recorrente interpô-la alegando ofensa, também, ao art. 535 da Lei Processual Civil (cf. AGA nº 557.468/RS e AGREsp nº 390.135/PR).

3 - Esta Corte Superior não se presta à análise de matéria constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal), cabendo-lhe, somente, a infraconstitucional (cf. REsp nºs 72.995/RJ, 416.340/SP, 439.697/ES).

4 - A previsão contratual de proibição à livre alienação das cotas de sociedade de responsabilidade limitada não impede a penhora de tais cotas para garantir o pagamento de dívida pessoal de sócio. Isto porque, referida penhora não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da affectio societatis, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio. Ademais, o devedor

responde por suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil.

5 - Precedentes (REsp nºs 327.687/SP, 172.612/SP e 147.546/RS).

6 - Recurso não conhecido.

(STJ, REsp 317.651/AM, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 346)

RECURSO ESPECIAL. Divergência. Precedente do STJ. Diário da Justiça. Site na internet. Indicado como paradigma acórdão do próprio STJ, com referência ao Diário da Justiça da União, órgão de publicação oficial, e com a reprodução do inteiro teor divulgado na página que o STJ mantém na Internet, tem-se por formalmente satisfeita a exigência de indicação da fonte do acórdão que serve para caracterizar o dissídio.

EXECUÇÃO. Penhora. Quotas sociais. Sociedade de responsabilidade limitada. Execução contra sócio. É possível a penhora de quota social por dívida individual do sócio. A cláusula que garante a preferência aos outros sócios na alienação não impede a penhora.

Recurso não conhecido.

(STJ, REsp 327.687/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 21/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 225)

PROCESSO CIVIL. PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. As quotas sociais podem ser penhoradas, sem que isso implique a admissão do arrematante como sócio; a sociedade pode valer-se do disposto nos artigos 1.117 e seguintes do Código de Processo Civil. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 347.829/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 27/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 214)

SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DÍVIDA DE SÓCIO. PENHORA DE QUOTAS.

As quotas, em princípio, são penhoráveis. Havendo, entretanto, cláusula impeditiva, cumpre respeitar a vontade societária, preservando-se a affectio societatis, que restaria comprometida com a participação de um estranho não desejado. Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp 148.947/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15/12/2000, DJ 29/04/2002, p. 241).

A penhora de quotas para satisfação de obrigações decorrentes de ações judiciais foi também prevista na sistemática que define a penhora desses bens em si. As quotas sociais constaram do rol de bens penhoráveis, nos termos do art. 655, VI do Código Processo Civil (CPC). Consta ainda da legislação no art. 685-A, § 4º, do CPC, a forma de adjudicação das quotas e que deverá ser intimada para, querendo, exercer direito de preferência na aquisição.

Há assim um alinhamento entre a lei e o entendimento do STJ, no papel de guardião das leis, uma vez que os questionamentos suscitados sobre a penhora de quotas, com apego ao Direito Comercial, foram sanados.

O entendimento de que as quotas sociais são suscetíveis de penhora demonstra-se adequado com o aspecto econômico, uma vez que as quotas sociais são um ativo e que, por esse motivo, podem ser objeto de satisfação de obrigações decorrentes de ações judiciais.

A penhora das quotas sociais não implica em uma imediata inclusão de outro sócio na sociedade e, sim, numa constrição patrimonial sobre tais quotas. A consolidação da propriedade em transferência da propriedade somente ocorrerá ao final da ação judicial.

No entanto, em homenagem ao princípio da *affectio societatis* a lei expressamente deveria conceder a possibilidade de que outro sócio - da empresa das quais as quotas foram objeto de penhora - pudesse vir aos autos e quitar a obrigação sub-rogando-se nos direitos sobre as quotas penhoradas, sem a anuência, tácita ou expressa, de terceiros.

3.2 Do regime jurídico subsidiário da sociedade limitada

No Código Civil de 1.916 não previa regime das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e qualifica a disciplina das sociedades anônimas como seu instrumento supletivo. O art. 18 do Decreto 3.708/19, assim prevê:

Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.

Diante da citada norma legal, a doutrina pátria se dividia em 03 (três) correntes doutrinárias.

A primeira corrente que se formou afirmava que a lei das sociedades anônimas seria fonte supletiva do contrato social e nada além. Pretendiam conferir ao regime das sociedades anônimas o papel de orientar a interpretação dos contratos das limitadas.

A segunda posição asseverava que a disciplina das sociedades anônimas constituiria fonte supletiva do Decreto nº 3.708/19. Para esse setor doutrinário, a lei das sociedades anônimas integraria o regime das limitadas, nos seus aspectos lacunosos.

Por fim, a terceira corrente, se posicionou numa situação conciliadora das duas anteriores. A lei das Sociedades Anônimas fornece regime subsidiário tanto ao Decreto nº 3.708/19 quanto aos contratos sociais das limitadas.

Sobre o caráter subsidiário da Lei de Sociedades Anônimas e sua harmonização com o Decreto n.º 3.708/19, Carlos Henrique Abrão ensina que:

“o melhor estudo a respeito da harmonização dos diplomas societários foi desenvolvido por Egberto Lacerda Teixeira. Para efeito de hermenêutica supletiva, o mencionado autor divide as normas das sociedades anônimas em quatro modelos: imperativas ou cogentes, supletivas, facultativas e incompatíveis”⁶.

Essa posição proporcionou sucesso às limitadas no cenário comercial, pois permite a ela a assunção do caráter de sociedade de pessoas quando seu contrato reporta-se ao regime societário do Código Comercial e, sociedade de capital, quando nitidamente orientada pela lei das sociedades anônimas⁷.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1053 caput, remete o regime subsidiário à disciplina da planejada sociedade simples, ao prever:

⁶ABRÃO, Carlos Henrique. Penhora das quotas de sociedade de responsabilidade limitada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 49.

⁷“(…) essa flexibilidade é facilitada, ou ao menos permitida, pela dupla filiação da sociedade por quotas, entre nós, ao regime geral das sociedades mercantis, disciplinado pelo Código Comercial, e pela aplicação das normas sobre sociedades anônimas. Ligada assim sua cabeça ao regime das sociedades de pessoas do Código Comercial e sua cauda ao regime da sociedade de capitais, torna-se, antes que um produto híbrido, em modelo flexível ajustável à realidade mutável de nossa economia. São as razões do seu sucesso entre nós, e os problemas decorrentes não são de molde, a nosso ver, a justificar uma pretendida reformulação da lei, posto que é justamente a ausência de casuismo do Dec. 3.708/19 que torna esse tipo incomparavelmente útil à economia pátria, notadamente no nosso estágio de desenvolvimento.” (SILVEIRA, João Marcos. Sociedade de responsabilidade limitada - projeto de lei do senado 46/93. In: Revista de Direito Mercantil, v. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p 111).

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

A mais sábia doutrina afirma que esse tipo societário nasceu no unificado Código de Obrigações da Suíça e, mais tarde, foi transplantado para o Código Civil Italiano, de 1942. O Código Civil de 2002 introduziu no ordenamento brasileiro essa figura societária.

As “sociedades limitadas” fazem uso da concessão do parágrafo único do art. 1053, que contempla a Lei das Sociedades por Ações como fonte supletiva, desde que haja cláusula expressa no contrato social, aplicando-se a Lei das Sociedades por Ações naquilo que a legislação especial for silente.

Essa alteração trouxe maior segurança jurídica aos sócios das empresas por ter definido que a legislação aplicável é a do capítulo voltado para as próprias Sociedades Limitadas, com aplicação suplementar da Lei das Sociedades por Ações nas omissões.

3.3 Deliberações dos sócios nas sociedades limitadas

O Código Civil de 2002 alterou algumas formas de deliberações sociais, até como forma de proteção legal ao sócio minoritário. Assim, trouxe a obrigatoriedade de instalação de assembleias para deliberações em sociedades com mais de 10 sócios e a necessidade de publicação de convocação, nos termos das sociedades por ações (S/A):

Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

§ 1º A deliberação em assembleia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez.

A limitada é um modelo societário em que se limita a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações sociais, sem a organização e os ônus atribuídos

às companhias, entre eles a obrigação de realização de assembleia periódica de acionistas, com requisitos formais de convocação, instalação, publicidade periódica de balanços e atos societários, visando à tutela dos interesses de terceiros.

A história da sociedade limitada, iniciada no Brasil em 1919, através da sua instituição pelo Decreto 3.708, demonstra que tem ela garantido satisfatoriamente a proteção dos credores sociais e atendido perfeitamente bem os interesses dos sócios e o desenvolvimento econômico do país.

A simplicidade do diploma legal que rege as sociedades limitadas, e que determina a aplicação supletiva da lei das Sociedades Anônimas na falta de disposição legal ou contratual, permitiu alguma aproximação entre os dois tipos societários.

O Código Civil de 2002, ao tratar das limitadas, apenas permite a aplicação supletiva das normas que regem as Sociedades Anônimas, desde que haja convenção neste sentido no contrato social pactuado. Não obstante a permissão, o legislador tratou especialmente as limitadas, independentemente do porte ou capital social, criando a obrigatoriedade da assembleia de sócios, até então prevista para as Sociedades por Ações.

As deliberações dos sócios deverão ser tomadas em reunião ou assembleia. A diferença básica entre reunião e assembleia é que para a primeira podem ser previstas normas próprias e diversas no que concerne à periodicidade, à convocação, à instalação; enquanto que na segunda essas regras são estabelecidas pela lei.

Estará obrigada à adoção de assembleia a sociedade limitada que contar com mais de 10 (dez) sócios. Nesse caso, a lei determina que se faça ao menos uma assembleia anual, nos mesmos moldes da Assembleia Geral Ordinária das Sociedades Anônimas. O anúncio de convocação da assembleia pelos administradores deverá ser publicado por três vezes na Imprensa Oficial e em jornal de grande circulação na sede da sociedade, o que burocratiza e encarece o processo das limitadas.

Como na Lei das Sociedades Anônimas, a convocação ficará dispensada se todos os sócios estiverem presentes à assembleia ou se expressamente declararem sua ciência do local, data, hora e ordem do dia.

A instalação das assembleias das limitadas também obedecerá regras específicas e deverá ser lavrada a ata em livro próprio, cuja cópia terá de ser levada a registro nos vinte dias subsequentes à reunião.

Diferentemente da sistemática anterior a 2002, se o contrato social não previa quórum especial, as deliberações sociais eram tomadas por maioria absoluta

de votos com relação ao capital social ($1/2 + 1$). O Código Civil de 2002 passou a prever quóruns mínimos para determinadas matérias, independentemente da vontade dos sócios.

A unanimidade torna-se necessária para a designação de administradores não sócios (permitida pela nova lei) enquanto o capital social não estiver integralizado.

Para importantes deliberações societárias como, alteração do contrato social, incorporação, fusão, dissolução da sociedade e cessação do estado de liquidação, o Código Civil vem exigir a aprovação de sócios representantes de, no mínimo, $3/4$ do capital social. Assim, passam a ser necessários 75% (setenta e cinco por cento) do capital nestes casos, tendo o legislador esquecido, entretanto, de dispor quanto à operação de cisão societária.

A designação de administradores não sócios, desde que o capital social já esteja integralizado, necessitará da aprovação de $2/3$, no mínimo, da mesma forma que a destituição de sócio nomeado administrador no contrato.

O quórum de $1/2 + 1$ do capital social é aplicado para os casos como a designação dos administradores não feita em contrato, mas em ato separado, sua destituição e o modo de sua remuneração, bem como para o pedido de concordata (hoje recuperação judicial). Para os demais casos, se o contrato não exigir maioria mais elevada, a lei determina serem necessários votos correspondentes à maioria dos presentes, contados segundo o valor das quotas de cada um, já que o capital social pode estar dividido em quotas iguais ou desiguais. Entretanto, pouco resta a deliberar além das matérias mencionadas.

Cumprе ressaltar que, muito embora a maioria absoluta seja formada por votos correspondentes a mais de metade do capital, no caso de empate, prevalecerá a decisão sufragada por maior número de sócios.

Assim, se o capital de uma sociedade estiver dividido entre um sócio que detém 50% (cinquenta por cento) dele, e outros cinco sócios que detêm 10% (dez por cento) cada um, se estes cinco últimos tiverem a mesma opinião sobre determinada matéria a ser deliberada contrariamente à do detentor de 50% (cinquenta por cento), imperará a decisão conjunta dos cinco minoritários, inobstante a pequena participação individual.

Por essas razões nota-se que passou a haver uma “proteção” legal do sócio minoritário no contexto do aspecto social da empresa.

O Código Civil de 2002 diferiu do disposto na legislação até então vigente (Decreto n.º 3708/19), ao prever, em seu artigo 1.053 caput a aplicação, nos casos

omissos, das normas da sociedade simples, tipo societário regulado pelos artigos 997 e seguintes.

Até a vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, a matéria era regulada pela antiga Lei da Sociedade por Ações (Decreto-Lei n. 2.627/40, artigo 64) e pela Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942, artigo 11). Segundo estes diplomas legais, sociedades estrangeiras não podem, sem autorização governamental, funcionar no país, podendo, todavia, ressalvados os caso expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira.

As alterações no formato de deliberações acabaram por proteger o sócio minoritário. Essa proteção, ainda que de modo indireto, ocorreu ao exigir a realização de assembleia quando a sociedade possui mais de dez sócios, o que acaba por garantir o direito de participação, e de voz, do sócio. Os quóruns de votação diferenciados também atenuam o autoritarismo de uma maioria simples (metade +1) e valorizam a participação e alinhamento de vontades dos sócios para obtenção dos quóruns qualificados importantes para a sociedade em si.

3.4 Do “Novo” Contrato Social

Com o advento do Código Civil de 2002, as sociedades limitadas - a partir do diploma legal, assim denominadas - sofreram grandes transformações, e consoante estabelece o art. 2.031 do novo Código, as sociedades comerciais, à exceção das anônimas, tiveram que se adaptar às normas por este estabelecidas até 11 de janeiro de 2007 mediante alteração dos respectivos atos constitutivos.

Os seguintes aspectos, dentre outros, passaram a constar obrigatoriamente no contrato social, para elaboração das cláusulas:

- 1) Nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas (Art. 997, I do Código Civil de 2002 - CC);
- 2) Denominação ou firma social, objeto, sede e prazo da sociedade (Art. 997, II e 1.054 do CC);
- 3) Capital da sociedade (Art. 997, III do CC);
- 4) A quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la (Art. 997, IV do CC);
- 5) As pessoas naturais incumbidas da administração (Art. 997, VI do CC);

6) A participação de cada sócio nos lucros e nas perdas (Art. 997, VII do CC).

Como cláusulas facultativas, os sócios poderão mencionar no contrato social as seguintes:

- 1) regência supletiva da legislação pertinente à sociedade anônima (§ único do Art. 1.053 do CC);
- 2) requisitos para transferência de quotas (Art. 1.057 do CC);
- 3) possibilidade de designação de administradores não sócios (Art. 1.061 do CC);
- 4) fixação do término do prazo do mandato dos administradores (Art. 1.063 do CC);
- 5) fixação do quorum para aprovar a destituição de administradores (Art. 1.063, § 1º do CC);
- 6) instituição do Conselho Fiscal (Art. 1.069 do CC);
- 7) matérias que embora não previstas na lei, devam ser objetos de deliberação dos sócios (Art. 1.071 do CC);
- 8) remuneração dos administradores (Art. 1.071, IV do CC);
- 9) distribuição e limitação de poderes entre os administradores (Arts. 1.013 e 1.015 do CC);
- 10) época própria para os sócios examinarem livros e documentos, o estado do caixa e a carteira da sociedade (Art. 1.021 do CC);
- 11) se a sociedade tem menos de 11 (onze) sócios, estabelecer se as deliberações dos sócios serão tomadas em reunião ou em assembleia (Art. 1.072 do CC);
- 12) casos em que os administradores são obrigados a convocar a reunião ou a assembleia de sócios (Art. 1.063, I do CC);
- 13) condições para retirada do sócio dissentir de deliberação que modificar o Contrato Social, fundir a sociedade, incorporar outra ou incorporar-se em outra (Art. 1.077 do CC);
- 14) possibilidade de exclusão de sócio por justa causa (Art. 1.085 do CC);
- 15) quorum de deliberação das matérias não previstas no Art. 997 do CC (Art. 999 do CC);
- 16) disposições aplicáveis no caso de morte de sócio (Art. 1.028 do CC);
- 17) condições e prazo para pagamento de quota liquidada (Art. 1.031 do CC);
- 18) causas de dissolução da sociedade não previstas no Art. 1.034 do CC (Art.

- 1.035 do CC);
- 19) nomeação de liquidante para o caso de vir a sociedade a ser dissolvida (Art. 1.038 do CC);
- 20) disposições concernentes à liquidação da sociedade (Art. 1.102 do CC);
- 21) poderes especiais pertinentes ao liquidante (Art. 1.105 do CC).

Por fim, cabe ressaltar que além dessas cláusulas, os sócios ainda poderão estipular outras que atendam aos seus interesses desde que compatíveis com as disposições legais pertinentes à espécie.

As alterações da legislação para o novo contrato social trouxeram pontos favoráveis ao fixarem os elementos obrigatórios. Essa medida acaba por nortear melhor a atuação do empresário na confecção ou revisão do contrato social.

Ponto inovador que deve ser observado no contrato social foi a possibilidade dos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não sejam casados no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória (Art. 977 do CC). Essa acertada disposição legal veio proteger o patrimônio familiar e por consequência proteger a subsistência da família, uma vez que impossibilita que o casal tenha os bens vinculados e suscetíveis às responsabilidades e obrigações de uma mesma empresa.

3.5 Da possibilidade de pessoa jurídica atuar como administradora em Sociedade Limitada

O art. 1.060 do Código Civil de 2002 dispõe que a administração da sociedade limitada compete a uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado. Neste artigo não é feita qualquer especificação quanto à necessidade do administrador ser pessoa física. A regra é diferente, por exemplo, daquela encontrada no art. 997, que dispõe expressamente sobre a exigência de indicação das pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade simples.

É certo que ao regular a investidura de administradores designados em ato separado, o §2º do art. 1.062 exige a qualificação de seu estado civil, residência e outros elementos que indicam tratar-se de pessoa física.

Não há impedimento que uma pessoa jurídica seja nomeada para administrar uma sociedade. Todos os atos de gestão que dependessem do administrador pessoa jurídica são conduzidos de acordo com o critério de representação do admi-

nistrador (nos termos de seu estatuto ou contrato social), valendo a assinatura dos seus representantes como em qualquer ato onde a pessoa jurídica obriga-se validamente.

Essa disposição veio modernizar a atuação do administrador. O fato de o administrador ser pessoa física ou pessoa jurídica é irrelevante uma vez que o cerne do tema são as obrigações que o administrador deve manter e cumprir.

Considerações Finais

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é o tipo societário mais comumente utilizado na organização empresarial de pequeno e médio portes, sendo mecanismo fundamental no cenário econômico nacional.

O regime jurídico dessa forma societária foi instituído inicialmente pelo Decreto n. 3.708, tratando-se de um diploma legislativo com apenas dezenove disposições e conseqüentemente lacunoso.

O Código Civil de 2002 trouxe profundas e significativas mudanças, principalmente, no regime jurídico das sociedades, em especial das sociedades limitadas, e muito embora não tenha revogado expressamente o Decreto-lei 3.708/19, revogou-o tacitamente, já que a matéria foi inteiramente tratada pelas disposições do Código.

O presente trabalho abordou as mudanças marcantes ocorridas na última década que afetaram as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, sugerindo a sua pronta adequação às regras e aos princípios constantes das propostas de reforma, que são meros reflexos das tendências doutrinárias e jurisprudenciais manifestadas.

Na prática, o Código Civil de 2002 fez uma aproximação entre as sociedades limitadas e as sociedades anônimas, deixando nítida a impressão de que boa parte das sociedades vai migrar para o ambiente das companhias fechadas, haja vista a inexistência da flexibilidade concedida anteriormente aos sócios contratantes, em virtude do lacunoso Decreto n. 3.708/19.

A administração da sociedade limitada mudou a figura do sócio-gerente que foi substituída pela do administrador da sociedade, podendo ser um sócio da sociedade ou não. Houve a necessidade de optar pela aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas ou das sociedades simples (antigas sociedades civis), bem como a necessidade de se optar pela constituição de um Conselho Fiscal que de-

veria ser o órgão responsável pelo controle das contas e decisões societárias, mas que na prática demonstrou-se pouco eficaz.

As alterações e inovações foram significativas, buscando manter a legislação nacional pátria alinhada às práticas comerciais, bem como, impondo aos profissionais da área a necessidade de atualização constante e conhecimento das legislações anteriores, afinal diversas sociedades viveram sob a égide de normas atualmente revogadas. Passou a se ter mais exigências voltadas ao registro dos atos societários e sua publicidade.

As alterações ocorridas na legislação e aqui analisadas possibilitaram modernizar a matéria e trazer uma proteção aos sócios minoritários. Em suma, foram alterações essencialmente positivas e que sanaram alguns pontos até então lacunosos.

Salienta-se que passou a tratar da situação dos cônjuges que contratam sociedade, entre si ou com terceiros, determinando que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória (Art. 977 do CC). Essa medida buscou proteger o patrimônio familiar e por consequência proteger a subsistência da família.

Dentre as alterações está a possibilidade de penhora das quotas sociais, o que elevou a participação social à condição de um ativo econômico que pode vir a ser objeto de cumprimento de obrigações perante terceiros. Contudo, poderia haver dispositivo que possibilitasse aos demais sócios quitarem as obrigações objeto da lide sem a necessidade da anuência do credor na lide ou do sócio proprietário das quotas, impedindo assim a entrada de um “novo sócio” na empresa.

Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. **Penhora das quotas de sociedade de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Lei nº 556 de 25 de junho de 1850**. Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm> Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Decreto nº 3708 de 10 de janeiro de 1919.** Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm> Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 2627 de 26 de setembro de 1940.** Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm> Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 14 jul. 2013.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito comercial.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

_____. **Tratado de direito empresarial.** São Paulo: Atlas, 2000.

FRAN, Martins. **Novos estudos de direito societário.** São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. **Diretrizes da reforma do código civil.** In: Revista do Advogado, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), n. 19, 1990.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **As sociedades limitadas e o projeto de código civil.** Revista de Direito Mercantil, v. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LISTA DE ACÓRDÃOS ANALISADOS

PODER JUDICIÁRIO. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 148.947/MG**, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15/12/2000, DJ 29/04/2002, p. 241.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 231.266/SP**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 10/06/2013, p. 145.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1164746/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29/09/2009, DJe 26/10/2009, p. 198.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 894.161/SC**, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 224.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 317.651/AM**, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 346.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 327.687/SP**, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 21/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 225.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 347.829/SP**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 27/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 214.

Artigo recebido em: 9.12.2013

Revisado em: 07.01.2014

Aprovado em: 15.01.2014

PROTEÇÃO DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS NAS SOCIEDADES POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO: PANORAMA DAS PRINCIPAIS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

PROTECT OF MINORITY SHAREHOLDERS IN STOCK EXCHANGE COMPANIES MARKET: OVERVIEW OF THE JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES

Arthur Giovanardi Dozza¹

Especialista em Direito Corporativo

Faculdade de Direito Tributário - Porto Alegre - Rio Grande do Sul (RS) - Brasil

RESUMO: A atividade empresarial é uma das maiores fontes de enriquecimento de um país, gerando, além de emprego e tributos, lucro para seus acionistas. Por isto, se mostra indispensável um estudo mais aprofundando dos instrumentos que possam vir a ser utilizados pelos acionistas minoritários, já que estão sempre contando com a benevolência dos interesses do grupo controlador. Serão tratadas as medidas administrativas e judiciais que o acionista minoritário terá o direito de valer-se no caso de ocorrência de ilegalidade ou injustiça ou caso não esteja satisfeito com alguma medida que seja tomada para o prejudicar indiretamente. Há, sem dúvidas, interesse notório na matéria, já que a sociedade por ações aceita qualquer um que esteja interessado em investir suas economias em ações de companhias abertas deverá saber. Ressalva-se que não há o intuito de esgotar o assunto sobre o tema. O objetivo é o de analisar, em tópicos, as peculiaridades dos instrumentos mais utilizados pelos acionistas minoritários na busca de equilíbrio quando da ocorrência da violação de seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: acionista minoritário; instrumentos administrativos; instrumentos judiciais.

¹ Graduado em Direito e Pós Graduado em Direito Corporativo pelo LLM da Faculdade Brasileira de Tributação - Pro-Reitoria de Pós graduação Lato Sensu em Direito em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências do Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Advogado. E-mail: arthurdo@hotmail.com

ABSTRACT: The business activity is a major source of enrichment of a country, generating, in addition to employment and taxes, profit for their shareholders. Therefore, it shows a more essential deepening of instruments that minority shareholders may use, since they are always relying on the benevolence of the interests of the controlling group. Will address both the administrative and judicial measures that the minority shareholders have the right to assert in the event of wrong or if you are dissatisfied with any action to take for the harm. There are, no doubt, notorious interest in the matter, since the corporation accepts almost every type of person as a shareholder, being a study without intention to exhaust the subject, however, anyone who is interested in investing their savings in stocks public companies should know. Therefore, the relevance of this theme is to analyze, on topics, the peculiarities of the most used by the minority in finding balance when the occurrence of the violation of their rights.

KEYWORDS: minority shareholder; administrative instruments; judicial instruments.

Introdução

O investimento em sociedade de capital aberto é uma das grandes alternativas de geração de lucros. Estas sociedades, em sua grande maioria, geridas por um grupo de controle ou um acionista majoritário, que acabam por impor somente suas próprias vontades, deixando os minoritários a mercê destes fatores, restando a eles somente a utilização de alguns mecanismos para obtenção de um equilíbrio nesta relação.

A atividade empresarial é uma das maiores fontes de enriquecimento de um país, gerando, além de emprego e tributos, lucro para seus acionistas. Por isto, se mostra indispensável um estudo mais aprofundando dos instrumentos que possam vir a ser utilizados pelos acionistas minoritários, já que estão sempre contando com a benevolência dos interesses do grupo controlador. Justifica-se este artigo por ser de fundamental importância a compreensão dos mecanismos que os acionistas minoritários dispõem na busca de proteção face aos anseios dos acionistas majoritários, preservando assim seus interesses.

O objetivo geral deste estudo está na análise dos principais instrumentos administrativos e judiciais disponíveis aos acionistas minoritários, analisando, na

modalidade administrativa o I) direito de recesso; II) o direito ao *tag along* no caso de alienação do controle; III) a participação dos acionistas minoritários e preferencialistas na composição do conselho de administração; e IV) na participação dos acionistas minoritários e preferencialistas na composição do conselho fiscal.

Serão tratados os temas das medidas administrativas e judiciais que o acionista minoritário terá o direito de valer-se no caso de ocorrência de injustiça ou caso não esteja satisfeito com alguma medida que seja tomada para o prejudicar. Há, sem dúvidas, interesse notório na matéria, já que a sociedade por ações aceita quase que todo o tipo de pessoa como acionista, sendo um estudo, sem intuito de esgotar o assunto, contudo, qualquer um que esteja interessado em investir suas economias em ações de companhias abertas deverá saber.

Portanto, em relação aos instrumentos judiciais serão analisados as: (I) medidas cautelares inominadas; (II) ações anulatórias de deliberações com pedido liminar de suspensão dos efeitos das deliberações; (III) ações de responsabilidade civil; e (IV) ação revocatória.

A metodologia que será utilizada no presente estudo é a revisão bibliográfica e a análise de casos pontuais, derivados dos Tribunais de Justiça brasileiros, de forma descritiva.

Assim, tem-se cumprido os objetivos propostos com a apresentação dos mecanismos de proteção, administrativos e judiciais, que poderão se utilizar os acionistas minoritários frente aos interesses dos acionistas majoritários.

1. Acionistas Minoritários: aspectos gerais

Na atualidade, a necessidade da dispersão das ações de emissão de uma empresa traz, junto com os novos investidores/acionistas, uma gama de interesses que, apesar de serem convergentes em alguns aspectos como os que se referem à constituição, à participação e ao objeto da sociedade, podem ser diferentes ou quanto às questões que se referem as decisões para o engrandecimento social².

Detém o controle de uma sociedade anônima o acionista ou grupo de acionistas que tiver o poder de comandar a sociedade, elegendo seus administradores e determinando as linhas básicas de atuação desta.

²BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar. 8. ed., 2009. p. 109.

Logo, o titular das ações de uma sociedade por ações é o acionista, e como tal, é o principal interessado na busca dos resultados positivos para a empresa, nos termos do art. 106, da Lei 6.404/76.

Uma Sociedade Anônima, bem como uma Sociedade Limitada não poderá ter menos de dois acionistas, em regra, sendo possível, somente no caso de subsidiária integral, prevista no art. 251 da Lei 6.404/76.

Não existem restrições para que alguma pessoa física seja acionista, podendo ser, inclusive, um incapaz. Sua principal função é a de arcar com o preço de emissão das ações que vier a subscrever, integralizando o capital da empresa e fomentando seu desenvolvimento.

Ocorre que, estas sociedades por ações são, muitas vezes, geridas por um acionista ou por um grupo de acionistas controlador, detentores da maior parte das ações com direito a voto. Esse poder de controle ocorre na Assembléia Geral Ordinária. O controlador de uma S/A responde pelos atos que praticar de forma abusiva.

Sendo este voto o poder de escolha dos destinos que a empresa irá tomar, quem possuir sua maioria acabará por impor seus interesses. A Lei descreve as hipóteses em que se verifica o exercício abusivo do poder de controle (art. 117 da Lei 6.404/76). Ex.: Diretor que se aproveita do cargo para auferir vantagens pessoais.

De outro norte, o sócio que possui menos direito ao voto é chamado de Sócio Minoritário e não possui poder de controle na sociedade, ou seja, é aquele que não tem poder de mando, aquele indivíduo ou sociedade, que sozinho não pode determinar os rumos da sociedade anônima, como entidade empreendedora, determinando uma espécie de submissão à lei da maioria, regra incomum do direito privado³.

1.1 Dificuldades na prevalência do voto dos acionistas minoritários perante os acionistas controladores.

Dentro de uma sociedade por ações, dificilmente os acionistas se tornaram sócios pelos mesmos motivos, tendo, cada um, seus próprios interesses, em razão dos mais diversos tipos de pessoas que compõe o quadro societário.

³SCHIMIDT, Dominique. Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme. Paris: Sirey. 1970. p. 21.

Vivante afirmou que o grande problema dos sistemas anônimos é a chamada “tirania della maggioranza”, acreditando somente ser viável este tipo de sociedade na medida em que sejam assegurados direitos e garantias, impondo limitações ao poder da maioria, sem imobilizá-la⁴.

Como é evidente que o Acionista Minoritário está sempre fragilizado em relação aos interesses do grupo de controle, foram criados alguns instrumentos administrativos com o intuito de equilibrar essa relação.

Estes instrumentos são encontrados, essencialmente, em duas fontes: a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 e a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Os interesses dos acionistas minoritários se multiplicam e se diversificam a:

[...] cada deliberação da assembleia geral, a cada novo negócio e, no caso da companhia de capital aberto, a cada pregão. Com efeito, a análise da sociedade anônima “por dentro”, isto é, a partir da posição do poder de comando, não é geral, parte-se do pressuposto abstrato da igualdade de todos os acionistas, atuando como companheiros num negócio em comum. Com isso, o ângulo de visão do profissional do Direito acerca do mecanismo societário é totalmente falseado⁵.

Ora, este ângulo de visão falseada precisa ser substituída pela verossimilhança dos conflitos existentes no seio da companhia, o que é o objeto deste trabalho.

2. Panorama Geral dos principais instrumentos administrativos necessários à proteção dos acionistas minoritários

Frente aos anseios dos majoritários, foram criados então mecanismos administrativos para que o Acionista Minoritário possa tentar obter algum nível de equilíbrio em sua relação com controladores.

Alguns instrumentos que serão objetos do presente estudo são o:

⁴VIVANTE, Cesare. Trattato di Diritto Commerciale. Milano: Casa Editrice Dottor Francisco Vallardi. 1904. p. 297.

⁵COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 3ª ed. rev., atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Texto da contracapa.

- a) direito de recesso;
- b) direito ao *tag along* no caso de alienação do controle;
- c) participação dos acionistas minoritários e preferencialistas na composição do conselho de administração; e
- d) participação dos acionistas minoritários e preferencialistas na composição do conselho fiscal.

Referidos mecanismos da agência reguladora são fundamentais na busca de equilíbrio e equidade entre todo o quadro de acionistas de uma sociedade, fornecendo segurança não somente aos que já estão inseridos neste quadro, mas também aos que eventualmente se interessarem em adquirir ações de uma determinada companhia, tendo a garantia de que não sofrerão abusos do grupo de controle ou acionista controlador.

2.1 O Direito de Recesso

O direito de Recesso diz respeito aos acionistas Minoritários terem a possibilidade de requerer sua saída da sociedade por meio do reembolso do valor de suas ações pela companhia, sempre que determinadas deliberações forem aprovadas em assembleia.

Regulamentado pela lei 6.404/76, o Direito de Recesso foi estabelecido pelo legislador expressamente nos casos em que poderá ser exercido, bem como a forma do cálculo do valor das ações a ser reembolsado.

Conforme ensina Fábio Ulhoa, o acionista dissidente de determinadas deliberações da assembleia geral ou de companhia cujo controle foi desapropriado tem o direito de se retirar da sociedade, recebendo o reembolso de suas ações. A base para o cálculo do reembolso é o valor patrimonial das ações do acionista dissidente. Assim, o acionista que se retira terá direito de receber da sociedade, por cada ação que titulariza, a importância equivalente à divisão do patrimônio líquido da companhia pelo número de ações”⁶.

Pode ocorrer o direito de recesso, conforme o art. 136, inciso I, da Lei 6.404/76, se criadas novas ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes,

⁶COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva. 2011. p.240.

sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstas ou autorizadas pelo estatuto.

Poderá, também, ser utilizado no caso de ocorrer alguma alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida, conforme o art. 136, inciso II, da Lei 6.404/76.

A redução do dividendo obrigatório também está prevista na Lei 6.404/76 em seu art. 136, inciso III, bem como no caso de fusão da companhia, ou sua incorporação em outra, face o art. 136, inciso IV.

Outros casos em que poderá ocorrer o direito de recesso pelo minoritário são os seguintes:

- a) participação em grupo de sociedades (art. 136, inciso V e 265 da Lei 6.404/76);
- b) mudança do objeto social da companhia (art. 136, inciso VI, da Lei 6.404/76);
- c) cisão da companhia (art. 136, inciso IX, da Lei 6.404/76);
- d) transformação da companhia em outro tipo societário (art. 221 da Lei 6.404/76);
- e) não abertura de capital da sociedade que resultar de uma operação de incorporação, fusão ou cisão envolvendo companhia aberta (art. 223, § 3º e § 4º, da Lei 6.404/76);
- f) desapropriação de ações representativas do controle acionário da companhia em funcionamento por pessoa jurídica de direito público (art. 236, par. único, da Lei 6.404/76);
- g) incorporação de ações (art. 252, §1º, da Lei 6.404/76); e
- h) aprovação ou ratificação da aquisição do controle de outra sociedade mercantil (art. 256, § 2º, da Lei 6.404/76).

Estas possibilidades acima expressas são direitos essenciais dos acionistas minoritários, e não poderão ser recusadas ou limitadas pela Assembleia Geral, bem como pelo estatuto social (art. 109, inciso V, da Lei 6.404/76).

2.2 O Direito ao Tag Along no Caso de Alienação do Controle

Quando estiver sendo encaminhada uma alienação do controle de uma sociedade anônima, com base no artigo 254-A da Lei 6.404/76, o novo controlador

será compelido a realizar oferta pública para adquirir as ações pertencentes aos acionistas minoritários titulares de ações com direito a voto.

Para evitar distorção, os acionistas minoritários devem condicionar o ingresso na sociedade à cláusula de saída conjunta, no estatuto ou em acordo de acionistas. Quando prevista esta cláusula, o controlador não pode vender suas ações isoladamente. Quer dizer, só poderá vendê-las a quem se comprometa a adquirir também as dos beneficiados pela cláusula. Viabiliza-se, deste modo, a distribuição do “prêmio de controle” entre os acionistas com direito de saída conjunta⁷.

Essa possibilidade de o acionista minoritário alienar suas ações ao novo controlador é usualmente conhecida no mercado como o tag along, e, conforme da Instrução CVM n° 361/2002, os destinatários desta aludida oferta pública por alienação do controle são apenas os minoritários titulares de ações com direito a voto pleno e permanente.

Assim, em regra, os acionistas preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito não têm direito de demandar o novo controlador para que também adquira as ações por eles detidas.

Poderá ocorrer, contudo, a inclusão no estatuto social da companhia uma cláusula no sentido de estender expressamente o direito ao tag along também aos acionistas sem direito a voto, permitindo a venda das ações de sua propriedade na oferta pública por alienação do controle.

A regra para ocorrer o tag along não é só no momento em que o acionista majoritário ou grupo de controle vende diretamente suas ações controladoras para um terceiro, pois o artigo 254-A da Lei 6.404/86 deu novo sentido ao termo “alienação do controle acionário”.

Assim, os acionistas minoritários poderão requerer também a realização de oferta pública quando ocorrer a alienação indireta do controle, ou seja, quando se aliena o controle da sociedade, ou também em alguma outra operação que tenha como resultado a mudança do controle acionário da companhia aberta, como no caso de transferência de valores mobiliários que poderão ser convertidos em ações com direito a voto e a cessão de direito de subscrição de ações com direito a voto.

Nestes casos, o valor a ser pago aos minoritários na oferta pública deve ser

⁷COELHO, 2011, op. cit, p. 245.

correspondente a, no mínimo, 80% (oitenta por cento) do valor das ações dos acionistas do bloco de controle.

Contudo, conforme afirma Gorga, a reforma da legislação deveria ter estabelecido tag along de 100%, porque tag along de 80% ainda permite possibilidade de considerável expropriação, incentivando os benefícios privados de controle a permanecer num patamar alto não desejável⁸.

2.3 A Participação dos Acionistas Minoritários e Preferencialistas na Composição do Conselho de Administração

Obrigatório nas Sociedades Anônimas conforme art. 138, §§ 1º e 2º da Lei 6.404/76, o Conselho de Administração é um órgão colegiado, e sua função é a de decidir sobre determinados temas definidos em lei e no estatuto social.

As funções do Conselho de Administração são: a eleição dos diretores da companhia, escolha e destituição dos auditores independentes, orientação geral dos negócios e a prestação de garantias, pela companhia, a obrigações de terceiros, segundo o art. 142 da Lei 6.404/76.

Ocorre que, a partir de 31 de outubro de 2001, foram introduzidas respeitáveis modificações no processo eletivo do conselho de administração das Sociedades Anônimas, com a adição dos §4º ao §9º ao artigo 141 da Lei 6.404/76.

Essas modificações têm por finalidade o aumento da representação dos acionistas minoritários no conselho de administração, podendo ser tanto por titulares de ações com direito a voto, como também os acionistas preferenciais sem direito a voto ou com restrição ao exercício desse direito.

Assim, sendo o voto múltiplo um instrumento que majora significativamente a probabilidade de minoritários obterem representatividade no conselho de administração, nada mais é do que um meio de se elevar a democracia nos órgãos deliberativos de uma companhia.

Regido pelo art. 141 e parágrafos da Lei 6.404/76, os detentores de ações ordinárias que representem no mínimo 10% do capital social tem o direito ao requerimento, na eleição dos membros do conselho, da utilização do voto múltiplo, mesmo que não exista essa possibilidade no contrato social da companhia.

⁸GORGA, Erica. A cultura brasileira como fator determinante na governança corporativa e no desenvolvimento do mercado de capitais. *Revista de Administração - USP*, São Paulo, v. 39, n. 4, 2004, p. 315.

Se requerido o voto múltiplo, todas as outras ações estarão afetadas ao seu princípio, e não somente as que o solicitaram, obedecendo assim as suas regras particulares, e, também, terá o acionista o direito de concentrar seus votos em um único candidato ou os distribuir como bem entender.

Outras situações em que os acionistas minoritários podem nomear um membro do conselho de administração por intermédio do voto em separado são: com os a) titulares de ações com direito a voto de companhia aberta com, no mínimo 15% do total das ações votantes; 2) os detentores de ações preferenciais (sem direito a voto), caso o estatuto social da companhia garanta o direito de eleger um assento; e os 3) titulares de ações preferenciais de companhia aberta com, pelo menos 10% do total de ações que não tenham exercido a opção do item 2, fundamentados nos artigos 141, parágrafo 4º, inciso I, artigo 18 da Lei 6.404/76 e no artigo 141, parágrafo, 4º inciso II, respectivamente.

2.4 Participação dos Acionistas Minoritários e Preferencialistas na Composição do Conselho Fiscal

A eleição para o conselho fiscal de uma sociedade por ações pelos acionistas minoritários poderá ser realizada pela convocação de uma Assembleia Geral por, no mínimo, 5% (cinco por cento) do capital votante, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto.

Essa Assembleia Geral terá por objetivo específico instalar um conselho fiscal, respeitando-se as regras do parágrafo 4º do artigo 161, e os acionistas minoritários e preferencialistas terão direito a eleger um membro do conselho fiscal e seu suplente, capacidade que renova o poder de fiscalização dos atos societários e aumenta a transparência da sociedade.

Conforme ensina GORGA, a medida representa um avanço, pois permite aos acionistas preferencialistas e minoritários, detentores de ações votantes, a indicação de um representante para monitorar e participar efetivamente da gestão da sociedade, fazendo com que esses grupos tenham acesso a informações acerca da condução dos negócios⁹.

⁹GORGA, 2004, p. 313.

2.5 O voto múltiplo

O processo de voto múltiplo, previsto no artigo 141 da Lei 6.404/76, é um benefício legal atribuído aos acionistas minoritários de sociedades anônimas que detenham (em conjunto com outros acionistas, ou isoladamente) ao menos 5% do respectivo capital social, podendo ser utilizado exclusivamente para a eleição dos membros do Conselho de Administração da companhia, e ainda que não haja previsão estatutária a respeito.

Este direito deve ser requerido à companhia em até 48 horas antes da realização da assembléia geral pertinente, resulta na atribuição, a cada ação votante, de tantos votos quantos sejam os membros do Conselho a ser eleito, reconhecendo-se aos acionistas o direito de cumular seus votos num só candidato ou de distribuí-los entre vários candidatos.

O percentual de ações votantes necessário para requisição do processo é de 10%, nas companhias fechadas, e varia de 5% a 10%, nas companhias abertas, conforme o valor do seu capital social, adotando-se, para tanto, a tabela constante da Instrução CVM nº 165/91, cujo artigo 1º foi atualizado através da Instrução CVM nº 282/98.

Tal procedimento, mais conhecido no direito norte-americano, pode resultar em efetivo benefício aos acionistas minoritários, sendo conhecidos casos em que estes chegaram a eleger a maioria de um Conselho de Administração, em detrimento do acionista controlador, que podem se sujeitar as penas de configuração de infração administrativa grave, a qual sujeitaria a companhia e seus administradores às penalidades previstas no artigo 11, incisos I a VI, da Lei nº 6.385/76 (advertência, multa, e suspensão ou inabilitação para o exercício de cargo de administrador de companhia aberta).

2.6 O direito de preferência

Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital, nos termos do art. 171, da Lei 6.404/76.

Observa-se que se o capital for dividido em ações de diversas espécies ou classes e o aumento for feito por emissão de mais de uma espécie ou classe, observar-se-ão as seguintes normas:

- a) no caso de aumento, na mesma proporção, do número de ações de todas as espécies e classes existentes, cada acionista exercerá o direito de preferência sobre ações idênticas às de que for possuidor;
- b) se as ações emitidas forem de espécies e classes existentes, mas importarem alteração das respectivas proporções no capital social, a preferência será exercida sobre ações de espécies e classes idênticas às de que forem possuidores os acionistas, somente se estendendo às demais se aquelas forem insuficientes para lhes assegurar, no capital aumentado, a mesma proporção que tinham no capital antes do aumento;
- c) se houver emissão de ações de espécie ou classe diversa das existentes, cada acionista exercerá a preferência, na proporção do número de ações que possuir, sobre ações de todas as espécies e classes do aumento.

No aumento mediante capitalização de créditos ou subscrição em bens, será sempre assegurado aos acionistas o direito de preferência e, se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao titular do crédito a ser capitalizado ou do bem a ser incorporado. E, os acionistas terão direito de preferência para subscrição das emissões de debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e partes beneficiárias conversíveis em ações emitidas para alienação onerosa; mas na conversão desses títulos em ações, ou na outorga e no exercício de opção de compra de ações, não haverá direito de preferência.

Importante ressaltar que o estatuto ou a assembléia-geral fixará prazo de decadência, não inferior a 30 (trinta) dias, para o exercício do direito de preferência. E, no caso de usufruto e de fideicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário.

Além disso, todo acionista poderá ceder seu direito de preferência. E, nas companhias abertas, o órgão que deliberar sobre a emissão mediante subscrição particular deverá dispor sobre as sobras de valores mobiliários não subscritos, podendo:

- a) mandar vendê-las em bolsa, em benefício da companhia; ou
- b) rateá-las, na proporção dos valores subscritos, entre os acionistas que tiverem pedido, no boletim ou lista de subscrição, reserva de sobras; nesse caso, a

condição constará dos boletins e listas de subscrição e o saldo não rateado será vendido em bolsa, nos termos da alínea anterior.

2.7 O acordo de acionistas na modalidade defensiva

Modesto Carvalhosa¹⁰ conceitua o acordo de acionistas, sob a perspectiva do art. 118 da Lei 6.404/76, como sendo “um contrato submetido às normas comuns de validade de todo negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objetivo a regulação do exercício dos direitos referentes à suas ações, tanto no que se refere ao voto como à negociabilidade das mesmas.”

Fábio Ulhoa Coelho¹¹ menciona que o acordo de acionistas é instrumento criado pelo legislador e tem como função a estabilização de posições acionárias, podendo os acionistas, ao fazerem uso do acordo de acionistas, “contratar sobre quaisquer assuntos relativos aos interesses comuns que os unem, havendo, a rigor, um único tema excluído do campo da contratação válida: a venda de voto.”

Muitas vezes, torna-se necessário que uma minoria organizada de acionistas se arranje em torno de um mesmo objetivo. Assim, o acordo de acionistas apresenta-se como um instrumento eficaz para a aglutinação dessa minoria, por meio de seus signatários, não detentores do poder de controle da companhia, procurem resguardar seus interesses em comum¹².

O acordo de acionista defensivo será constituído como instrumento de reunião da minoria, cuja vocação se circunscreve a dar organização jurídica aqueles acionistas não detentores do controle da companhia abeta que pretendam fazer prevalecer seus interesses diante do grupo controlador¹³.

Ressalva-se que, nem todo acordo de defesa terá como objeto o exercício do direito de voto de seus signatários. Casos existem em que a reunião dos minoritários em torno do acordo diz respeito a uma atuação que não em órgão colegiado da companhia¹⁴.

Cita-se também, como exemplo, a legitimidade aos acionistas que representam ao menos 5% do capital social para solicitar a exibição dos seus livros socie-

¹⁰CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de Acionistas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.9.

¹¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 2. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 315-316.

¹²BERTOLDI, Marcelo. *Acordo de Acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.86.

¹³BERTOLDI, 2006, p.86.

¹⁴BERTOLDI, 2006, p.87.

tários. Enfim, “os acordos de defesa podem compor os interesses utisinguli dos minoritários, independentemente da classe ou espécie das ações possuídas pelos contratantes”¹⁵.

3. Panorama Geral dos principais instrumentos judiciais necessários à proteção dos acionistas minoritários

Além das já citadas medidas administrativas das quais os acionistas minoritários podem se utilizar para buscar algum tipo de igualdade nos momentos em que for lesado, existem também as medidas judiciais, instrumentos estes utilizados para que o julgador consiga buscar e interpretar algum tipo de proteção que não estejam previstos ou abarcados pelos instrumentos administrativos, fazendo uso da interpretação do órgão jurisdicional, no sentido de buscar a solução mais justa ao caso concreto.

3.1 As Medidas Cautelares Inominadas

O acionista minoritário, quando se sentir prejudicado por algum motivo e não conseguir acionar os responsáveis pela esfera administrativa, poderá recorrer à medida cautelar inominada.

Por se tratar de uma medida cautelar, ela poderá cumular com pedido de liminar, não existindo um padrão para o ingresso deste tipo de ação, podendo ser desde uma ação principal ou mesmo para assegurar algum direito que será objeto de ação posterior.

Contudo, por se tratar de uma ferramenta jurisdicional, serão apreciados fatos e provas, ficando o minoritário sujeito à interpretação da norma pelo judiciário, como por exemplo, no caso da sociedade por ações OGX, empresa sob a gestão do empresário Eike Batista:

A juíza em exercício da 5ª Vara Empresarial da Capital, Maria Isabel Paes Gonçalves, negou nesta quinta-feira, dia 11, a liminar (medida cautelar inominada) movida pelo acionista minoritário da empresa OGX Petróleo e Gás Participações, Marcio de Melo Lobo, que pedia o bloqueio dos bens e direitos, além de

¹⁵Idem.

vedar a quitação das dívidas da companhia e do empresário Eike Batista.

Em sua decisão, a magistrada afirma que o bloqueio dos bens da OGX é inadequado.

“No momento, convenci-me de que a indisponibilidade dos bens da sociedade não se mostra adequada, vez que poderá gerar mais problemas do que solução”, ressalta a juíza.

Na mesma decisão, a magistrada relata que não há justificativa para tornar indisponíveis os bens de Eike Batista. “No que concerne ao segundo requerido, Eike Batista, não vislumbro a imputação de conduta na condição de administrador da primeira requerida, OGX, que justifique a indisponibilidade dos seus bens. Sendo certo, em linhas gerais, que o administrador responde pessoalmente pelos resultados negativos da empresa administrada aos quais der causa. E, do exame perfunctório dos fatos, não se extrai a presença dos pressupostos autorizadores à concessão da medida postulada”, decidiu a juíza.

A magistrada ressalta que, através de matérias jornalísticas anexadas aos autos, a OGX atravessa situação econômico-financeira difícil e mostra a necessidade de os administradores adotarem medidas para superar as dificuldades existentes.

Processo nº 0236942-88.2013.8.19.0001¹⁶

Como se pode notar, a intenção do acionista minoritário de bloquear os bens da requerida restou prejudicada frente aos interesses da sociedade, pois este tipo de interpretação fica à critério do julgador, que analisará os fatos, provas e com base em sua convicção decidirá o que é justo para cada uma das partes.

3.2 As ações Anulatórias de Deliberações com Pedido Liminar de Suspensão dos Efeitos das Deliberações

Além das medidas cautelares inominadas, estão também ao alcance dos acionistas minoritários as ações anulatórias de deliberação com pedido liminar de suspensão dos efeitos das deliberações.

Esse tipo de ação, diferentemente das cautelares inominadas, busca alterar os efeitos de alguma modificação no contrato social realizada de maneira a prejudicar o minoritário, como, por exemplo, o presente caso:

¹⁶BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Assessoria de Imprensa. Rio de Janeiro. Publicada em 11 jul.2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/130708>>. Acesso em 14 set. 2013.

Tutela antecipada. Ação anulatória de deliberação societária e alteração contratual de sociedade empresarial. Pedido liminar inaudita altera pars para suspender os efeitos de alteração do Contrato Social de sociedade limitada e reintegrar o autor em seu quadro societário. Fundamento na ilegalidade da deliberação. Concessão em primeira instância. Revogação, devido à existência de controvérsia a respeito da invalidade da exclusão do sócio e à concordância dos litigantes no tocante à inexistência de *affectio societatis*. Restabelecimento dos efeitos da última alteração contratual, onde deliberada a medida de exclusão do sócio. Agravo de instrumento provido¹⁷.

No caso supra citado vemos que em primeira instância foi concedido um pedido liminar inaudita altera pars no sentido de suspender os efeitos de uma alteração no contrato social, e mais, reintegrar o autor ao quadro societário da companhia.

Nota-se também que, a segurança gerada nas ações judiciais podem ser provisórias, já que o entendimento de juízos de primeira instância podem não ser os mesmos dos tribunais recursais, tornando a segurança aos minoritários no âmbito judicial menos precisa do que no administrativo.

3.3 As Ações de Responsabilidade Civil

Os acionistas minoritários poderão ainda, na verificação de algum ato ilícito praticado pelo controlador, ingressar com uma ação de responsabilidade civil visando anular alguma deliberação ou buscar a reparação civil pelos danos causados.

Referidas ações poderão ainda ser cumuladas, tendo, contudo, prazos prescricionais diferentes, sendo de dois anos para ingresso da ação de nulidade e de três anos para ingresso da ação de responsabilidade civil.

De outro norte, caso estivesse o controlador agindo na qualidade de administrador, poderia responder por perdas e danos solidariamente com os demais administradores e fiscais que tenham com ele formado um conluio, negligenciaram

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1451734120128260000-SP (0145173-41.2012.8.26.0000). Agravante: CONSTRUTORA CONSTERP LTDA. Agravado: ANTONIO AMERICOTAMAROZZI. Relator: José Reynaldo. São Paulo, 04 de dezembro de 2012. Lex: Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22796572/agravo-de-instrumento-ag-1451734120128260000-sp-0145173-4120128260000-tjsp>>. Acesso em: 16 set. 2013.

o ilícito sabendo de sua existência ou também deixaram de agir para evitar sua prática, conforme previsão do artigo 158 da Lei 6.404/76.

As presentes ações em estudo poderão ainda ser discutidas em sede de arbitragem, tendo em vista o disposto no art. 109 da Lei 6.404/76, que permite a utilização do juízo arbitral para resolver as questões que envolverem acionista controlador, acionistas minoritários, companhia e os outros acionistas.

Em regra geral, o administrador ou fiscal irão se sujeitar à arbitragem somente com sua prévia concordância, excetuadas as ocasiões que autorizem a imediata sujeição do rito arbitral.

3.4 Ação Revocatória

A ação revocatória, quando no âmbito empresarial, mais precisamente nos casos de falência, recebe o nome de ação revocatória falimentar ou simplesmente ação revocatória, que teve sua terminologia analisada por Nelson Abrão da seguinte forma:

Bem de ver, contudo, que os autores que identificam as expressões “pauliana” e “revocatória” não o fazem na acepção que esta última adquiriu como procedimento específico no campo do direito falimentar, mas num sentido lato de via processual destinada a desconstituir, em relação à massa, o ato praticado pelo devedor insolvente. À medida que se passou a reservar, com exclusividade, a revocatória ao âmbito falimentar, revelou ela acentuada diferenciação em relação à pauliana¹⁸.

A ação revocatória falimentar está disposta nas situações em que ocorre um processo de falência, e dependerá da sentença que declarar o estado falimentar para ter cabimento.

Seu principal objetivo é tornar ineficazes os atos em relação à massa falida, e pode possuir duas espécies: a) a ação revocatória por ineficácia de ato e; b) ação revocatória por revogação de ato. Ambas estão previstas nos artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05, respectivamente.

¹⁸ABRÃO, Nelson. Da ação revocatória. São Paulo: Universitária de Direito, 1997, p. 27.

Nos casos de ação revocatória por ineficácia de ato, disposto no art. 129, ocorre a declaração da ineficácia de um ato em relação à massa, ato este que jamais foi eficaz. Trata-se portando de uma ineficácia objetiva, imposta por Lei, declarando os efeitos *ex tunc*.

Já nos casos de ação revocatória por revogação de ato, também ocorre a declaração da ineficácia de um ato em relação à massa, só que, neste caso, o ato foi eficaz, porque com aparência conforme o direito, como ocorre costumeiramente nas fraudes. Neste caso a ineficácia terá efeitos *ex nunc*, por ter sido revogado o ato.

A ação revocatória falimentar possui distinção em relação à ação pauliana civil por ser especializada. Contudo, ambas pretendem restringir fraude contra credores e possuem prazo decadencial para interposição.

Ambas ações, revocatória e pauliana civil geram benfeitorias aos credores em concurso. Contudo, no caso da revocatória se conserva a validade do ato a terceiros, e na ação pauliana civil o ato deixa de ser válido para terceiros e inclusive para a falida.

Se antes da decretação da falência a sociedade vier a sofrer uma ação pauliana, e, após este fato falir, pela atuação da *vis attractiva* do juízo falimentar, deverá ser a ação pauliana recebida pelo juízo falimentar como revocatória, conforme o art. 244 do CPC, pois se trata de uma matéria especial, sendo o prazo decadencial para ambas, para que não haja dúvida em relação ao prazo que a lei estabelece para aceitação destas.

Considerações Finais

Apresentam-se conflitos que impulsionaram o legislador a criar mecanismos jurídicos de tutela do acionista minoritário, tais como o voto múltiplo, a eleição em separado, o direito de preferência, o direito de recesso, o direito de saída conjunta e os acordos de acionistas da modalidade defensiva.

Constata-se que os conflitos que têm conduzido à adoção das melhores práticas de governança corporativa como o *tag along* de cem por cento, característico do Novo Mercado.

A Superintendência de Relações com Empresas (SEP) da CVM divulgou em 28/02/2013, o Ofício-Circular CVM/SEP/Nº 01/2013. O documento tem o objetivo de orientar os emissores, particularmente, sobre as interpretações dadas pelo

Colegiado da CVM e pela área técnica referente a aspectos relevantes da legislação e regulamentação societária que devem ser considerados pela companhia quando da realização de operações que afetem os acionistas minoritários.

Com esta iniciativa, a SEP pretendeu fomentar as melhores práticas de governança corporativa, visando à transparência e à equidade no relacionamento com os investidores e o mercado, bem como minimizar eventuais desvios e, consequentemente, reduzir a necessidade de formulação de exigências e aplicação de penalidades.

A SEP estabelece as novas orientações, principalmente, sobre os seguintes assuntos:

- a) participação de acionistas nos processos de eleição em separado de membros do conselho fiscal e do conselho de administração previstos artigos 161, parágrafo 4º, letra “a”, e no artigo 240 da Lei nº 6.404/76, bem como no artigo 141, parágrafos 4º e 5º, e no artigo 239 dessa mesma Lei; e
- b) divulgação pela companhia de pedidos de adoção do processo de voto múltiplo que atendam aos requisitos estabelecidos na Lei e na regulamentação específica.

Estas práticas ratificam que devem ser observados os direitos dos minoritários e que estes podem se defender administrativamente.

Ademais, por todo o exposto no presente trabalho pode-se concluir que os instrumentos para a proteção dos acionistas minoritários são de fundamental importância no ambiente socioeconômico das companhias abertas, já que, além de seu caráter de proteção, possui também um caráter de estímulo ao empreendimento, já que passa ao minoritário a sensação de segurança para investir.

Em relação à comparação entre os instrumentos administrativos e judiciais de proteção, constatou-se que a eficiência dos administrativos é muito maior, pois, bastando o cumprimento de alguns requisitos básicos, eles poderão ser acionados e mais rapidamente executados pelo acionista.

Já em relação aos instrumentos judiciais, ficou demonstrado que muitas vezes os assuntos são bastante complicados, pois temos, de um lado, uma pessoa física ou jurídica que é uma pequena investidora, e de outro a grande empresa, geradora de empregos e tributos. Assim, esta leva vantagem sob aquela, pois o fator social da companhia é muito importante, sobrepujando os interesses individuais.

Importante ressaltar que, apesar de ser menos eficiente, o mecanismo judicial também possui seu poder de coação. Um juiz deverá tomar suas decisões baseadas nos fatos e no direito, e se o acionista minoritário vier a ser prejudicado por algum interesse majoritário, a par do fator social da empresa, deverá ser dado o ganho de causa para o lado enfraquecido.

Referências

ABRÃO, Nelson. **Da ação revocatória**. São Paulo: Universitária de Direito. 1997. p. 27.

BERTOLDI, Marcelo. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar. 8. ed., 2009.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 11 de janeiro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Texto Compilado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Assessoria de Imprensa**. Rio de Janeiro. Publicada em 11 jul.2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/130708>>. Acesso em 14 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 1451734120128260000-SP (0145173-41.2012.8.26.0000)**. Agravante: CONSTRUTORA CONSTERP LTDA. Agravado: ANTONIO AMERICO TAMAROZZI. Relator: José Reynaldo. São Paulo, 04 de dezembro de 2012. Lex: Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22796572/agravo-de-instrumento-ag-1451734120128260000-sp-0145173-4120128260000-tjsp>>.

Acesso em 16 set. 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**, São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 12º edição, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3ª ed. rev., atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GORGA, Erica. A cultura brasileira como fator determinante na governança corporativa e no desenvolvimento do mercado de capitais. **Revista de Administração - USP**, São Paulo, vol. 39, 2004.

SCHIMIDT, Dominique. **Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme**. Paris: Sirey. 1970.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Milano: Casa Editrice Dottor Francisco Vallardi. 1904.

Artigo recebido em: 20.11.2013

Revisado em: 19.12.2013

Aprovado em: 05.01.2014

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*

MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é disseminar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

OBJETIVOS DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL - *Amazon's Research and Environmental Law*¹ é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

LINHA EDITORIAL

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas de pesquisa:

Linha de Pesquisa I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

Linha de Pesquisa II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.

¹Disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/index>>. Acesso em 05 mai. 2013.

A revista AREL oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento. Adota a licença Creative Commons (atribuição - uso não comercial - não a obras derivadas: by-nc-nd). Utiliza o Open Journal Systems, sistema de código livre gratuito para a administração e a publicação de revistas, desenvolvido com suporte e distribuição pelo Public Knowledge Project sob a licença GNU General Public License.

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

A linha editorial desenvolvida pela Revista, por vezes, busca o vértice comum entre as duas linhas de pesquisa. Nesses casos, busca discutir: os aspectos fenomenológicos da empresa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas de pesquisa: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências². A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

1. Redação - Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso Idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicados em português ou inglês.

²A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o modus operandi.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave, abstract (resumo em inglês), keywords (palavras -chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12;

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter 'Resumo' em português e 'Abstract' em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras;

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português, inglês e no idioma de origem, se for o caso, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As RESENHAS poderão ser críticas ou descritivas de obras na lingual portuguesa ou inglesa sobre temas pertinentes às linhas de pesquisa da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: nome resenha em português e inglês, título em português ou inglês da obra em análise, elaboração de texto no format dissertação contend: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar no alinhamento justificado e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada.

2.7. As ANÁLISES DE JURISPRUDÊNCIAS deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave, abstract (resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

3. Outras regras de formatação

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análise jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas;

3.3. Os artigos, as resenhas e as analyses de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm;

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm;

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm;

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

4. Referências, Notas e Citações

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do Sobrenome do Autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser de-

nominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002);

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT;

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista;

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, e, constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista;

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista;

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. Os envios dos trabalhos serão considerados participações voluntárias e gratuitas dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ON LINE

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e declararão em formulário eletrônico na plataforma OJs que:

1. A contribuição é original e inédita, e não foi publicado em anais de congress, seminaries, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word ou RTF.

3. Os URLs para as referências foram informadas, quando possível.

4. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na página Sobre a Revista.

5. As instruções de anônimo do arquivo submetido para assegurar a avaliação Double Blind Peer Review foram seguidas.

6. A Declaração de Direito Autoral, contendo a AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO E CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS.

7. A concessão não terá caráter de ônus para o Conselho Editorial da Revista. Ou seja, não haverá pagamento pela utilização do referido material, tendo a possível publicação o caráter de colaboração. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

8. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista, não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE E APROVAÇÃO DOS ARTIGOS (*DOUBLE BLIND PEER REVIEW*) NA REVISTA

1. Procedimentos de avaliação

1.1. Todas as produções serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad

hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvérsia, haverá análise de um terceiro parecerista “ad hoc”.

1.2.1 Todos os pareceristas e conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas “ad hoc” são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas “ad hoc” são observados os seguintes critérios:

- a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido;
- b) relevância e pertinência e atualidade no tema objeto do artigo;
- c) consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e
- d) formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa seja em língua portuguesa seja em língua estrangeira.

1.3.2. Ao final, da avaliação será apontado se a produção bibliográfica será:

- a) aceita sem restrições;
- b) aceita com proposta de alteração; e
- c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas “ad hoc” escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, especialmente o Editor Chefe ou o Editor Adjunto será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho, em colegiado, será por decisão majoritária dos presentes, com o quorum mínimo será de dois conselheiros, que não for o Presidente do Conselho Editorial, pois lhe é vedado votar na reunião do colegiado.

1.4.2. A convocação da reunião do Conselho Editorial é realizada por e-mail pelo Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. A reunião do Conselho Editorial poderá ser realizada nas dependências do IESUR/FAAR ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do “Skype”, software criado em 2003 que permite a conexão de pessoas em rede.

1.4.3.1. Os termos da ata da reunião do Conselho poderão ser transcritos ou

gravados, conforme a decisão do Presidente do Conselho, ao qual compete a relatoria da reunião.

1.4.4. O colegiado com os Conselheiros presentes decidirá quais os artigos submetidos e avaliados pelos pareceristas “ad hoc” para o número do volume da Revista estão de acordo com a missão, os objetivos da Revista e a linha editorial, além de conferir se:

a) o autor preencheu o termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o artigo, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional; a declaração de cessão de direitos autorais, ambas apresentadas no sistema OJS, no momento da submissão; e

b) se houver necessidade, se há a emissão de autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou texto no percentual de mais de 200 palavras de obra publicada no sistema OJS, no momento da submissão.

1.4.4. Após as deliberações, para cada artigo submetido e previamente avaliado pelos pareceristas “ad hoc”, três decisões podem ser emitidas pelo Conselho Editorial da Revista, gerando os seguintes efeitos:

a) “Aceitação sem restrição” - o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente, no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado um resumo do teor das decisões dos pareceristas “ad hoc” e do Conselho Editorial;

b) “Aceitação com proposta de alteração”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente, no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado o teor dos pareceres tanto dos pareceristas “ad hoc” quanto do Conselho Editorial, incluindo as propostas de alterações ou qualquer outra sugestão cabível a melhoria do conteúdo e da forma do artigo, preservando o anonimato. b.1) Os arquivos que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração.

b.2) As alterações solicitadas são de responsabilidade exclusiva do autor e serão novamente submetidas aos pareceristas “ad hoc” que sugeriram as propostas de alterações.

c) “Rejeição”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente, no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será declarado o não interesse em publicar, preservando o anonimato.

c.1) A Revista reserva-se o direito de não avaliar e rejeitar *ad nutum* os trabalhos enviados fora da linha editorial.

1.5. Havendo a submissão de produção bibliográfica por qualquer parecerista “ad hoc” ou membro do Conselho Editorial ou do Conselho Técnico Científico, será vedada a participação do autor em qualquer ato interno do número da Revista, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicados as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título quanto a sua titulação e filiação institucional e em nota-de-rodapé, constará o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cidade, estado, país, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 2 VOLUME 2 DA REVISTA AREL FAAR

Embora a Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 2 volume 2, que serão publicados em maio deste ano.

Os interessados devem submeter seus artigos até o dia 20 de março de 2014 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/about/submissions#onlineSubmissions>.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/about/submissions#onlineSubmissions>.