

MEMÓRIA

REVISTA

O Papel da Justiça do Trabalho na promoção da Justiça Social

DILEMAS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

BREVES NOTAS SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA E A RELAÇÃO CONTRATUAL DE EMPREGO

RESGATANDO AS MULHERES JUÍZAS DO AFGANISTÃO

COMPLIANCE COMO FERRAMENTA PARA PREVENIR, DETECTAR E RESPONDER A RISCOS OPERACIONAIS, FINANCEIROS E REPUTACIONAIS

SUMÁRIO

ABRIL.23

MEMÓRIA

Nº2 Abril 2023
www.memorycmj.com.br

Editora-executiva
Lourdes Gonçalves

**Comunicação Institucional -
Diretor internacional**
Rodrigo Tavares

Diretor Gráfico e Design
Marcelo Vianna

Jornalistas - Assistentes do Editorial
Jacira Celestino
Mariana Tavares

**Estrutura Administrativa do
COPEDEM/ESMAT**
Ana Beatriz de Oliveira Pretto –
Diretora executiva
Lily Sany Silva Leite – Supervisora
Administrativa e Tecnológica
Vinicius Fernandes Barboza – Chefe da
Divisão Tecnológica
Bruno Odete Tavares – Chefe da
Divisão Tecnológica
Ednan Cavalcanti – Fotografia e
Cinegrafia

Conselho Editorial
Marcus Antônio de Souza Faver –
Presidente de Honra
Marco Anthony Stevenson Villas Boas
- Presidente

Editora Vozes
CNPJ: 31.127.301/0001-04
Rua Frei Luiz,100 – Centro
Petrópolis – RJ, 25685-020

3 CARTA AO LEITOR

4 Segurança jurídica, boa-fé objetiva e autonomia da vontade nas decisões judiciais

6 GALERIA DO EVENTO

O Papel da Justiça do Trabalho na promoção da Justiça Social

10 O direito do trabalho e as transformações das relações de trabalho

12 Fenômeno da pejotização. Da presunção de fraude à legalidade. Nova diretriz constitucional do STF e a boa-fé objetiva.

17 Segurança jurídica ao contrato previdenciário e seus investimentos pela lei da liberdade econômica

21 O ambiente de negócios no novo cenário mundial

24 Um novo capítulo em direito da arte: O Tribunal de Arbitragem para a Arte (CAfA)

28 Marco Legal Cripto: Mais um passo importante para o desenvolvimento da criptoeconomia no Brasil

31 Pagamento por aproximação: segurança e conveniência para o consumidor

33 Sham litigation – uma reflexão crítica e necessidade de mecanismos efetivos ao seu combate

36 Franquias, STF e TST: as paradigmáticas reclamações constitucionais 57.954/RJ e 58.333/SP e a AIRR-262-33.2020.5.09.0014

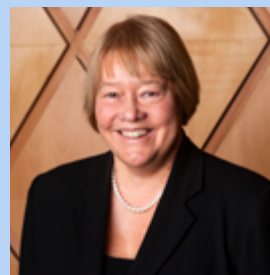
40 CINEMA

Tudo em todo o lugar ao mesmo tempo



8

Breves Notas sobre o Contrato de Franquia e a Relação Contratual de Emprego



14

Resgatando as mulheres juízas do Afeganistão



29

Compliance como ferramenta para prevenir detectar e responder a riscos operacionais, financeiros e reputacionais

CARTA AO LEITOR

INOVAÇÃO DOS CHINESES, TECNOLOGIA DE GUTENBERG À ERA DO ESPAÇO VIRTUAL E DO CIBERNÉTICO

Podemos considerar que a prensa foi um modelo inventado pelo chinês Bi Sheng no século XI. Porém, foi Johannes Gutenberg, em Estraburgo, local onde desenvolveu sua pesquisa, inspirado nas máquinas utilizadas para espremer uvas, conseguiu unir o método dos chineses ao modelo de prensa, criando o processo de impressão, conhecido como tipografia, utilizando uma tinta à base de azeite. Capaz de produzir em larga escala, seus inventos foram importantes nos grandes movimentos da história, marcaram uma nova época, quando os primeiros panfletos passaram a ser publicados.

A primeira revista surgiu em 1663 na Alemanha, com um nome comprido e complicado: Erbauliche Monats-Unterredungen, traduzido como “Edificantes Discussões Mensais”. Em Paris surge o primeiro jornal, “Journal des Sçavants”, publicado semanalmente, contendo informações importantes sobre ciências, como química, física, anatomia e meteorologia. Os periódicos especializados, representaram uma evolução natural das cartas, dos registros de reuniões e das comunicações particulares entre cientistas.

Em 1812, em Salvador surge a primeira revista feita no Brasil, por Manuel Antônio da Siva, intitulada, “As Variedades e Ensaios de Literatura”, abordando temas eruditos, imitando os modelos das revistas estrangeiras. Em 1928, é lançada a revista Cruzeiro, pelo jornalista Assis Chateaubriand, com publicações mensais. Nela, as grandes reportagens são enfatizadas com o apelo para as imagens, aproximando o fotógrafo do fato.

Jaques Basnage, pastor polêmico, autor de várias obras sobre a Reforma, dizia que a quantidade de livros e material impresso “eram um oceano pela qual os leitores tinham de navegar, ou uma inundação de material impresso em meio ao qual era difícil não se afogar”.

O geógrafo sueco Torsten Hägerstrand sugeriu que o processo de inovação, sempre tem um aspecto positivo e um aspecto negativo: o lado denovação em oposição à inovação. A prensa privaria os copistas e os vendedores de livros manuscritos de seu meio de vida. Preocupações religiosas e políticas refletiam uma reação ferrenha aos livros e jornais impressos, consumidos, comentados e questionados por todos.

Com o surgimento dos computadores, veio o desenvolvimento contemporâneo, as transformações da era digital, as revoluções das mídias, os periódicos surgem em novos formatos, através da divulgação online, não apenas em dispositivos móveis, mas tam-



Lourdes Gonçalves
Editora executiva

bém em computadores desktop/notebook, como um canal difusor de informações, reflexões, veiculando novidades, conflitos, através de artigos bem estruturados e muitas vezes divulgando as combatidas “fake news”, que se espalham rapidamente, causando muitos danos.

Para completar, a revista digital tem uma grande importância para o meio ambiente, pois ajuda a evitar o desmatamento, a poluição.

Estamos aqui com nossa **Revista Memória**, totalmente digital, permitindo a difusão do conteúdo por meio de conexões de rede, divulgando artigos nacionais e internacionais, importantes e resumidas considerações, algumas extraídas de seminários recentes.

Transformação digital pode trazer uma séria perda no nível do indivíduo?

Estamos falando de mudança cultural e de transformação estrutural. Qual é a lógica do mundo digital? Como se apresentam os negócios do futuro, como conduzir a transição de mudanças: na saúde, na previdência, no agro, no comércio eletrônico do delivery, lançamento de novos produtos, os investimentos, apostando em alternativas nas cortes fora do País, para questões em danos ambientais, sociais e de governança. Qual o impacto da tecnologia na sociedade? Como o Direito reagirá a essas transformações, como proteger o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico. O escritor Paul Boag, em seu livro **Digital Adaptation**, utiliza a expressão “avoid papering over the cracks” ou “tapar o sol com a peneira”, que no fundo quer dizer que a transformação digital é o último passo de um processo de mudança.

Quais os avanços do Judiciário rumo à Justiça 5.0?

Não percam nosso próximo seminário híbrido: **O Futuro dos Negócios e a Justiça 5.0**, a ser realizado no período de **27 a 30 de abril**, no auditório do Hotel Grand Hyatt Rio de Janeiro.



SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ OBJETIVA E AUTONOMIA DA VONTADE NAS DECISÕES JUDICIAIS



Des. Marco Villas Boas
Presidente do COPEDEM

O impacto econômico das decisões judiciais tem alcançado cada vez mais importância nos estudos sobre a prestação jurisdicional, notadamente a partir das últimas publicações de Richard Posner, e já não pode ser olvidado nos cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ministrados pelas Escolas nacionais, estaduais e federais, ainda que seja para o exercício de reflexões críticas sobre o utilitarismo e os custos sociais do sistema legal, pois desde Hobbes a construção da realidade econômica já era posta em causa nos debates que avançaram a partir das ideias de David Hume e de Adam Smith.

Nesse contexto, o Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM) tem trazido esse tema para o debate ampliado no âmbito do sistema judicial, da academia e da sociedade em geral, cumprindo sua missão de proporcionar o diálogo entre as academias judiciais e as escolas da magistratura com a sociedade sobre temas relevantes e atuais no âmbito da jurisdição nacional e internacional.

A partir dessa proposta, em parceria com a Escola Nacional da Magistratura do Trabalho (ENAMAT), nas instalações do Instituto de Direito Público (IDP), em Brasília, o seminário “O papel da Justiça do Trabalho na promoção da Justiça Social – dilemas, desafios e perspectivas”, no qual ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) debateram sobre a importância do aprimoramento das decisões judiciais pelo Poder Judiciário, tendo em conta as suas consequências para a realidade concreta e o prestígio à boa-fé objetiva, a fim de que a segurança jurídica seja garantida.

Em sua conferência de abertura, o ministro Gilmar Mendes, do STF, abordou com muita propriedade o julgamento do Tema 1.046, da Tabela de Repercussão Geral, sobre a validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, com expressa referência ao voto por ele prolatado, no qual ressaltou o impactante problema do intervencionismo judicial excessivo, pontuando que acoirar de “[...] inconstitucional apenas uma cláusula que é considerada eventualmente prejudicial ao trabalhador, não levando em conta todo o conglobamento de normas celebradas, leva na verdade a uma desconfiança e a uma brutal insegurança jurídica e se produz, ao fim e ao cabo, a nulificação dos esforços no sentido de se fazerem acordos e convenções coletivas”.

Nesse compasso, o ministro Douglas Alencar, do Tribunal Superior do Trabalho, sustentou que o Poder Judiciário não deve interferir no papel de regulamentação de atividades empresariais reservado ao legislador, pois as oscilações jurisprudenciais, além de não contribuírem para a expansão da atividade econômica, acabam prejudicando os direitos dos próprios trabalhadores, tendo em vista que os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, de 1988, não podem ser interpretados antagonicamente, mas sim harmonicamente, conforme sedimentou o Supremo no julgamento do Tema 725 da Repercussão Geral, que versa sobre a terceirização de serviços e a divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas. Disso decorre sua conclusão de que o valor social do trabalho não se limita ao trabalho subordinado, pois abrange qualquer atividade produtiva. “É o trabalho prestado pelo microempreendedor individual, pelo grande empresário, pelo autônomo, pelo avulso, pelo doméstico, claro, pelo setor público e também pelo celetista”.

Nessa mesma linha, a ministra Maria Cristina Peduzzi, ex-presidente do TST, ponderou que a Justiça do Trabalho deve ter o compromisso de garantir que a regra jurídica seja

aplicada a todas as situações na resolução de conflitos por meio de decisões judiciais, observando que o princípio da segurança jurídica está associado ao conceito de boa-fé objetiva e à valorização da autonomia da vontade individual e coletiva, alertando que é importante que as pessoas tenham a consciência de que a boa-fé objetiva e a segurança jurídica, decorrentes da existência de uma proteção legal, são sustentáculos da negociação, mesmo quando seja individual e, “se e os requisitos formais estão presentes, de validade de um ato jurídico, não tenho por que presumir que a sua vontade está viciada”.

Ao concluir sua intervenção, tomando por empréstimo os argumentos dos ministros Gilmar Mendes e Douglas Alencar, asseverou que “a boa-fé objetiva resulta exatamente daquilo que está objetivamente, claramente demonstrado [...]” nos termos do art. 442 do Código Civil “[...] que determina, que impõe, a observância do princípio, não só na conclusão do contrato, como também na sua execução”.

Argumentações similares dos advogados e professores Sólton Cunha e Estevão Mallet encorparam as teses sustentadas pelos ministros Gilmar Mendes, Douglas Alencar e Cristina Peduzzi e enfatizaram a importância da promoção do debate jurídico em âmbito nacional sobre os reflexos das decisões judiciais e seus resultados práticos, que a doutrina de Law & Economics tem chamado de consequencialismo. Nesse aspecto, Sólton Cunha argumentou que “o que se espera da Justiça é que trate com boa-fé os contratantes, nas declarações de vontade e no comportamento contraditório, em especial após o encerramento do relacionamento de trabalho”.

Para **Estevão Mallet**, a Jurisprudência do STF de que determinadas relações jurídicas devem ser analisadas pela Justiça Comum, como o caso dos representantes comerciais e dos transportadores autônomos de carga, é resultado de uma reação a alguns pronunciamentos da Justiça do Trabalho que, para ele, estão desvinculados da realidade. O professor ponderou que

“(...)no Brasil nós temos certa tendência a extrapolação do dogmatismo, ao exagero do abstracionismo no campo jurídico e nós deixamos de ter muitas vezes contato com a realidade, o que é extremamente prejudicial”.

Nesse aspecto, a ministra Peduzzi complementou que no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 48 (ADC 48), o STF decidiu que a Justiça Comum é competente para julgar processos envolvendo transportadores autônomos de carga, entendimento aplicável a outras categorias profissionais que, segundo ela, situam-se em uma zona cinzenta, como a dos corretores em geral: “O transportador autônomo de cargas, diz o Supremo, é uma relação autônoma, a competência é da justiça comum. Com o corretor em geral é assim, nós temos competência, aliás, não é nem competência. No caso da terceirização acabaria também que nós poderíamos ter outro distinguishing, mas no caso da competência em relação a essas categorias profissionais que estão em uma zona, digamos, cinzenta, o Supremo diz: é competente a justiça comum. Isso foi dito na ação direta de constitucionalidade nº 48 e reafirmado também posteriormente numa ação direta de inconstitucionalidade 3961”.

Embora a conclusão do julgamento não tenha excluído a competência da Justiça do Trabalho para analisar as hipóteses em que a lei é utilizada para fraudar ou mascarar uma relação de emprego com todos os elementos fático-jurídicos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, a ministra Peduzzi esclareceu, ainda, que o órgão competente para declarar a existência da alegada fraude é a Justiça Comum, “...mas quem é competente para dizer se há ou não fraude, se houve ou não o desvio da finalidade do contrato de representação autônoma? Aí ele diz: a competência é da justiça comum. Só vai para a Justiça do Trabalho se a justiça comum afirmar a fraude”.

Nessas breves notas apresentamos um panorama das conferências e abordagens dos eminentes conferencistas que contribuíram para o sucesso do seminário muito bem organizado pela Memory – Centro de Memória Jurídica, o qual também contou com ampla divulgação pelo canal do Youtube, por meio da equipe técnica da Escola Superior da Magistratura Tocantinense, que não tem poupado esforços para veicular conteúdos jurídicos e multidisciplinares em prol do aperfeiçoamento da Magistratura brasileira.

GALERIA DO EVENTO: O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA PROMOÇÃO DÁ JUSTIÇA SOCIAL





BREVES NOTAS SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA E A RELAÇÃO CONTRATUAL DE EMPREGO

Por Judith Martins-Costa.

É Livre-Docente e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. É Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Advogada e sócia fundadora de Judith Martins-Costa Advogados, atua como Parecerista e Árbitra.

Segurança jurídica e boa-fé se encontram nos negócios jurídicos, atos resultantes do legítimo exercício da autonomia privada que se qualificam, antes de mais, como negócios de seriedade pelos quais os particulares organizam os seus próprios interesses. Esse texto, centrado na distinção dogmática entre relação de franquia e relação de emprego, aborda a conduta deslealmente contraditória de quem, tendo livremente exercido a posição jurídica de franqueado, assumindo sem objeções essa posição e dela auferindo benefícios, vem, uma vez finda a relação, afirmar jamais ter sido franqueado, mas empregado, pretendendo a tutela da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O contrato de franquia configura espécie do gênero doutrinário contratos de distribuição. Como previsto pelo art. 1º da Lei 13.966/2019, trata-se de instrumento de um “sistema” pelo qual “um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento”.

O contrato de franquia é contrato empresarial, cujo conteúdo é marcado por heterogeneidade, ampla flexibilidade operacional, pessoalidade e confiança, traços que explicam a extremada dimensão cooperativa que vai muito além da cooperação básica. Exige-se um trabalho conjugado para que tanto o franqueador quanto o franqueado tenham o seu interesse realizado.

Como as relações humanas frequentemente implicam algum grau de subordinação, não se deve igualar um trabalho prestado com qualquer grau de subordinação a ordens alheias com uma relação de emprego, assim caracterizada por Lei e submetida à regência da CLT. Do ponto de vista da Ciência do Direito, admite-se inexistir “nítida e inconfundível separação, absolutamente estanque e completa” – a expressão é de Evaristo de Moraes Filho – entre trabalho autônomo e subordinado, pois há sempre uma certa dose de direção ou de controle, mesmo no trabalho autônomo.

A correta qualificação da relação, se de emprego ou não, exige apurar a qualidade da subordinação: se pontual e temporária, ou geral e permanente.

Há critérios que auxiliam a concretizar o grau de subordinação conducente à configuração de uma relação de emprego: a observância a ordens constantes e analíticas sobre o modo e o tempo em que deverá ser executada a prestação de serviços; a submissão a um controle acerca das atribuições inerentes à função ou ao modo de realizá-la; a fixação da retribuição em razão do tempo do trabalho subordinado, e não do resultado da atividade produtiva; a presença de um horário fixo; a prestação de serviço de caráter contínuo; e o fato da assunção, pela empresa, dos riscos do negócio, são indicativos da subordinação em sentido jurídico.

No mais das vezes, as instruções recebidas pelos franqueados têm por função explicitar o conteúdo de determinadas obrigações, seja para resguardar o direito da franqueadora à higidez dos seus bens jurídicos imateriais, como a marca e a própria imagem no mercado – é dizer, sua reputação –, já que o contrato de franquia opera a cessão, mas não a livre disposição desses bens pelo franqueado. A presença dessas instruções não destrói a autonomia profissional, compreendida no sentido jurídico. Como está na jurisprudência acerca de reclamações movidas por franqueados que alegavam ser empregados da franqueadora, não são aptas a caracterizar a subordinação a estipulação de metas ao franqueado (TST, RR 11385-78.2017.5.18.0015, j. em 08.05.2019), a participação em reuniões e de apresentação de relatórios informativos (TRT 3ª Região, ROT 0010260-26.2021.5.03.0024, j. em 12.04.2022), nem mesmo a interferência da franqueadora visando à padronização das lojas franqueadas (TST, AIRR 1628-30.2014.5.02.0009, j. em 23.03.2018; e, mais recentemente, TRT 1ª Região, ROT 0100853-38.2020.5.01.0042, j. em 29.03.2022). Estes elementos são inerentes ao contrato de franquia, não elidindo a sua caracterização.

Além disso, deve ser recordado que a assunção, pelo empregador, do risco da atividade econômica, é elemento do suporte fático do art. 2º, caput, da CLT. Por outro lado, o empregado, por definição, não assume riscos. Portanto, se a situação concreta demonstrar que o franqueado assumiu os riscos da atividade de franquia; se não sofre sanções disciplinares por não comparecer ao trabalho; não tem jornada de trabalho imposta pelo franqueador; assume custos; e não é coagido a uma produção mínima para receber comissão, é fora de dúvidas que esse “modo de ser do exercício da atividade que lhes é privativa” torna evidente certeza sobre inexistência do contrato de trabalho, traduzindo “uma autonomia, absolutamente incompatível com o modo de ser

definidor daquele contrato (subordinação)”, como destacam Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão.

Conquanto os elementos tipificadores da relação de emprego e da relação de franquia sejam diversos, a consulta aos repertórios de jurisprudência tem demonstrado que, muito embora exercendo a posição jurídica de franqueado, alguns buscam o reconhecimento da posição de empregado. Nesse caso, poderá se caracterizar ilicitude no modo de exercício dos direitos subjetivos, identificada pelo adágio *nemo potest venire contra factum proprium*.

Porém, a ordem jurídica rejeita a contraditoriedade desleal, que viola a relação de confiança fundada, tendo-a como ilícita quando manifestamente afrontosa à boa-fé.

Dentre as figuras geradas pela função corretora da boa-fé objetiva (Código Civil, art. 187) está o *venire contra factum proprium*, o qual limita e sanciona o exercício de uma posição jurídica quando exercida em contradição desleal com o comportamento exercido anteriormente pelo mesmo exercente.

É consensual definir o *venire contra factum proprium* como a proibição do “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”, como destaca Menezes Cordeiro, considerando-se a ninguém ser lícito exercer direito em contradição com o seu ato. Tecnicamente, o *venire contra factum proprium* configura um limite ao exercício de uma posição jurídica ativa. O desdizer o próprio comportamento anterior, exemplificado no fato de alguém pactuar livremente um contrato de franquia, assumindo-se como empresário e prosseguir com a sua execução, mas invocar em juízo, posteriormente, sua posição como empregado, implica manifesta afronta à boa-fé, nos termos postos no art. 187 do Código Civil.

À primeira vista, poderia parecer que à liberalização das relações econômicas corresponderia uma relativa

demissão do Direito e sua função ordenadora das relações sociais. Essa perspectiva estaria equivocada. Mudam as formas econômicas e jurídicas, muda a hermenêutica das formas tradicionais, mas o Direito está presente, como explicitam as regras legais e os arestos antes mencionados, a fim de frear o oportunismo contratual e as condutas que buscam “levar vantagem em tudo”: a contrariedade ao Direito não se dá apenas quando há uma ação violadora de uma norma jurídica, mas, igualmente, quando a conduta do agente, no exercício de direitos (em sentido lato) mostra-se disfuncional aos fins colimados pelos negócios jurídicos pelos quais se dá sua atuação na vida jurídico-social.

A função de coibição de comportamentos ilícitos deve ser feita, porém, com fundamento em critérios pré-constituídos, seja pela Lei, seja pelo trabalho doutrinário. Deve, imperativamente, considerar as distinções, dogmaticamente traçadas, entre as figuras contratuais que habitam o Ordenamento. Daí a esperança de que os critérios acima expostos bem como o apontamento dos requisitos que diferenciam relações de franquia e relações de emprego possam ter alguma valia de ordem prática.

Nelson Mannrich

Advogado Sócio do escritório Mannrich e Vasconcelos. Professor Titular da Universidade de São Paulo (aposentado). Presidente da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e membro e presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (cadeira nº 49).



O DIREITO DO TRABALHO E AS TRANSFORMAÇÕES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Nas últimas décadas, as relações de trabalho, bem como o próprio mercado de trabalho, sofreram grandes transformações. Até a década de 1970, a relação de trabalho era baseada no modelo industrial. O trabalho era prestado presencialmente, em tempo integral e por prazo indeterminado, mediante subordinação direta e pessoal, submetendo-se o empregado às ordens do empregador. O Direito do Trabalho e a CLT foram estruturados e pensados nesse ecossistema industrial.

Porém, o avanço tecnológico, impulsionado pela Quarta Revolução Industrial, modificou profundamente o mundo do trabalho. Há prestação de serviços em regime de teletrabalho e em plataformas digitais, em horários flexíveis; contratos de franquia; prestação de serviços por pessoas jurídicas, além da própria terceirização. Estes novos arranjos, com cada vez maior especialidade, desafiam legislador e tribunais a apreender as novas realidades sociais, econômicas, tecnológicas, políticas e culturais, a fim de que o Direito do Trabalho continue desempenhando seu papel, com eficácia. Hoje, a dicotomia “empregado x autônomo” perde sua importância.

No Brasil, observa-se grande resistência em face destas mudanças. A legislação protecionista e intervencionista sempre foi a marca registrada do Direito do Trabalho. Apesar disso, vêm ocorrendo mudanças legislativas interessantes nos últimos anos.

A Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – alterou diversos paradigmas. Passou-se a permitir a terceirização irrestrita (Lei nº 6.019/74, art. 4º-A), superando antigo entendimento sumular do Tribunal Superior do Trabalho (TST); regulamentou-se o teletrabalho (CLT, art. 75-A e ss); deu-se novo

impulso à negociação coletiva – ao vedar a ultratividade da norma coletiva (CLT, art. 614, §3º) e ao melhor regular a prevalência do negociado em face do legislado em determinadas matérias (CLT, art. 611-A); combateu-se o ativismo jurídico, ao dificultar procedimentos de criação e edição de súmulas (CLT, art. 8º, §2º) e ao restringir o exame de convenções e acordos coletivos apenas aos elementos essenciais do negócio jurídico (CLT, art. 8º, §3º); tornou facultativo o recolhimento de contribuição sindical, antes obrigatório (CLT, arts. 578 e 582).

Outra mudança bem-vinda foi a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). Mudou a lógica da intervenção do Estado nas atividades econômicas e reconheceu a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas. Ou seja, prestigiou a livre iniciativa e limitou o intervencionismo estatal.

Apesar disso, muitos juízes do trabalho ainda não se deram conta de tantas transformações. Não percebem como essas modificações nas relações de trabalho permitem ao Direito do Trabalho maior protagonismo.

Não podem continuar menosprezando novas modalidades contratuais, em especial de prestação de serviços, como se todo trabalhador continuasse hipossuficiente ou necessitasse do aparato protetor da CLT.

E pior, presumindo que qualquer serviço prestado é subordinado e de natureza empregatícia. Há novas relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, notadamente no que se refere à autonomia individual dos contratantes, à luz da Teoria dos Atos Próprios.

E não somente isto. Permanece o vezo de se aplicar o princípio de proteção, sem seu indispensável ressignificado. Ora, tal princípio busca concretizar a igualdade material, conferindo tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Nem todo trabalhador é hipossuficiente e, por conseguinte, há trabalhadores aos quais não se aplica o mesmo grau de proteção conferido aos trabalhadores hipossuficientes. Ao aplicar, indistintamente, o princípio da proteção, a Justiça do Trabalho acaba gerando injustiças.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), diferentemente, dão novo alento, permitindo novo olhar voltado ao futuro - e não ao passado. Nos julgamentos do RE 958.252 (Tema 725, de Repercussão Geral) e da ADPF 324, o

Supremo reconheceu a constitucionalidade da terceirização irrestrita.

Mesmo porque, como ficou assentado, nunca houve vedação legal para se terceirizar atividade-fim.

Já no julgamento da ADC 66, o STF ratificou a constitucionalidade do artigo 129, da Lei nº 11.196/2005, que legitima a prestação de serviços intelectuais sob as regras fiscais e previdenciárias aplicáveis às pessoas jurídicas. Ao aferir a constitucionalidade da Lei do Salão Parceiro (Lei nº 13.352/2016) na ADI 5625, a Suprema Corte declarou:

[C]ontratos de parceria celebrados entre trabalhador do ramo da beleza (cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicure, pedicure, depilador e maquiador), denominado “profissional-parceiro”, e o respectivo estabelecimento, chamado “salão-parceiro”, em consonância com as normas contidas na Lei federal n. 13.352/2016.

Como se vê, a recente jurisprudência do STF aponta verdadeira mudança paradigmática. Se antes os tribunais consideravam contratações, sem vínculo de emprego, presumidamente fraudulentas – salvo prova em contrário –, agora inverte-se a dinâmica interpretativa.

Em vez de presumir-se fraude, deve ser presumida a validade da pactuação civil, afastando-a apenas quando comprovadas sua nulidade e a incidência dos requisitos ensejadores do reconhecimento de vínculo empregatício

Ainda, os julgados mencionados revalorizam o princípio da boa-fé contratual nas relações trabalhistas. Busca-se, com essa mudança de paradigma, vedar comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*) de trabalhadores que se beneficiam de vantagens inerentes ao contrato civil (p. ex. auferir renda mais alta; incidência de menores alíquotas de imposto de renda; flexibilidade de horários e condições de trabalho), para, depois, pleitearem, junto à Justiça do Trabalho, o reconhecimento do vínculo de emprego.

Essas novas diretrizes apenas atestam a nova lógica das relações de trabalho. O rápido avanço tecnológico desafia os operadores do Direito, especialmente aqueles que se dedicam ao Direito do Trabalho. O legislador e a própria Corte Constitucional estão mais sensíveis a estas mudanças. Eventuais resistências de alguns juízes do trabalho em enquadrar relações civis e comerciais no ecossistema celetista, perdem espaço perante a jurisprudência vinculante do STF.

FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO. DA PRESUNÇÃO DE FRAUDE À LEGALIDADE. NOVA DIRETRIZ CONSTITUCIONAL DO STF E A BOA-FÉ OBJETIVA.

A expressão “pejotização” surge na seara trabalhista como uma espécie de fraude na contratação de empregados através de pessoas jurídicas, com a suposta finalidade de mascarar uma relação de emprego e precarizar direitos de trabalhadores.

Contudo, em que pese existirem, de fato, abusos e fraudes envolvendo a contratação de alguns trabalhadores nesse formato, essa modalidade contratual é uma espécie lícita de terceirização e está implicitamente inserida no artigo 4º-A, § 2º, da Lei 13429/17.

Essa foi a diretriz referendada pelo Supremo Tribunal Federal que, após inúmeros debates, considerou a pejotização uma espécie lícita de contratação, na qual a prestação dos serviços é realizada pelo(s) sócio(s) de uma pessoa jurídica, na condição de trabalhador(es) hipersuficiente(s). Prestigiou-se, assim, a autonomia da vontade desses trabalhadores, conferindo-lhes, como regra, poder para negociar suas condições de trabalho. Nesse sentido, foram as decisões proferidas nas Reclamações Constitucionais 47.843 e 56.132, respaldadas pelos julgamentos ocorridos na ADPF 324 e RE 958.252.

Analisando a ratio decidendi de recentes decisões do STF envolvendo esse tema, pode-se concluir que a pejotização, quando envolve trabalhadores hipersuficientes — assim considerados aqueles profissionais que, no exercício de sua autonomia negocial celebram, sem vício de consentimento, outras formas de “divisão de trabalho” —, apresenta significativas mudanças em relação às regras e parâmetros de julgamento que devem ser observadas pelos Tribunais

Trabalhistas, diante decisões vinculantes da ADPF 324 e do RE 958252.

Esse novo posicionamento que admite e privilegia a autonomia da vontade do trabalhador hipersuficiente, profissional liberal, já encontra eco no Tribunal Superior do Trabalho conforme se infere da decisão proferida no processo n. RR-1976-42.2015.5.02.0032:

“A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO RECLAMADA PRUDENCIAL DO BRASIL SEGUROS DE VIDA S.A. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.467/2017. 1. FRANQUIA. “PEJOTIZAÇÃO”. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 725 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. EFEITO VINCULANTE. AMPLITUDE DEFINIDA PELO STF NA RCL 47843 DE FORMA A ABARCAR A HIPÓTESE DE “PEJOTIZAÇÃO”. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA CONHECIMENTO E PROVIMENTO. (...) III. No presente caso, o Tribunal Regional decidiu manter o reconhecimento de vínculo de emprego da reclamante, em razão da existência de “pejotização” na prestação dos serviços, sob o fundamento de que “(...) estão presentes os pressupostos do art. 3º da CLT, (...)”. IV. Este entendimento, entretanto, é contrário à tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, consolidada em 30/08/2018, com o julgamento do RE nº 958.252, no Tema 725 da Tabela de Repercussão Geral do STF, de seguinte teor: “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. V. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista, observando-se o disposto no ATO SEGJUD.GP Nº 202/2019 do TST. (...) B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA PRUDENCIAL DO BRASIL SEGUROS DE VIDA S.A. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.467/2017. 1. FRANQUIA. “PEJOTIZAÇÃO”. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 725 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF.

EFEITO VINCULANTE. AMPLITUDE DEFINIDA PELO STF NA RCL 47843 DE FORMA A ABARCAR A HIPÓTESE DE “PEJOTIZAÇÃO”. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em relação ao tema da terceirização, cujo deslinde se deu em 30/08/2018, com o julgamento do RE nº 958.252, no Tema 725 da Tabela de Repercussão Geral do STF, de que resultou a fixação da seguinte tese jurídica: “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. Na mesma oportunidade, ao julgar a ADPF nº 324, a Suprema Corte firmou tese de caráter vinculante de que “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”. A partir de então, esse entendimento passou a ser de aplicação obrigatória aos processos judiciais em curso em que se discute a terceirização, impondo-se, inclusive, a leitura e a aplicação da Súmula nº 331 do TST à luz desses precedentes. II. No caso dos autos, o Tribunal de origem decidiu manter o reconhecimento de vínculo de emprego, em razão da existência de “pejotização” relativa aos serviços prestados pela Reclamante. III. Acresce que, em relação ao Tema 725 da Tabela da Repercussão Geral, importa observar que, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela licitude da terceirização por “pejotização”, ante a inexistência de irregularidade na contratação de pessoa jurídica formada por profissionais liberais (Rcl 47843 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 06-04-2022 PUBLIC 07-04-2022). IV. Desse modo, não há mais falar em reconhecimento de vínculo de emprego em razão da existência de terceirização por “pejotização”. V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.”

Nos parece claro, portanto, que o comportamento contraditório de apresentar uma Reclamação Trabalhista com pedido de reconhecimento de vínculo, quebra a expectativa de lealdade que foi estabelecida pelas partes no momento da contratação.

Com efeito, além de funcionar como regra de conduta, a boa-fé também se apresenta como limitadora ao exercício de direitos subjetivos.

Por essa perspectiva, não pode o titular de um direito, agir de forma desregulada, sem qualquer limitação.

Em outras palavras, a boa-fé exerce um controle sobre o exercício dos direitos, para que a prática destes atenda à boa-fé objetiva, de modo que qualquer conduta que afronte o limite socialmente pré-estabelecido, configura-se como uma conduta ilícita, na forma do artigo 187 do CC.

Por essas razões, que a falta de lealdade do trabalhador hipersuficiente, afronta a boa-fé objetiva, revelando-se, dessa forma, ilícita, na esteira da norma legal acima invocada, devendo, portanto, ser julgada improcedente a reclamação trabalhista quando não foi alegado ou provado vício de consentimento.

RESGATANDO AS MULHERES JUÍZAS DO AFGANISTÃO

RESCUING THE WOMEN JUDGES OF AFGHANISTAN

Desde Agosto de 2021, um pequeno comitê da Associação Internacional de Mulheres Juízas (IAWJ) tem estado envolvido em um grande esforço humanitário para resgatar as 270 mulheres juízas do Afeganistão. Não foi um papel para o qual nossa formação ou experiência nos preparou, mas não teríamos sido fiéis a nossos valores se tivéssemos nos recusado a ajudar. A situação das mulheres juízas também foi muito pessoal para o IAWJ. Tivemos um relacionamento de longa data com a Associação Afegã de Mulheres Juízas, administrando um programa de intercâmbio judicial de 2003 a 2011. As mulheres juízas afegãs também participaram regularmente das conferências bienais e regionais do IAWJ.

As juízas afegãs há muito operavam sob condições de alta insegurança. Os ataques terroristas eram comuns e duas das juízas foram assassinadas em Janeiro de 2021 como parte de uma campanha combinada para intimidar não apenas as mulheres em cargos públicos, mas as mulheres em geral.

Apesar do perigo, as mulheres juízas estavam comprometidas com seu país, com seu papel judicial e com o Estado de Direito.

Tudo isso mudou em Agosto de 2021, quando o Talibã chegou a Cabul. A posição das mulheres juízas se tornou insustentável. A ideia de mulheres julgando homens é anátema para o Talibã e os juízes em geral também eram vistos como agentes hostis das potências ocidentais. Além disso, o Talibã esvaziou as prisões até mesmo dos piores criminosos e terroristas, o que significa que as mulheres juízas corriam o risco de retaliação pessoal das prisioneiras libertadas que haviam sido sentenciadas. Elas também corriam o risco de retaliação daqueles que haviam enfrentado decisões adversas em casos de direito de família. Algumas estavam em risco adicional por serem de grupos minoritários, tais como os Hazara.

Estamos muito conscientes de que há outros grupos no Afeganistão também sob grave risco e uma crise humanitária mais geral, mas somos uma associação de mulheres juízas e, portanto, nossa concentração tem sido naturalmente nas mulheres juízas afegãs. Nosso comitê consiste em um grupo muito pequeno de juízes voluntários e infelizmente não temos a capacidade ou o financiamento para ajudar outros grupos.



Desembargadora Susan Glazebrook
Presidente da Associação Internacional
de Mulheres Juízas (www.iawj.org)
Justice Susan Glazebrook
President of the International Association
of Women Judges (www.iawj.org)

Since August 2021 a small committee from the International Association of Women Judges (the IAWJ) has been involved in a major humanitarian effort to rescue the 270 women judges of Afghanistan. It was not a role for which our training or experience prepared us but we would not have been true to our values if we had refused to help. The plight of the women judges was also very personal for the IAWJ. We have had a longstanding relationship with the Afghan Association of Woman Judges, running a judicial exchange program from 2003 to 2011. The Afghan women judges have also been regular attendees at the IAWJ's biennial and regional conferences.

The Afghan women judges had long operated under conditions of high insecurity. Terrorist attacks were commonplace and two of the women judges were assassinated in January 2021 as part of a concerted campaign to intimidate not only women in public office but women generally. Despite the danger, the women judges were committed to their country, to their judicial role and to the rule of law. All that changed in August 2021 when the Taliban reached Kabul. The position of the women judges became untenable. The idea of women judging men is anathema to the Taliban and judges generally were also seen as hostile agents of the Western powers. What is more, the Taliban emptied the prisons of even the worst criminals and terrorists, meaning the women judges were at risk of personal retaliation from the released prisoners they had sentenced. They were also at risk of retaliation from those who had faced adverse rulings in family law cases. Some were at added risk because of being from minority groups, such as the Hazara.

O trabalho do comitê de resgate do IAWJ pode ser dividido em três fases. A primeira fase foi até a retirada das tropas estrangeiras do Afeganistão. Tínhamos, ingenuamente, assumido que a situação das mulheres juízas seria reconhecida e que os lugares nos vôos de evacuação seriam disponibilizados a elas. Estávamos enganados. Neste período, apenas cerca de vinte das mulheres juízas e suas famílias foram evacuadas e a maioria delas receberam lugares nos vôos de evacuação militar poloneses através dos esforços de uma incrível advogada polonesa que tinha visto um artigo destacando os perigos que as mulheres juízas estavam enfrentando. É uma vergonha internacional que as mulheres juízas, que tinham sido uma parte tão vital da construção da democracia no Afeganistão, tenham sido em grande parte ignoradas naquela primeira fase de evacuação.

Mesmo aqueles juízes que tiveram a sorte de serem alocados em lugares nos vôos de evacuação militar enfrentaram uma grande luta para chegar ao aeroporto. Eles, muitas vezes com crianças pequenas, tiveram que passar por um aperto de pessoas no calor escaldante, passando por postos de controle com guardas armados e finalmente perambular pelo que havia se tornado um esgoto, uma viagem que levou até 36 horas apenas para chegar ao aeroporto. Nossos membros do comitê, com nossos maravilhosos intérpretes, estavam com eles (virtualmente) a cada passo do caminho, guiando-os e encorajando-os.

Após a retirada das tropas estrangeiras, houve um hiato. Nosso comitê estava fazendo tudo o que podia para aumentar a conscientização sobre a situação de nossas juízas irmãs com a esperança de que a comunidade internacional reagisse. No entanto, a responsabilidade por novas evacuações foi deixada principalmente para organizações não governamentais, como a IAWJ. Nesta segunda fase de evacuação, foi um grande alívio para nosso comitê do IAWJ quando um bom número de nossas juízas pôde ser incluído em vôos charter em Outubro de 2021 para destinos interinos como a Grécia, a Albânia e os Emirados Árabes Unidos. Somos muito gratas aos nossos parceiros, incluindo a International Bar Association e a Jewish Humanitarian Response, por organizarem a logística e o financiamento desses vôos.

Estamos agora na terceira fase de evacuação, com cerca de 55 juízas permanecendo presas no Afeganistão.

Estas juízas foram roubadas não apenas de sua identidade como juízas, mas também como mulheres.

O Talibã, longe de ser um Talibã novo e mais moderno, proibiu qualquer tipo de educação secundária e universitária para meninas e mulheres. Eles impuseram severas restrições de viagem às mulheres, incluindo a proibição de ir aos parques, e exigem que elas se cubram completamente em público (mas de preferência para ficar em casa).

We are very conscious that there are other groups in Afghanistan also at grave risk and a humanitarian crisis more generally but we are an association of women judges and so our concentration has naturally been on the Afghan women judges. Our committee consists of a very small group of volunteer judges and unfortunately we just do not have the capacity or the funding to assist other groups.

The work of the IAWJ committee's rescue operation can be divided into three phases. The first phase was up to the withdrawal of foreign troops from Afghanistan. We had, naively as it turned out, assumed that the plight of the women judges would be recognised and that places on the evacuation flights would be made available to them. We were mistaken. In this period only some twenty of the women judges and their families were evacuated and most of these were given places on Polish military evacuation flights through the efforts of an amazing Polish lawyer who had seen an article highlighting the dangers the women judges were facing. It is a matter of international shame that the women judges, who had been such a vital part of democracy building in Afghanistan, were largely ignored in that first evacuation phase.

Even those judges who were lucky enough to be allocated places on the military evacuation flights faced a major struggle to get into the airport. They, often with young children, had to make their way through a crush of people in the searing heat, passing checkpoints with armed guards and finally waded through what had become a sewer, a journey taking up to 36 hours just to get into the airport. Our committee members, with our wonderful interpreters, were with them (virtually) every step of the way, guiding and encouraging them.

After the withdrawal of foreign troops, there was a hiatus. Our committee was doing all it could to raise awareness of the plight of our sister judges with the hope that the international community would respond. However, it was mostly left to non governmental organisations, like the IAWJ, to take on the responsibility for further evacuations. In this second evacuation phase, it was a major relief to our IAWJ committee when a good number of our judges were able to be included on charter flights in October 2021 to interim destinations like Greece, Albania and the United Arab Emirates. We are very grateful to our partners, including the International Bar Association and Jewish Humanitarian Response, for organising the logistics and the funding of these flights.

We are now in the third evacuation phase with some 55 judges remaining trapped in Afghanistan. These judges have been robbed not only of their identity as judges but also as women. The Taliban, far from being a new and more modern Taliban, have outlawed any type of secondary and university education for girls and women. They have imposed stringent travel restrictions on women, including a ban on going to parks, and require them to cover themselves completely in public (but preferably to stay home).

The danger our judges face is increasing as the Taliban are becoming more and more organised amid a deteriorating security situation. There is also a major economic

O perigo que nossas juízas enfrentam está aumentando à medida que o Talibã está se tornando cada vez mais organizado em meio a uma situação de segurança em deterioração. Há também uma grande crise econômica, incluindo a escassez de alimentos. Nossas juízas eram frequentemente o maior ganha-pão da família e elas não podem trabalhar desde Agosto de 2021. Elas estão se escondendo e lidando não apenas com seu próprio trauma, mas também com o de seus filhos.

As evacuações aéreas são coisa do passado e as únicas rotas de fuga possíveis são por terra. Isto significa que agora estamos trabalhando com uma família de cada vez. Os passaportes são vitais e isto causa problemas, pois os escritórios de passaportes no Afeganistão fecham por longos períodos e, quando abertos, ficam sobrecarregados. Estamos determinadas, porém, a continuar tentando cumprir a promessa que fizemos em Agosto de 2021 de não esquecer ninguém. Desistir agora seria impossível como uma questão de integridade e como membros do IAWJ dedicados à igualdade de gênero, aos direitos humanos e ao Estado de direito.

Mas apenas ajudar as mulheres juízas a escapar do Afeganistão não é suficiente. Muitas de nossos juízas ainda estão em países provisórios ou de trânsito aguardando vistos para os destinos finais. A obtenção de vistos para destinos finais está se tornando mais difícil, especialmente com outras crises ao redor do mundo, incluindo a Ucrânia. O processamento das solicitações é lento e as juízas precisam de apoio financeiro enquanto esperam por vistos. Há também questões de segurança em alguns países de trânsito que aumentam a tensão de ter suas vidas e as de seus filhos efetivamente em espera.

Mesmo quando as juízas chegam aos destinos finais, elas e suas famílias ainda enfrentam múltiplos desafios. Elas precisam se adaptar a um novo idioma e a uma nova cultura, bem como se reeducar. E durante todo esse tempo elas estão de luto por suas velhas vidas, seu país e desesperadamente preocupadas com os membros da família, colegas e amigos que tiveram que deixar para trás. Nossos membros do IAWJ ao redor do mundo, tanto em trânsito quanto nos destinos finais (inclusive no Brasil), estão fazendo o melhor para ajudar as mulheres juízas e suas famílias enquanto se ajustam às suas novas vidas, mas isso levará tempo.

Nossos membros do comitê temem a coragem, a dignidade e a determinação demonstradas pelas juízas afe-gãs. Elas darão uma enorme contribuição aos países que tiverem a sorte de lhes dar refúgio. Elas são as verdadeiras heroínas desta história muito triste.

crisis, including food shortages. Our judges were often the major breadwinner in the family and they have been unable to work since August 2021. They are in hiding and dealing not only with their own trauma but also that of their children.

Air evacuations are a thing of the past and the only possible escape routes are overland. This means we are now working with one family at a time. Passports are vital and this causes issues as the passport offices in Afghanistan close for long periods and, when open, are overwhelmed. We are determined, however, to continue to try to fulfil the promise we made in August 2021 to forget no one. To give up now would be impossible as a matter of integrity and as IAWJ members dedicated to gender equality, human rights and the rule of law.

But just helping the women judges to escape Afghanistan is not enough. Many of our judges are still in interim or transit countries awaiting visas to final destinations. Getting visas to final destinations is becoming more difficult, especially with other crises around the world, including Ukraine. The application processing is slow and the judges need financial support while they are waiting for visas. There are also security issues in some of the transit countries which adds to the strain of having their lives and those of their children effectively on hold.

Even when the judges reach final destinations, they and their families still face multiple challenges. They need to adjust to a new language and a new culture, as well as retraining. And all the while they are grieving for their old lives, their country and desperately worried about the family members, colleagues and friends they had to leave behind. Our IAWJ members around the world, both in transit and final destinations (including in Brazil), are doing their best to assist the women judges and their families while they adjust to their new lives but it will take time.

Our committee members are in awe at the courage, dignity and determination shown by the Afghan women judges. They will make a huge contribution to the countries lucky enough to give them refuge. They are the real heroines of this very sad story.



SEGURANÇA JURÍDICA AO CONTRATO PREVIDENCIÁRIO E SEUS INVESTIMENTOS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

Entre as certezas extraídas do tema da previdência complementar está, sem dúvida alguma, a de que se compõe de um ajuste privado, facultativo e definido pelas partes interessadas, basicamente assentado em regras estabelecidas num contrato civil, de longa duração, que possui como objeto central regras sobre a acumulação de capital para pagamento de benefício futuro, suprimindo necessidades previdenciárias reconhecidas ao longo do desenvolvimento do tema da segurança social.

Com efeito, o artigo 202 da Constituição Federal, que erigiu em norma Constitucional as premissas do sistema de previdência complementar, deixa assente que (i) o regime tem organização autônoma em relação ao regime geral (e mesmo em relação aos regimes próprios); (ii) é facultativo; (iii) baseia-se na capitalização, pois prevê a constituição de reservas que garantam o benefício contratado; (iv) por força disto, assenta-se em contrato e (v) será regulado por lei complementar.

A regulação por lei complementar resultou na edição das leis complementares nºs 108 e 109, de 2001, a segunda constituindo a norma geral de orientação das atividades da previdência complementar, sendo a primeira a fixadora de determinadas regras especiais aplicáveis, no âmbito da previdência complementar fechada, em se tratando os patrocinadores de entidades públicas, *latu sensu*.

Subsequente e continuamente o sistema de previdência complementar vem sendo fortalecido, seja com a criação, pela Lei Federal 12.154/2009, de uma autarquia especial para supervisionar, orientar e fiscalizar o sistema, assegurando a perenidade de entendimento e condutas sobre o tema, mantendo a coerência das ações, sobretudo pela missão cabente ao Estado, conferida pelo artigo 3º da lei complementar nº 109/01:

"Art. 3o A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios."



Roberto Eiras Messina
Advogado

A ação do Estado, vê-se, volta-se à conferência de segurança ao sistema, estabelecendo padrões mínimos de estruturação de planos e de entidades, assim também em relação à condutas destas em relação à preservação dos interesses de seus participantes e assistidos.

No respeitante, por exemplo, à estruturação dos planos de benefícios previdenciários, vê-se claramente a ação do Estado submetida ao comando do artigo 7º da Lei Complementar nº 109/01:

"Art. 7o Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar."

Esta ação normatizadora dos planos de benefícios, considerando que são contratos, conjuga-se com as iniciativas da sociedade civil no seio da qual irão se desenvolver as relações jurídicas que redundarão naquele ajuste em que se plasmará a relação de previdência complementar.

Pois bem, dada a natureza contratual, privada, desse ajuste, é importante refletir sobre esse processo de regulação de modo que ele, propiciando a segurança necessária, não constitua um empecilho limitador da liberdade contratual, notadamente a reasentada a partir impressionante abertura propiciada pela Lei da Liberdade Econômica (13.874, de 20/09/2019), que trouxe algumas alterações cirúrgicas no Código Civil Brasileiro, dentre elas de fundamental destaque, para o tema da previdência complementar, os artigos 421 e 421-A, assim redigidos:

"Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada."

Ora, considerando não haver dúvida de que o contrato previdenciário é concebido e operado no âmbito privado, no âmbito das relações voluntariamente estabelecidas entre as partes interessadas (patrocinadores e instituidores, de um lado, e participantes e assistidos de outro),

tanto que o próprio artigo 202 da Constituição Federal prevê sua autonomia em relação ao regime geral e sua

facultatividade, é de ser percebido haver um limite à competência regulamentar exclusiva do Estado, cabendo reconhecer a parte que cabe aos particulares ajustar. E isto em prol da evolução do sistema, com seu inegável mérito de propiciar meios para assegurar a dignidade humana sobretudo nos momentos em que a vida se torna mais frágil.

E esta percepção deve se dar no âmbito das competências normativas setoriais executadas pelo Conselho Nacional da Previdência Complementar, através de resoluções, e à Superintendência Nacional da Previdência Complementar, a PREVIC, através de suas instruções.

É verdade que vige entre nós a máxima de que as normas setoriais, até por força do preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso II, possuem caráter de complementação da lei, para sua fiel execução, não lhes cabendo inovar no mundo jurídico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu Direito Administrativo, 33ª edição, atualizada até a EC 104/2019 (p. 119), tratando dos poderes da administração, reporta quanto ao normativo a lição de Miguel Reale, segundo o qual "podem-se dividir os atos normativos em originários e derivados.

'Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituídas de direito novo"; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos derivados têm por objetivo a "explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da práxis; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento."

Acrescenta que referido autor afirma que "os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade."

Dentre os atos regulamentares, a doutrinadora esclarece que há sistemas jurídicos que admitem a repartição entre regulamento executivo e regulamento independente ou autônomo, distinguindo-se ambos porque o segundo tem a condição de inovar onde a lei não estabeleceu regras.

Por fim, acrescenta que este não é o caso do sistema jurídico brasileiro, em que "excluída a hipótese do artigo 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (p. 121).

Ocorre que os planos de benefícios, como dito antes, são instituídos como contratos, ajustes privados, que apenas demandam determinadas características a serem observadas dentro da grande moldura que a Constituição Federal lhes dá, a respeito da estrutura capitalizada, eis que baseados na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Há, é certo, a limitação de contribuições por parte dos Patrocinadores Públicos, que nos termos do §3º do já citado artigo 202 da Constituição Federal, não pode ser superior à contribuição dos participantes e assistidos.

Todavia, estas são balizas estabelecidas pelo legislador constituinte que não suprimem a liberdade de estruturação, a ser enxergada tanto pelo particular envolvido como pelos órgãos de regulação e de supervisão, orientação e fiscalização do setor.

Com efeito, do até agora visto, seja sob o ângulo dos contratos seja sob o ângulo da competência do Estado, o que se extrai das normas originárias é que as funções previstas no artigo 3º e a estruturação prevista no artigo 7º, ambos da lei complementar nº 109/01, correspondem a intervenções mínimas para garantir a segurança do sistema.

Nesse contexto também deve ser concebida a atuação delegada ao Conselho Monetário Nacional pelo artigo 9º da Lei Complementar nº 109/01, verbis:

"Art. 9o As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1o A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2o É vedado o estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação."

Essas diretrizes, como sabemos, são exteriorizadas através de Resoluções, como a vigente CMN 4.994, de 24 de março de 2022, que reforça a importância da segurança em seu artigo 4º, verbis:

Art. 4º aplicação dos recursos dos planos, a EFPC deve:

I - observar os princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, adequação à natureza de suas obrigações e transparência;

II - exercer suas atividades com boa fé, lealdade e diligência;

III - zelar por elevados padrões éticos;

IV - adotar práticas que garantam o cumprimento do seu dever fiduciário em relação aos participantes dos planos de benefícios, considerando, inclusive, a política de investimentos estabelecida, observadas as modalidades, segmentos, limites e demais critérios e requisitos estabelecidos nesta Resolução; e

V - executar com diligência a seleção, o acompanhamento e a avaliação de prestadores de serviços relacionados à gestão de ativos.

§ 1º São considerados responsáveis pelo cumprimento do disposto nesta Resolução, por ação ou omissão, na medida de suas atribuições, as pessoas que participam do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da EFPC.

§ 2º Incluem-se no rol de pessoas previstas no § 1º, na medida de suas atribuições, os membros de conselhos estatutários da EFPC, os procuradores com poderes de gestão, os membros do comitê de investimentos, os consultores e outros profissionais que participem do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

Em linha com a premissa de segurança que deve revestir as ações dos Fundos de Pensão, pois, expressamente tratou o artigo 1.368-D, I, do Código Civil Brasileiro, inserido por conta da Lei da Liberdade Econômica, que assim dispõe:

"Art. 1.368-D. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto na regulamentação a que se refere o § 2º do art. 1.368-C desta Lei, estabelecer:

I - a limitação da responsabilidade de cada investidor ao valor de suas cotas;

II - a limitação da responsabilidade, bem como parâmetros de sua aferição, dos prestadores de serviços do fundo de investimento, perante o condomínio e entre si, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade; e

III - classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com possibilidade de constituir patrimônio segregado para cada classe.

§ 1º A adoção da responsabilidade limitada por fundo de investimento constituído sem a limitação de responsabilidade somente abran-

gerá fatos ocorridos após a respectiva mudança em seu regulamento.

§ 2º A avaliação de responsabilidade dos prestadores de serviço deverá levar sempre em consideração os riscos inerentes às aplicações nos mercados de atuação do fundo de investimento e a natureza de obrigação de meio de seus serviços.

§ 3º O patrimônio segregado referido no inciso III do caput deste artigo só responderá por obrigações vinculadas à classe respectiva, nos termos do regulamento."

Ora, nada mais salutar e bem-vindo ao sistema fechado de previdência complementar do que o estabelecimento de uma regra de limitação de perda para investimentos realizados através de terceiros que possuem, no mínimo, obrigação de os executarem com a expertise que deles se espera, justamente por conta da especialização de que se revestem suas prestações de serviços e que devem redundar na segurança do investidor.

Evidentemente que não queremos com isto imputar - e tampouco cobrar - infalibilidade aos gestores dos Fundos de Investimentos. Não é disso que se trata, pois sabemos que investimento sem risco não existe.

Todavia, esta sinalização do legislador - reforçando a preocupação do investidor com a integridade (possível) dos recursos investidos - implica no igual reforço à exigência de qualificação dos projetos e dos desenvolvedores dos projetos apresentados aos investidores, do ponto de vista de serem evidenciadas as análises as mais completas possíveis visando a transparência e a demonstração de pontos efetivamente plausíveis de avaliação dos riscos envolvidos, com sua ampla disponibilização aos investidores.

É justo que o investidor tenha um cenário, um horizonte, claro a respeito das dificuldades do investimento a serem enfrentadas, com informações completas e tempestivas, para avaliação das probabilidades de êxito e consequentemente para a tomada de decisão de informada, refletida e desinteressada (pilares do business judgement rule), que posteriormente será parâmetro da avaliação da sua adequada conduta fiduciária dos dirigentes dos Fundos de Pensão, como visto no artigo 4º da Resolução CMN nº 4.994/2022, quando os investidores realizam a versão de recursos de terceiros, os quais representam.

Nessa quadra, mais justo ainda que o investidor Fundo de Pensão tenha a tranquilidade de avaliar o seu risco integral de perda, podendo estabelecer com precisão a repercussão máxima que a ocorrência de uma situação adversa poderá ter em relação às obrigações que afetam o compromisso total do patrimônio sob administração. Por esta razão, constou da exposição de motivos da MP 881, de 30 de abril de 2019, convertida na Lei nº 13.874, de 20/09/2019 (Lei da Liberdade Econômica), o seguinte:

"18. Atenta às necessidades de facilitar a canalização de recursos poupados para a economia real, a proposta assegura a legalidade de responsabilidade limitada para fundos de investimento, o que deverá aumentar a segurança da modalidade por meio dessas estruturas. Contribui-se, assim, para um ambiente mais competitivo e atrativo que beneficiará inclusive os grandes programas de desestatizações, outro assunto emergencial que justifica a existência desta Medida. Espera-se que, ao equacionarmos nosso ambiente com o resto do mundo desenvolvido, abrindo a possibilidade desse tipo de fundo, conforme futura regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários, consigamos um aumento de investimentos em geral. Importante consequência desse aumento é a tendência de uma valorização maior dos ativos a serem desestatizados, o que ocasionará, ao fim e ao cabo, que mais recursos estejam disponíveis à Administração para a realização de políticas públicas de saúde e educação, por exemplo."

É verdade que o artigo 1.368-C, §2º, do CCB, atribui à Comissão de Valores Mobiliários a regulamentação da matéria pertinente aos Fundos de Investimentos. Entretanto, o comando emergente da norma legal - limitação de responsabilidade dos investidores -, considerando ainda que os regulamentos dos Fundos de Investimentos devam retratar as condições ajustadas com os investidores (contratos civis que também são), não pode desprezar sua razão de existir:

a necessária segurança jurídica dos investidores eis que os mesmos viabilizam projetos de interesse da sociedade e do próprio Estado,

neste caso nominadamente "grandes programas de desestatização".

Em suma, o que se defende é que dentro do tema da previdência complementar - que possui natureza contratual -, as relações jurídicas que os Fundos de Pensão necessitam manter para cumprir seu desiderato fiduciário de bem gerir recursos de seus participantes e assistidos, sejam observadas sob os auspícios dos artigos 421 e 421-A, do Código Civil Brasileiro, na redação que lhes emprestou a denominada Lei da Liberdade Econômica, e com maior razão ainda que esteja assumida como premissa devida a limitação de responsabilidade dos investimentos realizados por estas entidades aos recursos efetivamente comprometidos para com o investimento proposto pelos gestores de Fundos de Investimentos, livre de qualquer obrigação de complementação por conta de fatos supervenientes, tal como assegurado pelo artigo 1.368-D, inciso I, do Código Civil Brasileiro, também na redação que lhe deu a Lei 13.874/2019.

Com observância destes aspectos, certamente os Poderes Públicos, sobretudo o Judiciário, terão elementos para propiciar o fortalecimento e a efetividade das iniciativas de desenvolvimento econômico-social pátrio, de modo equilibrado, justo, ambientalmente responsável, e com a segurança jurídica necessária ao cumprimento das obrigações contratuais previstas nos planos de previdência complementar, assegurando a dignidade de seus participantes e assistidos.

O AMBIENTE DE NEGÓCIOS NO NOVO CENÁRIO MUNDIAL

Se você ainda não conhece a parábola do velho fazendeiro, talvez esse seja o momento oportuno para refletir. Um dia, um dos cavalos do fazendeiro fugiu do estábulo. Os vizinhos foram até o fazendeiro e comentaram: “Que coisa péssima”. O fazendeiro prontamente respondeu: “Talvez”. No dia seguinte, o cavalo que fugiu retornou e com ele vieram mais sete cavalos selvagens. Os vizinhos novamente apareceram, dessa vez para comentar a grande sorte daquele acontecimento. Para surpresa de todos, o fazendeiro apresentou a singela resposta: “Talvez”.

Nos dias que se sucederam, o filho do fazendeiro tentou domar um dos cavalos selvagens, acabou caindo e quebrando uma das pernas. Os vizinhos, “que deviam ser brasileiros”, novamente estavam ali para lamentar o ocorrido, dessa vez voltando-se ao fazendeiro para comentar o quão ruim era aquilo. O inabalável fazendeiro imediatamente retrucou: “Talvez”.

Menos de uma semana depois, os oficiais do exército que estavam recrutando soldados para a guerra apareceram, mas não levaram o filho do fazendeiro por conta da lesão na perna. Os mesmos vizinhos que acompanhavam a vida do fazendeiro, dessa vez também não hesitaram em comemorar aquela ótima notícia. O fazendeiro então novamente refletiu: “Talvez”.

Classificar acontecimentos como bons ou ruins depende da análise dos desdobramentos de cada situação. Por mais angustiante que possa parecer, o fato é que não é possível controlar o futuro e tampouco o resultado das ações tomadas no presente. Não parece fazer sentido, sob esse prisma, comparar a “história real” com uma outra “história ideal”, pois essa última simplesmente não existe. Por vezes acontecimentos negativos abrem caminhos para o crescimento e para oportunidades inimagináveis. E outras vezes, acontecimentos aparentemente positivos podem revelar-se verdadeiros infortúnios.



Doutor Márcio Fernandes
Márcio Eduardo Tenório Advogados

E o que se esperar do caminho para o desenvolvimento no cenário econômico atual? Para iniciar a reflexão sobre essa resposta, se mostra necessário entender a exata dimensão dos acontecimentos que o mundo contemporâneo vem experimentando.

Para se ter uma ordem de grandeza, a crise gerada pela Pandemia da Covid-19 foi a maior dos últimos 120 anos em números de economias mundiais afetadas, atingindo 172 (90%) dos 192 países do globo, superando, com isso, as duas Guerras Mundiais e a Grande Depressão de 29, que em seu auge (1931) afetou 83% dos países.

Como consequência imediata dos drásticos efeitos da Pandemia, os gastos públicos de todas as nações afetadas aumentaram substancialmente. No Brasil não foi diferente, foram cerca de 15% do PIB destinados para conter os efeitos da Covid-19, somente no primeiro ano da Pandemia, percentual acima da média gasta pelos países de Economia de Mercados Emergentes e Em Desenvolvimento (10%), enquanto em Países de Economia Avançada, como Itália e EUA, os gastos foram de 46% e 28%, respectivamente, do PIB.

Diante do cenário de crise, a mobilização de recursos por meio do uso ativo de políticas fiscais se mostrou necessária para mitigar os efeitos sanitários e socioeconômicos da Pandemia.

Nesse caso, as políticas fiscais, em regra, tiveram como objetivos: (i) o combate e a prevenção à infecção pelo vírus (ex.: gastos em testes e vacinas); (ii) a provisão de recursos às empresas e famílias com problemas de liquidez (ex.: auxílios emergenciais); e (iii) o fomento à demanda agregada, visando viabilizar a recuperação econômica, ainda que isso resultasse em maior endividamento público.

Com efeito, é possível afirmar que a Pandemia acabou por provocar fortes impactos não só na oferta como também na própria demanda. Se por um lado as atividades empresariais precisaram, em muitos casos, ser paralisadas, com a desarticulação de grandes cadeias produtivas, gerando impacto para os setores de comércio e de serviços, por outro lado, sob o cenário de incertezas, os investimentos privados e o consumo também acabaram reduzidos. A escassez de recursos financeiros deu o contorno exato ao caos que se anunciava, gerando insegurança para a atividade econômica e reflexos para o ambiente de negócios como um todo.

Nesse contexto de crise global, também foi possível observar que as consequências diretas dos efeitos da Pandemia associadas às políticas de austeridade econômica, visando conter a escalada desenfreada dos preços, sem dúvidas, asseguraram, como resultado, a alta da inflação, o aumento dos juros e o inevitável arrefecimento econômico.

De volta aos números, ainda de acordo com as estimativas do Banco Mundial, o crescimento global deve sofrer desaceleração acentuada de 5,5% em 2021 para 4,1% em 2022 e 3,2% em 2023. Estima-se que até 2023, todas as Economias Avançadas terão alcançado a total recuperação dos resultados, enquanto as economias emergentes e em desenvolvimento permanecerão 4% abaixo das tendências anteriores à Pandemia.

Com os olhares voltados para a inigualável crise provocada pela Pandemia, o mercado parece que não esperava pelo que estava por vir. Segundo o ditado popular, “não existe nada tão ruim, que não possa ficar pior”. Talvez.

E foi justamente nesse cenário marcado por devastação e incertezas é que surgiu abruptamente aquilo que parece significar o início do rompimento do equilíbrio de poder mundial, retratado no movimento de invasão pela Rússia ao território ucraniano. Inegável, por sua vez, o fato de que a forma da declaração de insatisfações apresentada pela Rússia demonstrou potencial ofensivo que vai além de um conflito bélico.

Estará a história se desdobrando no sentido de uma revisão do modelo pós Segunda Guerra para a formação de uma nova ordem econômica mundial? Talvez.

Sanções econômicas impostas à Rússia, oriundas de países contrários ao conflito armado na Ucrânia, foram imediatas, somadas à substancial debandada de multinacionais do País governado por Vladimir Putin. Foram “deixadas para trás” cadeias produtivas inteiras, advindo daí novas consequências para o abastecimento global.

Mesmo em tempos de Pandemia e Guerra, ainda assim seria possível enxergar um lado positivo nessa história? Talvez. É o que se pode pensar do novo posicionamento mundial do mercado, a tendência de preocupação das empresas em cumprir com seu papel social, humanitário e de integridade, não se mantendo associadas a conflitos bélicos, mostra-se como algo notável e digno de apreço.

Assim, além dos inestimáveis gastos com a Pandemia e com seus efeitos deletérios no pós-pandemia, os desafios econômicos para o ambiente de negócios tornaram-se ainda mais expressivos com a Guerra na Ucrânia. A crise global que alcançou a cadeia de suprimentos passou a fazer parte da nova realidade a ser enfrentada. Seria um novo começo? Talvez.

Como consequência, a instabilidade econômica mundial trouxe notáveis mudanças nos hábitos e padrões de consumo estabelecidos anteriormente. Juntamente com a redução do consumo de bens definidos como “não essenciais” e a inversão de hábitos dos consumidores, veio o chamado efeito chicote, proporcionando grandes distorções na previsão de demandas e nos estoques ao longo da cadeia de abastecimento. Os resultados foram grandes perdas de produtos, desabastecimento por interrupções na produção e demandas não atendidas.

Por outro lado, foi também possível observar, por exemplo, que os negócios pautados em plataformas digitais ganharam espaço e demonstraram tendência de crescimento no cenário de pós-crise. A migração de consumo em restaurantes para deliverys, entretenimento online e otimização do tempo com o trabalho remoto igualmente se apresentaram como novas tendências.

Mas fato inevitável é que além dos efeitos deletérios da Pandemia, a economia mundial experimenta também consequências diretas da Guerra na Ucrânia nas cadeias de abastecimento global, associando-se aspectos oriundos das duas crises (Pandemia e Guerra na Ucrânia) e obrigando, ainda mais, que o mundo se adapte a uma nova realidade, muito longe da realidade ideal, que sequer um dia existirá.

Se uma nova ordem econômica mundial parece estar se formando, em meio ao conflito bélico e político, como assegurar o abastecimento global adequado? Serão necessárias estratégias para diversificação da matriz de fornecedores. A estruturação de processos colaborativos envolvendo novos parceiros em todas as funções dos negócios. Soluções tecnológicas mais eficazes do que as tradicionais para entregar respostas dinâmicas ao mercado. Esses são exemplos claros de alternativas que devem seguir na pauta do mercado econômico mundial por muito tempo.

Em meio a esses eventos, no dia 20 de maio de 2022, o empresário da tecnologia e bilionário sul-africano-canadense, naturalizado norte-americano, Elon Musk, esteve no Brasil. Diante de toda a reflexão feita até esse ponto, a pergunta que se faz é: O verdadeiro interesse de Musk pelo Brasil seria o de apenas discutir e implementar soluções tecnológicas voltadas para a internet? Talvez?

Diante de uma enorme crise de abastecimento global, de um cenário de conflito que gerou grave desequilíbrio na ordem econômica mundial, será que Musk visitaria o Brasil sem saber que o País possui a sétima maior reserva de lítio do mundo? Segundo dados do Serviço Geológico do Brasil, estima-se que, com o uso da tecnologia adequada, poderiam ser exploradas, de forma imediata, 95 mil toneladas deste metal altamente estratégico, utilizado na fabricação de baterias e já considerado como o novo petróleo. O total de recursos de lítio no Brasil está estimado em 470 mil toneladas, cerca de 8% das reservas mundiais.

E por outro lado, considerando que Argentina, Bolívia e Chile, juntos, possuem aproximadamente 70% das reservas globais de lítio, seriam mera coincidência os dados sobre o comércio e investimento da China na sub-região, bem como os notáveis avanços diplomáticos em matéria de cooperação bilateral no decorrer do século XXI entre esses países? A corrida política para formação de alianças com novos fornecedores de suprimentos já começou.

É possível afirmar, ainda, que essa corrida mundial para adaptação das economias à nova realidade não seguirá desacompanhada de significativas mudanças legislativas. Se para assegurar a efetiva exploração do potencial mineral do Brasil será necessária, possivelmente, por exemplo, mudanças na legislação, acredita-se que não será menos necessário a revisão de conceitos legais ligados à regulação do mercado de consumo e de trabalho. O cenário de grandes mudanças globais parece demandar uma revisão profunda de diversos conceitos e conhecimentos anteriormente estabelecidos pela sociedade moderna, sejam eles relativos à hábitos de consumo, práticas de mercado ou ao alcance da legislação.

Ao que tudo indica, só o tempo será capaz de trazer as respostas necessárias à classificação correta de todos os desdobramentos desses acontecimentos, seja boa ou ruim. As medidas a serem adotadas por cada um dos países e suas grandes corporações terão papel fundamental no desfecho dessa história real que está sendo reescrita para o mundo dos negócios.



UM NOVO CAPÍTULO EM DIREITO DA ARTE: O TRIBUNAL DE ARBITRAGEM PARA A ARTE (CAFA)

A NEW CHAPTER IN
ART LAW: THE COURT
OF ARBITRATION FOR
ART (CAFA)

Nos últimos anos, tem havido uma tendência crescente de especialização em direito e também de multiplicação das instituições de arbitragem. Para este fim, vemos o estabelecimento de fóruns especializados como o Tribunal de Arbitragem para o Esporte (CAS) e a Arbitragem Empresarial e de Direitos Humanos (BHR).

O Tribunal de Arbitragem para a Arte, popularmente conhecido como CAFA na Holanda, é uma forma única de instituição de arbitragem.

O marco notável para o mercado internacional de arte em relação à recente iniciativa e colaboração conjunta do Instituto de Arbitragem da Holanda e Autenticação em Arte levou à fundação da CAFA em 2018. O CAFA é o primeiro tribunal dedicado exclusivamente à resolução de disputas de arte através de Métodos Alternativos de Resolução de Disputas ("ADR"), ou seja, arbitragem e mediação. As disputas relacionadas à arte, incluindo prova de credibilidade do trabalho artístico, casos de garantia, uso justo e violação de direitos autorais, direito de sequência, cadeias de propriedade, empréstimos e contratos de seguro podem ser resolvidas pelos experientes pools de árbitros e mediadores do CAFA. O presente artigo enfocará as principais funções da Regra de Arbitragem e Mediação do CAFA.

ANTECEDENTES DO CAFA

Ao analisar as abordagens dos tribunais em casos relacionados ao direito artístico, podemos demonstrar as deficiências dos tribunais no tratamento de tais casos. O melhor exemplo é o caso Plough, que pode ser considerado como o



Amin Motamedi
Árbitro na ACIC, PhD Candidato em
Direito Internacional na ATU Tehran, Iran
*Amin Motamedi, Arbitrator at ACIC, PhD
Candidate in International Law at ATU
Tehran, Iran*

INTRODUCTION

In recent years, there has been a growing trend toward specialization in law and also multiplication of arbitration institutions. For this purpose, we see the establishment of specialized forums like the Court of Arbitration for Sport (CAS) and the Business and Human Rights arbitration (BHR). The Court of Arbitration for Art, popularly known as CAFA in the Netherlands, is a unique form of arbitration institution. The notable milestone for the international art market regarding the recent joint initiative and collaboration of the Netherlands Arbitration Institute and Authentication in Art led to the foundation of the CAFA in 2018. The CAFA is the first tribunal devoted exclusively to resolving art disputes through Alternative Dispute Resolution Methods ("ADR") namely arbitration and mediation. Art-related disputes including proof of artwork credibility, warranty cases, fair use and copyright infringement, droit de suite, ownership chains, loans, and insurance contracts can be resolved by the experienced pools of arbitrators and mediators in the CAFA. The present article will focus on the main functions of the CAFA Arbitration and Mediation Rule.

caso mais antigo em direito artístico (1918-2018). Este caso que trata de falsificação e venda de múltiplas pinturas pode demonstrar a falta de especialização e competência dos juízes na identificação de obras de arte autênticas e de provas periciais.

Além disso, os procedimentos litigiosos são geralmente públicos. Outro ponto negativo aqui é a falta de confidencialidade e experiência em litígio tradicional que afetaria negativamente o valor do trabalho artístico. Os juízes não têm experiência e especialização suficientes em questões culturais e de arte.

Ao rever a famosa jurisprudência na resolução de disputas artísticas, podemos ver que o caso *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman* pode demonstrar que os tribunais não são a melhor escolha para a resolução de disputas. O referido caso mostra a inconsistência entre o mercado de arte e os fóruns tradicionais, demonstrando a influência dos especialistas, independentemente da decisão do tribunal. Embora o tribunal neste caso tenha decidido que a obra era autêntica, ela permaneceu não vendida após a afirmação do perito a respeito de sua falsificação. O CAfA, ao encaminhar os casos aos profissionais que conhecem o ambiente do mercado de arte, faz isso para aumentar a aceitabilidade do mercado dos resultados das decisões e, portanto, abordar as limitações acima mencionadas dos tribunais.

Para entender melhor quais são as deficiências do litígio em disputas de arte, podemos analisar o caso da *Arte Saqueada*. As partes no caso da *Looted Art* apresentaram uma disputa sobre a devolução da pintura de "Mulher de Ouro" à arbitragem após o fracasso da experiência de julgamento de 2005.

Este caso mostra a complexidade do direito da arte como um nicho do direito.

À luz das deficiências do julgamento de disputas relacionadas à lei da arte em fóruns tradicionais, podemos analisar melhor a viabilidade dos ADR e, em particular, da arbitragem para resolver essas disputas de forma mais eficaz. Para tanto, devemos levar em conta as vantagens da arbitragem, incluindo flexibilidade, confidencialidade, rapidez e especialização.

REGRAS DE ARBITRAGEM DO CAfA

As Regras de Arbitragem do CAfA são o resultado da colaboração da AiA e do NAI em seus grupos de trabalho. Estas Regras entraram em vigor em Janeiro de 2019. O CAfA pretende fornecer precisão decisória e legitimidade processual, colocando em prática um pool de árbitros. O Pool é uma lista fechada composta de advogados internacionais com experiência comprovada em litígio ou aconselhamento de clientes em disputas de arte e/ou arbitragem internacional. Espera-se que os árbitros do CAfA apliquem a lei apropriada.

BACKGROUND TO CAfA

By analyzing the approaches of courts in art law related cases, we can demonstrate the shortcomings of the courts in handling such cases. The best example is the *Plough* case which can be considered as the longest-running case in art law (1918-2018). This case which deals with forgery and sale of multiple paintings can show the lack of expertise and competence of judges in identification of authentic art works and expert evidence.

In addition, litigation procedures are usually public. Another negative point here is the lack of confidentiality and expertise in traditional litigation which would affect the value of artwork negatively. Judges do not have enough experience and expertise in cultural issues and art.

When reviewing the famous case law in art dispute resolution, we can see that the *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman* case can demonstrate that courts are not the best choice for dispute resolution. The said case shows the inconsistency between the art market and traditional forums by demonstrating the influence of the experts regardless of the court's decision. Although the court in this case ruled that the work was authentic, it remained unsold following the expert's assertion regarding its forgery. The CAfA, by referring the cases to practitioners knowing the environment of the art market, is to increase the market acceptability of the outcomes of decisions and therefore, address the above said limitations of the courts.

To best understand what the shortcomings of litigation are in art law disputes, we can analyze the *Looted Art* case. The parties to the *Looted Art* case filed a dispute over returning the painting of "Woman in Gold" to arbitration after the failure of the 2005 trial experience. This case shows the complexity of art law as a niche field of law.

In light of the shortcomings of adjudicating art law related disputes in traditional forums, we can better analyze the viability of ADR and in particular arbitration to resolve these disputes more effectively. To this effect, we should take into account the advantages of arbitration including flexibility, confidentiality, speed and expertise.

CAfA ARBITRATION RULES

CAfA's Arbitration Rules are the result of the collaborations of the AiA and NAI in their working groups. These Rules came into force in January 2019. CAfA intends to provide decisional accuracy and procedural legitimacy by putting in place an Arbitrator Pool. The Pool is a close list composed of international lawyers with demonstrated experience in litigating or counseling clients in art law disputes and/or international arbitration. It is expected that the arbitrators in the CAfA apply the appropriate law to the facts of an art dispute and issue a high-quality award in a manner that the art market eventually accepts this. For instance, in authentication disputes, it should be determined whether a work is a fake or a forgery and this leads to filtering the frauds from the real deal. However, in case of compelling reasons with the

da aos fatos de uma disputa de arte e emitam uma sentença de alta qualidade de forma que o mercado de arte eventualmente aceite isto. Por exemplo, em disputas de autenticação, deve ser determinado se uma obra é falsa ou falsificada e isto leva a filtrar as fraudes do negócio real. Entretanto, em caso de razões imperiosas com o consentimento do administrador, o árbitro pode ser nomeado de fora do pool. Isto é mencionado no artigo 11 das Regras de Arbitragem. Pode-se argumentar que a linguagem do artigo 11 não é suficientemente clara, pois não há uma definição precisa de "razões imperiosas". Além disso, há algumas ambigüidades quanto às circunstâncias nas quais as exceções são aplicadas.

Outra característica importante das Regras de Arbitragem do CAfA está relacionada ao seu pool de especialistas. Isto se deve à natureza complexa das disputas artísticas. O CAfA exige o exame de qualquer questão forense ou relacionada à proveniência, através de seu pool de renomados especialistas. Isso significa que as provas de especialistas nomeados pelas partes serão admissíveis em todas as outras questões sob o artigo 28. A essa luz, essa característica evita a batalha dos especialistas e torna o processo de obtenção de provas menos conflitante.

A eficiência e a precisão na decisão também são necessárias, pois o CAfA permite a inspeção física da arte contestada, a pedido de qualquer uma das partes na disputa ou pelo tribunal, por sua própria iniciativa. Vale ressaltar a questão da possibilidade de "inspeção no local" de acordo com as Regras. Conforme o artigo 30, o Tribunal tem o poder de inspecionar in loco o objeto de arte em disputa. Resta saber como o CAfA aplicará o artigo 53, pois não há clareza prática a este respeito.

Uma vez que a confidencialidade e o sigilo são extremamente importantes na comunidade artística, o CAfA responde a esta necessidade nos termos dos artigos 6, 13 e 51, a fim de evitar publicidade potencialmente desfavorável. Por exemplo, as disputas entre os leiloeiros e compradores em relação às casas de leilões são referidas à arbitragem hoje em dia, pois eles não querem que as pessoas de fora saibam sobre as disputas.

Como regra padrão, o NAI pode publicar a sentença de forma anônima (sem indicar os nomes das partes e outras informações que possam revelar a identidade das partes) na revista *Tijdschrift voor Arbitrage arbitration*, desde que as partes não se oponham à publicação da sentença junto ao administrador no prazo de dois meses a partir da data da sentença. Outro aspecto notável das regras de arbitragem do CAfA é que enquanto os procedimentos são regidos pela lei aplicável, a decisão também deve ser baseada na prática da indústria no domínio da arte empresarial. O entendimento do CAfA sobre o negócio da arte é muito aparente pelo fato de permitir até mesmo reclamações prescritas, desde que o atraso seja justificado. O CAfA não prevê nenhum órgão de recurso e só pode permitir a revisão do "erro manifesto" na decisão, de acordo com o artigo 47. Além disso, de acordo com o artigo 10.6, em caso de contestação ao Tribunal Arbitral por falta de jurisdição, ainda assim, o NAI pode administrar tal caso.

consent of the administrator, the arbitrator can be appointed from outside the pool. This is mentioned in article 11 of the Arbitration Rules. One may argue that the language of article 11 is not sufficiently clear since there is no precise definition of "compelling reasons". Additionally, there are some ambiguities as to the circumstances in which the exceptions are applied.

Another important feature of the CAfA's Arbitration Rules is related to its pool of experts. This is due to the complex nature of art disputes. The CAfA mandates examination of any forensic or provenance related issue, through its pool of renowned experts. It means that evidence from party-appointed experts will be admissible on all other issues under article 28. In that light, this feature avoids the battle of experts and makes the process of evidence-gathering less adversarial.

Much-needed efficiency and accuracy in decision is also achieved as CAfA allows for physical inspection of the disputed artwork, upon request of any of the parties to the dispute or by the tribunal, on its own motion. It is worth noting the issue of the possibility of "On-site inspection" under the Rules. As per Article 30, the Tribunal has the power for on-site inspection of the object of Art in dispute. It remains to be seen how the CAfA will apply article 53 as there is no practical clarity in this regard.

Since confidentiality and secrecy are critically important in the art community, CAfA responds to this need under articles 6, 13 and 51 in order to avoid potentially unfavorable publicity. For instance, disputes between the auctioneers and buyers regarding auction houses are referred to arbitration these days as they do not want the outsiders to know about the disputes.

As a default rule, NAI can publish awards in an anonymous form (without stating the names of the parties and other information that might reveal the parties' identities) in the *Tijdschrift voor Arbitrage arbitration* journal, provided that the parties do not object to the publication of the award with the administrator within two months of the date of the award. Another noteworthy aspect of the CAfA's arbitration rules is that while the proceedings are governed by the applicable governing law, the decision must also be based on the industry practice in the art business domain. CAfA's understanding of the art business is much apparent from the fact that it allows for even time-barred claims, provided the delay is justified. CAfA does not provide for any appellate body and can only allow the review of 'manifest error' in decision in accordance with article 47. What is more, in accordance with Article 10.6, in case of a challenge to the Arbitral Tribunal on the ground of lack of jurisdiction, still, NAI can administer such a case.

CAfA MEDIATION RULES

In mediation as a less formal method of dispute resolution, parties try to reach an agreement with the assistance of a third neutral party serving as their mediator. As discussed earlier, the CAfA provides mediation services. In fact,

REGRAS DE MEDIAÇÃO DO CAFA

Na mediação como um método menos formal de resolução de disputas, as partes tentam chegar a um acordo com a assistência de uma terceira parte neutra servindo como seu mediador. Como discutido anteriormente, o CAFA fornece serviços de mediação. De fato, semelhante à mesma abordagem aplicada nas regras de arbitragem do CAFA, uma das características que definem o mecanismo de mediação do CAFA são seus times (pools) específicos de mediadores. O mediador será nomeado a partir do pool de mediadores no sentido do artigo 4 das regras de mediação do CAFA. Somente em casos de motivos convincentes através de consulta com o administrador do centro, os mediadores poderão ser escolhidos de fora do pool. Além disso, a confidencialidade como característica fundamental do processo de mediação é protegida nas regras de mediação do CAFA. Outra característica marcante das Regras é a referência do caso à arbitragem. Em virtude do artigo 15.3, "quando uma disputa não tiver sido resolvida por mediação, a disputa será submetida à arbitragem de acordo com as Regras de Arbitragem do CAFA". As outras regras institucionalizadas de mediação ainda não adotaram tal abordagem. Devido à limitação da palavra, favor ler nosso artigo publicado anteriormente intitulado "Mediação em Direito Artístico": Uma nova era com o CAFA?" que trata das regras de Mediação da CAFA aqui.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Como discutido acima, o CAFA oferece valor agregado, alguns em resolução eficiente de complexas disputas artísticas. É recomendado, embora o tempo revele a eficácia das Regras do CAFA, estas regras representam uma modernização do cenário de arbitragem especializada e mediação. Em particular, a existência de um pool de especialistas, árbitros e mediadores é a característica que define o CAFA e, na prática, ela depende do processo de integração de especialistas de confiança. Resta ver na prática como o CAFA irá mudar o mercado de arte.

akin to the same approach applied in the CAFA's arbitration rules, one of the defining features of the CAFA's mediation mechanism is its specific pools of mediators. The mediator shall be appointed from the Mediator Pool in sense of article 4 of the CAFA's mediation rules. Only in cases of compelling reasons through consultation with the administrator of the center, mediators could be drawn from outside the pool. What is more, confidentiality as a fundamental characteristic of the mediation process, is protected in CAFA's Mediation rules. Another salient feature of the Rules is about the reference of the case to arbitration. By virtue of article 15.3, "when a dispute has not been resolved by mediation, the dispute shall be referred to arbitration pursuant to the CAFA Arbitration Rules". The other institutionalized mediation rules have not yet taken such an approach. Due to the word limitation, please read our previously published article titled "Mediation in Art Law: A New Era with the CAFA?" dealing with the CAFA's Mediation rules here.

FINAL REMARKS

As discussed above, the CAFA provides added value some in efficient resolution of complex art disputes. It is recommended Although time will reveal the effectiveness of the CAFA Rules, these rules represent a modernization of the specialized arbitration and mediation landscape. In particular, the existence of a pool of experts, arbitrators and mediators is the CAFA's defining feature and in practice, it depends on the process of onboarding trusted specialists. It remains to be seen in practice how CAFA will change the art market.

An abstract artwork featuring vibrant, overlapping colors and shapes. It includes a large blue circle, a red triangle pointing upwards, and various brushstrokes in orange, yellow, and blue. The background is white with some faint, darker brushstrokes.

Court of Arbitration for Art

MARCO LEGAL CRIPTO: MAIS UM PASSO IMPORTANTE PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIPTOECONOMIA NO BRASIL

Em 22 de dezembro de 2022 foi publicada a Lei n. 14.478, conhecida como Marco Legal Cripto, que dispõe sobre as diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. Embora a referida lei entre em vigor apenas em junho de 2023 e ainda dependa de regulamentação posterior para a sua plena eficácia, a sua publicação foi muito celebrada pela maioria dos agentes deste mercado por ser o marco inicial da definição de regras mínimas adequadas ao desenvolvimento sustentável da criptoeconomia no Brasil.

Dentre tais regras mínimas, cumpre destacar as diretrizes que devem nortear a prestação de serviços de ativos virtuais, quais sejam, (i) livre iniciativa e livre concorrência; (ii) boas práticas de governança, transparência nas operações e abordagem baseada em risco; (iii) segurança da informação e proteção de dados pessoais; (iv) proteção e defesa de consumidores e usuários; (v) proteção à poupança popular; (vi) solidez e eficiência das operações; e (vii) prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa, em alinhamento com os padrões internacionais.

No que tange especificamente ao item (vii), acima, o Marco Legal Cripto acertadamente cuidou de alterar a Lei n. 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional para equiparar as prestadoras de serviços de ativos virtuais a instituições financeiras para este fim, e a Lei n. 9.613/89, que dispõe sobre crimes de lavagem de dinheiro e sua prevenção, no que tange ao dever de identificação dos clientes e manutenção de registros e comunicação de operações financeiras.

A lei traz, ainda, o conceito de ativos virtuais para seus fins, assim entendidos como "representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para a realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos as moedas nacional e estrangeiras; moedas eletrônicas nos termos da Lei n. 12.865/2013, utility tokens (como programas de pontuação e milhagem), ativos financeiros regulados a serem indicados pela autoridade competente e valores mobiliários.

Essa autoridade competente, a seu turno, será o(s) órgão(s) ou entidade(s) da Administração Pública federal a ser(em) indicado(s) pelo Poder Executivo, a que caberá conceder autorização para que uma pessoa jurídica prestadora de serviços de ativos virtuais possa funcionar no Brasil (ou seja, ofertar serviços ou atender consumidores residentes ou domiciliados no país), regulamentar a lei e supervisionar os agentes que vierem a ser autorizados.

No que tange à autorização para funcionar, vale destacar que, embora os ativos virtuais em si, dada sua natureza descentralizada, não devam ser regulados, certo é que



Vanessa Araújo Lopes Butalla

Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com educação continuada em Direito Empresarial pela GVLaw. Atualmente é Chief Legal and Compliance Officer do principal ecossistema cripto latinoamericano.

(...)os prestadores de serviços de ativos virtuais devem observar a legislação das localidades nas quais atuam ou para as quais comercializam

seus serviços a fim de assegurar a juridicidade de sua atuação e até mesmo a isonomia concorrencial.

Há, contudo, um aspecto relevante que deixou de ser contemplado no Marco Legal Cripto, qual seja, a obrigatoriedade de os prestadores de serviços de ativos virtuais manterem controles segregados dos ativos que pertencem aos seus clientes e daqueles que lhes são próprios a fim de garantir sua disponibilidade permanente ao consumidor/investidor. A meu ver, o referido controle segregado é medida necessária e deve ser incorporado à legislação em momento futuro, sendo fortemente recomendado que, enquanto isso não acontecer, seja adotado como melhores práticas especialmente pelas exchanges de ativos virtuais.

Como é possível identificar dessas breves considerações, ainda há muito trabalho a ser feito após a indicação do(s) órgão(s) ou entidade(s) responsável, mas certamente a aprovação do Marco Legal Cripto há de ser muito celebrada por significar o reconhecimento da relevância e perenidade das atividades por ele reguladas e um passo importante para fundar os pilares sob os quais a criptoeconomia se desenvolverá no Brasil.

COMPLIANCE COMO FERRAMENTA PARA PREVENIR, DETECTAR E RESPONDER A RISCOS OPERACIONAIS, FINANCEIROS E REPUTACIONAIS

Quando se fala em compliance, é necessário fazer uma reflexão sobre o movimento global, onde as partes interessadas exigem cada vez mais sistemas de gestão alinhados com o planejamento estratégico, contexto organizacional e cultura local.

Esses três requisitos, quando bem equilibrados, conseguem apoiar o negócio na tomada de decisão assertiva, fazendo com que a organização que almeja ser bem-sucedida, a longo prazo, estabeleça e mantenha uma cultura de compliance efetiva.

Como as buscas pelo termo compliance ganham cada vez mais destaque no cenário mundial, importante compreender que a sua existência no Brasil parecia algo restrito às empresas multinacionais, mais suscetíveis a aplicação de leis anticorrupção estrangeiras, como a americana - Foreign Corrupt Practices Act, que reinou sozinha de 1977 até meados de 2010, quando outros países passaram a sancionar leis sobre a mesma temática, como a britânica - UK Bribery Act 2010.

Importante mencionar que a FCPA, foi a consequência apresentada para o escândalo Watergate, após a renúncia do presidente Richard Nixon em 1974, por tentar, sem sucesso, encobrir práticas de corrupção e conspiração, no seu ensaio frustrado de reeleição, causando revolta na população, que passou a cobrar respostas da classe política e padrões éticos morais elevados.

É nesse sentido que mais um fato aconteceu: O Pacto Global da ONU, em 2000, liderado pelo então secretário-geral, Kofi Annan. Nessa ocasião, organizações de todo o mundo foram convocadas a alinharem suas estratégias e operações aos Dez Princípios Universais, nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção.

Essa ação alcançou um feito histórico, sendo, até hoje, a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo, com diversos participantes, entre empresas e organizações, abrangendo 160 países.

O último princípio declara que “[...] As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, in-



Lucio Batista Martins
Diretor Global de Compliance e Jurídico do
Grupo J&F Investimentos S.A

clusive extorsão e propina”. Trata-se de um manifesto global, ocorrido há vinte e dois anos e que vem demonstrando uma evolução satisfatória do nível de maturidade corporativo, em que pese alguns acreditem que compliance é modismo.

Esse movimento do Pacto Global ganhou forças em dezembro de 1997, por influência do governo americano, foi aprovada a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, parte integrante da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE).

O Brasil, através do Decreto no. 3.678/2000, promulgou referida Convenção, aderindo a todos os seus termos, nascendo ali os avanços conquistados com aquela que ficou conhecida, posteriormente, como Lei Anticorrupção Brasileira (12.846/2013).

Entre as obrigações estava: **“tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com os seus princípios jurídicos”**.

Quando a Lei Sarbanes-Oxley (SOX) foi criada em 2002, tinha por objetivo proteger os investidores e stakeholders contra possíveis fraudes financeiras, em grande parte após o descobrimento dos escândalos envolvendo empresas como a Enron.

A SOX aperfeiçoou a governança corporativa em todo o mundo e passou a exigir prestação de contas (accountability) das organizações listadas na bolsa de valores, inclusive das que não são americanas, mas possuem investidores nos EUA.

Assim, fica claro que todos que pretendem fazer negócios na América do Norte, precisam garantir a efetividade dos controles, caso contrário estariam sujeitos às multas milionárias, por falta de transparência e boa-fé.

Enquanto os Estados Unidos produziam normas para endurecer o combate às práticas de fraude e corrupção há mais de trinta anos, em 2010 surgia no Brasil o projeto de lei que três anos depois se tornaria a Lei Anticorrupção Brasileira (12.846/2013), que careceu de regulamentação até a entrada em vigor do Decreto no. 8.420/2015, muito influenciado pelos escândalos de corrupção, popularmente chamados de “mensalão” e “petrolão”, posteriormente revogado pelo Decreto no. 11.129/2022.

O art. 42 do Decreto no. 8.420/2015, que tratava da avaliação do programa de integridade, foi aprimorado com a entrada em vigor o art. 57 do novo decreto, que buscava dar uma maior efetividade aos pilares de sustentação das ações de compliance.

O decreto atual demonstra tal preocupação, ao explicitar termos como por exemplo “bem como pela destinação de recursos adequados” (inciso I, art, 57), “gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica” (inciso V, art, 57), “diligências apropriadas, baseadas em risco” (inciso XIII, art, 57).

De toda forma, a Controladoria Geral da União (CGU) por sua vez, entendendo o momento e carência de direcionamento, decidiu por disponibilizar publicamente um manual para

orientar os servidores do Poder Executivo federal, especialmente os que compõem, ou irão compor, as Comissões de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, a realizarem a avaliação de Programa de Integridade apresentado pela pessoa jurídica processada para fins de redução do montante da multa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei n.12.846/2013, nos termos do art. 18, inciso V, do Decreto no 8.420/2015.

Apesar de ser um instrumento de apoio, o referido manual é visto com bons olhos e segue norteando práticas corporativas de mercado, no cenário brasileiro.

Dessa forma, o certo é que com o apoio visível e inequívoco da alta direção, o profissional responsável pelo departamento de compliance, consegue destinar os recursos adequados, no sentido de avaliar os riscos operacionais, financeiros e reputacionais do negócio.

Fora isso, importante estabelecer padrões de conduta, através de códigos, políticas e procedimentos, realizando adequadamente comunicações e treinamentos e disponibilizando canais de denúncia para garantir proteção aos que fizerem uso de boa-fé.

Esse conjunto, quando bem alinhado, garante não só a conformidade das ações, como passa a ser uma peça central na estratégia de sucesso da organização, através da confiança dos stakeholders, como retenção e atração de talentos.



Gabriel de Matos Rodrigues
Head de Compliance & ESG da mbar
Energia S.A (Grupo J&F)



PAGAMENTO POR APROXIMAÇÃO: SEGURANÇA E CONVENIÊNCIA PARA O CONSUMIDOR

A popularização de uma solução de pagamento, seja no Brasil, seja em qualquer país do mundo, está condicionada a um equilíbrio entre duas grandes premissas: usabilidade e segurança. A despeito de todos os fatores que influenciam o sucesso – ou o fracasso – de uma inovação, como, por exemplo, o apetite para investimento, as questões regulatórias e o cenário econômico, a tecnologia que efetivamente se tornará parte da rotina do consumidor é aquela que se apresenta, ao mesmo tempo, fácil de usar e confiável. Sem uma dessas variáveis, não há como qualquer serviço ganhar escala – ainda mais quando envolve transações financeiras.

Um bom exemplo de sucesso nos dias atuais é o pagamento por aproximação, que permite ao consumidor realizar compras aproximando seu cartão, celular, relógio, pulseira ou outro dispositivo equipado com a tecnologia NFC (Near Field Communication) do terminal de captura. Segundo dados da Abecs, associação que representa o setor de meios eletrônicos de pagamento no Brasil, a modalidade já é responsável por mais de 40% de todas as compras feitas com cartões em lojas físicas. Para efeito de comparação, no fim de 2020, há apenas dois anos, essa participação era de 5%. Em volume financeiro, os brasileiros confiaram ao método de aproximação mais de R\$ 572 bilhões em 2022 – crescimento de 187,8% em relação ao ano anterior.

Qual é a explicação para um meio de pagamento crescer exponencialmente em tão pouco tempo? É muito fá-

cil de usar, afinal basta aproximar o cartão da maquininha, e extremamente seguro. Na verdade, os números mostram o que, em certa medida, já era esperado quando o pagamento por aproximação começou a ser testado no Brasil. Isso porque a modalidade já vem fazendo sucesso há mais tempo em outros mercados e chega a representar mais de 90% das transações em alguns países.

A tecnologia é idêntica em todos os lugares, com os mesmos padrões de segurança, e não há quaisquer alterações dos níveis de fraude por conta da sua popularização.

No Brasil, não é diferente.

As mudanças no comportamento de consumo ocasionadas pela pandemia de Covid-19 aceleraram esse crescimento, pois o brasileiro viu no pagamento por aproximação um aliado na hora de realizar transações com mais segurança, sem correr risco de contágio, por evitar o contato físico. Uma pesquisa realizada pela Mastercard logo no início da pandemia mostrou que 88% dos brasileiros consideravam o pagamento sem contato mais conveniente do que o uso do dinheiro, e 75% daqueles que experimentaram a tecnologia naquele momento passaram a incorporar esse novo hábito e tinham a intenção de mantê-lo mesmo após a crise sanitária.

Atentas à demanda da sociedade, a Abecs e as empresas do setor ampliaram o limite de valor do pagamento por aproximação sem a necessidade de digitar senha para R\$ 200. Inicialmente, até 2020, esse teto era de R\$ 50, em seguida passou a R\$ 100 e, desde janeiro de 2021, encontra-se no patamar atual. A mudança foi realizada de maneira faseada com o objetivo de se observar criteriosamente, a cada fase, os níveis de segurança e fraude. Com isso, a modalidade ganhou cada vez mais relevância no mercado, gerando benefícios tanto para o consumidor quanto para os comerciantes, sem qualquer impacto no que diz respeito aos níveis de fraude do sistema por conta desse avanço.

A medida foi considerada um passo importante para a adoção em escala, já que a faixa de valor até R\$ 200 engloba cerca de 80% das transações com cartões no Brasil. Bancos, fintechs e outros emissores de cartão também passaram a priorizar a emissão de cartões já equipados com a tecnologia de aproximação, substituindo os antigos plásticos. Da mesma maneira, a grande maioria das maquininhas de cartão e de outros equipamentos de captura espalhados por todo o Brasil já está habilitada a aceitar pagamentos sem contato. Vale lembrar que nosso país possui dimensões continentais, sendo que todos esses movimentos ajudam a democratizar o acesso da população à digitalização dos meios de pagamento e ao mercado de consumo.

Outro movimento que já está em curso é a diversificação de possibilidades de transação para além do comércio em geral. A modalidade vem sendo implantada em outros seg-

mentos, como o transporte público e também em praças de pedágio, ambientes em que o pagamento sem contato pode significar ainda mais agilidade e conveniência aos usuários. Atualmente, já é possível pagar o pedágio com cartão de crédito ou débito por aproximação em rodovias de oito Estados brasileiros, administrados por diferentes concessionárias. Um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas em 2022 mostrou que 91% dos usuários que já pagaram a tarifa do pedágio com cartão por aproximação consideram essa a forma mais conveniente de pagar.

Inovações bem sucedidas que ganham escala nessa proporção geralmente também são submetidas ao escrutínio da sociedade sob o ponto de vista de certas barreiras culturais. A percepção de segurança, obviamente, é um ponto sensível, mas, no caso do pagamento por aproximação, muitas informações falsas têm sido disseminadas, por falta de conhecimento ou má-fé, o que acaba impactando a confiança dos consumidores. A mais emblemática delas é a de que criminosos em todo o País estariam supostamente se valendo de ambientes lotados, como o transporte público, para capturar transações por aproximação indevidamente com máquinas de cartão escondidas.

Esse boato surgiu há mais de dois anos e, em todo esse período, não houve qualquer registro na Abecs e nas empresas associadas de casos dessa natureza. O setor de cartões possui inúmeras camadas de segurança que protegem o usuário, o comerciante e o próprio sistema.

As empresas fazem monitoramento inteligente em tempo real, que identificam o comportamento de uso dos cartões e detectam possíveis compras indevidas.

As compras presenciais, incluindo por aproximação, ocorrem por meio da leitura do chip do cartão, que usa criptografia e impossibilita a cópia dos dados.

A Abecs, que reúne mais de 90 empresas que atuam na indústria de cartões – entre as quais bandeiras, credenciadoras, bancos emissores, fintechs, marketplaces, fornecedores de equipamentos e outras, mantém um comitê dedicado

à discussão de boas práticas e à implantação de padrões, metodologias e processos que garantam mais segurança ao sistema e aos usuários. E continuará trabalhando para garantir que o pagamento por aproximação continue beneficiando milhões de pessoas e comércios todos os dias, garantindo agilidade e segurança às transações, reduzindo filas e otimizando fluxos em lojas, serviços, transporte público e pedágios.



Thiago Chiavegatto Iaderozza
Advogado, membro da Comissão Especial de Combate ao Mercado Ilegal do Conselho Federal da OAB

SHAM LITIGATION – UMA REFLEXÃO CRÍTICA E NECESSIDADE DE MECANISMOS EFETIVOS AO SEU COMBATE

O presente artigo tem por objetivo trazer à reflexão uma das modalidades de conduta unilateral anticompetitiva que vem ganhando relevância no cenário brasileiro, conhecida por sham litigation ou litigância predatória, apontando algumas características que auxiliam em sua identificação, seus malefícios e a proposição de regulação específica.

Dentre as condutas unilaterais que interferem negativamente no ambiente concorrencial destacam-se a fixação de preço de revenda; descontos de fidelidade; recusa de contratar; abuso no exercício de direito de propriedade intelectual; potenciais cláusulas restritivas à concorrência; e o sham litigation, foco dos nossos apontamentos.

O sham litigation ou litigância predatória guarda relação direta com o abuso no exercício de direitos subjetivos fundamentais e de gênese democrática, albergados na Constituição Federal, especificamente os direitos de acesso ao Poder Judiciário (princípio do acesso à Justiça ou inafastabilidade da jurisdição) e de petição.

É consabido, no entanto, que a aplicação de tais princípios e garantias constitucionais não pode se dar de maneira absoluta e, pois, dissociada de juízo de avaliação quanto à observância às regras infraconstitucionais (materiais e processuais) e aos mandamentos de ordem constitucional.

O abuso de direito encontra previsão no Código Civil (art. 187), que estabelece como ato ilícito “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

A prática abusiva do direito de ação ou petição gera distorções no ambiente competitivo e encontra resistência no direito da contraparte de atuar com liberdade econômica (postulado da livre iniciativa - art. 170, da CF), em cujo contexto as regras do jogo são conhecidas e respeitadas por seus atores na arena dos negócios, mesmo por aqueles detentores de poder econômico. Sob essa perspectiva, compete ao intérprete buscar a harmonização entre suscitados princípios (acesso à Justiça ou inafastabilidade da jurisdição vis a vis a livre concorrência/livre iniciativa).

Importante recapitular o conceito de que os princípios não são concebidos para comportamentos concretos individualizados, diferentemente das regras; daí decorre a generalidade e linguagem vaga e indeterminada que ostentam.

O conflito entre regras resolve-se por meio de uma regra de exceção, a menos que uma delas seja considerada inválida. No caso de conflito entre princípios, a resolução se dá a partir do peso relativo de cada um, o que, evidentemente, não ocorre de modo exato; ou ainda, numa relação de precedência de cada um, dadas às circunstâncias do caso concreto.

Neste “jogo de princípios”, ao invés de um afastar a aplicação do outro, ambos se influenciam reciprocamente buscando a harmonização, um reduzindo a rigidez do outro, sendo crível se falar, inclusive, em aplicação simultânea de princípios aparentemente contraditórios entre si.

Daí que cumpre ao Estado, no papel de agente regulador e normativo, intervir, tempestivamente, para reconhecer e afastar práticas nocivas que, sob o manto de pretensão absoluta de ação e petição, denotem, na verdade, intenção deliberada de prejudicar concorrentes, a exemplo, afastando o acesso de novas empresas ao mercado, denegrindo a sua reputação, dificultando o funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente, e, por vezes até, aniquilando-as.

A existência de fartos recursos financeiros propiciam ao detentor da pujança econômica, o ajuizamento de múltiplas e reiteradas ações desprovidas de fundamento ou manifestamente improcedentes, tanto nas esferas administrativa e judicial.

Nesse contexto, é que se inserem os atos de sham litigation, que podem se amoldar como infração à ordem econômica (art. 36, da Lei nº 12.529/2011) ou concorrência desleal (artigos 195 e 209, da Lei de Propriedade Industrial),

e cujas raízes remontam ao direito comparado, mais especificamente ao direito americano.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem apreciado a questão e aplicado alguns critérios normadores à luz do caso concreto:

- A) Teste PRE - Pode ocorrer quando a parte ajuíza expedientes objetivamente sem fundamento, com intuito e resultado potencialmente anticompetitivo (mas que não pressupõe a utilização de fatos enganosos). Tais ações podem ocorrer, por exemplo:
- A1) - Quando há clara carência das condições da ação, omissões relevantes ou posições contraditórias por parte dos querelantes, que podem criar confusão no Poder Judiciário;
- A2) - Também, é possível haver sham litigation pelo teste PRE quando a parte ajuíza ação manifestamente improcedente visando causar dano colateral ao concorrente, a partir da exposição da imagem do concorrente e da elevação dos custos em razão de defesa judicial (taxas processuais, honorários advocatícios, etc.)
- B) Teste POSCO - Ocorre quando a parte ajuíza uma série de ações contra concorrentes, também com baixa probabilidade de provimento favorável e de forma a gerar danos colaterais, gerando custos ou retirando, mesmo que temporariamente, rivais do mercado, causando assim efeitos anticompetitivos.

C) Litigância fraudulenta (fraud litigation) - Nos litígios fraudulentos a avaliação é diferenciada, já que, nesse ilícito, a parte tem expectativa de causar um dano direto, via provimento estatal que lhe seja favorável, mas por uma via de falsidade. Nesta hipótese, deve-se verificar se houve alguma falsidade na argumentação apresentada ao Poder Judiciário ou a agente administrativo.

D) Acordos judiciais e outras ações - Um acordo judicial capaz de cancelar saída consensual de concorrente do mercado ou a mudança de sua conduta, em troca de compensação específica, em mercado com elevadas barreiras à entrada, criando monopólios ou elevação de poder de mercado, pode, a depender do contexto, ser considerado uma prática ilícita. Outras ações judiciais que busquem implementar práticas anticompetitivas clássicas, como fixação de preço de revenda, venda casada, cláusula de exclusividade, dentre outros, não são imunizadas a respeito de responsabilidade antitruste porque o juízo cível discute apenas questões privadas e interpartes de tais contratos.

Cumpre ressaltar que a análise do caso concreto conforme a regra da razão é essencial para a ponderação da licitude, ou não, da conduta analisada. Não obstante, entende-se que as hipóteses acima sintetizadas constituem um guia inicial razoável para a análise de condutas de litigância potencialmente abusivas com efeitos anticompetitivos.

Mas por que o sham litigation deve ser combatido? Como dito, além de interferir de forma nociva e artificial na livre concorrência, traz certamente insegurança jurídica às relações. Não raras são as hipóteses em que a multiplicidade e concomitância de ações propostas com fins predatórios, são dirigidas tanto ao Poder Judiciário quanto a órgãos da Administração Pública (agências reguladoras, por exemplo), ou até mesmo à instituições de autorregulação (como é o caso do CONAR), o que impõem a esses, muitas vezes, decidirem simultaneamente sobre a mesma questão de mérito envolvida, com riscos efetivos da superveniência de decisões antagônicas.

Em outras palavras, a prática do sham litigation gera efeitos deletérios não somente ao ambiente concorrencial, mas à própria estabilidade das instituições democráticas

que são guiadas por princípios da eficiência e celeridade, e se veem assoberbadas com demandas desse jaez, usadas como

meio para atingir o fim pré-estabelecido de prejudicar concorrente(s), quiçá até eliminá-lo(s). Não por outra razão, é que devem estar atentas à possibilidade de proferirem decisões conflituosas entre si, que, em última análise, podem gerar descrédito quanto aos seus respectivos julgamentos, além de desastrosa insegurança jurídica.

Nota-se, igualmente, que temas debatidos nessas diversas searas são, em determinados casos, de cunho eminentemente técnico e especializado, cuja apreciação deveria competir originariamente, por exemplo, às agências reguladoras. Lege ferenda, penso que deveriam existir mecanismos para, não apenas normatizar os “testes” que o CADE atualmente aplica ao analisar o sham litigation (teste pre, teste posco etc.), mas também visando a interrupção e punição da prática, de maneira assertiva e tempestiva.

Como o seu enquadramento requer a análise individualizada pela regra da razão, isto é, a litigância que ultrapasse os critérios de razoabilidade e boa-fé, o seu reconhecimento acaba por levar tempo (indesejado), e que, por vezes, acaba por impingir danos irreversíveis ao concorrente, compelindo-o à inviabilidade da manutenção de suas atividades ou sua própria extinção que, a rigor, de regra se constituem no propósito fundamental, embora dissimulado, do litigante predatório.

Assim, no meu modesto sentir, haveria de ser estudada a possibilidade de criação de um banco de dados interligado (Poder Judiciário, órgãos da Administração Pública, entidades de autorregulação), para o fim de propiciar a pronta identificação desses maus litigantes, bem como a comunicação e atuação coordenada entre as autoridades, reprimindo-os com o rigor necessário para desestimular a reiteração de prática tão execrável.

A existência de indícios da ocorrência do sham litigation deveria acarretar, de imediato, e pelo poder de cautela, a suspensão da tramitação dos feitos envolvidos, aplicando-se, por exemplo, o critério de prevenção ou especialidade, o que mitigaria a concomitância de representações a agências reguladoras.

Em seminário realizado pelo Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura - COPEDEM no STJ, em 2022, versando sobre o tema Competição e Práticas Ilegais – Uma visão sobre ética e juridicidade no ambiente econômico, a Conselheira do CADE, Ilma. Sra. Lenise Prado, defendeu interessante e inovadora proposta de aplicação por analogia do critério vigente no processo administrativo fiscal, representado pela Súmula CARF nº 1, segundo a qual importa renúncia às instâncias administrativas a propositura de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo.

Significa dizer: ainda que tramite processo administrativo ou equivalente que apure as condições narradas pelo denunciante, se este optar pela via judicial a qualquer tempo, a apreciação pelos órgãos da administração restará prejudicada, cabendo exclusivamente ao Judiciário o papel de dirimir o conflito.

Nessa proposta, diante de provocações realizadas por determinado agente econômico de forma concomitante - agência reguladora especializada (ex. Anatel), CADE e o Poder Judiciário-, defende a possibilidade de se estabelecer uma “sequência” de instruções probatórias, cabendo à primeira (agência reguladora especializada), pelo seu nível de conhecimento acerca do tema envolvido, realizar o crivo inicial de análise. Havendo elementos de prática anticoncorrencial o CADE se pronunciará, sendo então a última instância na esfera administrativa; para após, seja possível se socorrer ao Judiciário, caso necessário.

Antonio Rezende

Vice Presidente Jurídico, External Affairs e DPO da Prudential do Brasil. Graduado em Direito pela UERJ, Pós graduado em Direito Empresarial pela IBMEC e MBA em Administração pela Fundação Dom Cabral.



FRANQUIAS, STF E TST: AS PARADIGMÁTICAS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS 57.954/RJ E 58.333/SP E A AIRR-262-33.2020.5.09.0014

O Poder Judiciário é uma peça-chave na tomada de decisões dos agentes econômicos. Sempre que os tribunais, especialmente as Cortes Superiores – como o Tribunal Superior do Trabalho (TST) – e a Corte Suprema – Supremo Tribunal Federal (STF), decidem determinada matéria, estão definindo, em grande parte, os rumos dos futuros investimentos que serão – ou não – realizados na economia nacional.

Atento a isso é que esses tribunais, em especial o STF, já de algum tempo, vem pautando suas decisões nas consequências que delas advirão. E foi nesse contexto de garantir um ambiente de negócios seguro e saudável e prestigiar a liberdade e autonomia privadas, bem como a livre iniciativa e a livre concorrência – preceitos fundamentais que orientam a ordem econômica constitucional – que o STF, a partir do julgamento do RE 958.252 editou o tema 725, prevendo, expressamente, não só a licitude da terceirização da atividade-fim – ampliada posteriormente pelo julgamento das ADPF 324, ADC's 48 e 66 e ADI's 3.961 e 5.625, mas também, de forma mais ampla, a juridicidade de outras formas de divisão e organização do trabalho.

Desde então, em diversos casos concretos, envolvendo distintos setores da economia, o STF ratificou o entendimento de que deve prevalecer a liberdade jurídica, isto é, a livre manifestação de vontade das partes, à luz do que pres-

creve, dentre tantas outras normas que regulam a atividade privada, a recente lei de liberdade econômica.

Isso ocorre porque, a despeito desta orientação clara emanada pela Corte Suprema, com relativa e preocupante frequência, a justiça trabalhista se equivoca, em virtude da sua tendência de interferir na liberdade econômica constitucionalmente assegurada, bem como de adentrar em áreas do Direito estranhas à sua competência e usurpa da competência de outros órgãos jurisdicionais para analisar e julgar, sob uma ótica por vezes enviesada, temas e relações de cunho eminentemente empresariais. Ao examinar sob esta perspectiva, ocorre de a Justiça do Trabalho deixar de considerar aspectos próprios de determinadas relações privadas comerciais e, adotando conceitos já superados de uma visão que privilegia sobre todas as outras formas relações entre particulares fundadas nas disposições da CLT, anula arranjos particulares válidos e eficazes, firmados, portanto, por agentes capazes e com capacidade de negociar os termos desta relação.

Com efeito, vem cabendo ao STF rever tais decisões da justiça trabalhista, inclusive por meio da chamada Reclamação Constitucional, remédio jurídico com estreito cabimento, vocacionado a reestabelecer a autoridade judicial de precedentes do Supremo, a garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, inc. I, al. "I", da CRFB), além da observância de enunciado da Súmula Vinculante do STF (art. 103-A, § 3º, da CRFB).



Pedro Mansur

Diretor jurídico da Prudential do Brasil. Membro da Comissão de Estudos Jurídicos da ABF. Advogado com mestrado pela Universidade de Lisboa, pós-graduado em Processo Civil e em Direito Empresarial pela FGV, bem como em Direito e Economia pela CEDES.

Nessa esteira, agora em março de 2023 foi a vez do setor de franquias ter seu modelo jurídico-contratual protegido pelo STF dos ataques que vem sofrendo dos vieses inconstitucionais da distributiva.

Trata-se de setor estratégico para o desenvolvimento da economia nacional, responsável por promover o empreendedorismo, gerando riqueza para sociedade e tributos para os entes federativos.

O sistema de franquia, largamente utilizado em países desenvolvidos, visa aperfeiçoar o tradicional modelo de negócios, permitindo uma forma de empreender através de modelos já testados e aprovados de marca, produtos e serviços, potencializando as chances de sucesso desses investidores, assim como a expansão da distribuição de serviços e produtos da franqueadora, fomentando, em última análise, as opções ao consumidor.

Em meio ao crescimento exponencial do empreendedorismo, as franquias são uma opção de investimento viável, seguro e racional, que servem para minimizar o risco de um negócio, sem anulá-lo totalmente.

Ou seja, através do investimento em Franquia, o empresário reduz o risco e a incerteza envolvidas no seu investimento, uma vez que atua sob uma marca e com produtos (i) já conhecidos no mercado; (ii) que já possuem determinada reputação; (iii) adquire, em conjunto com a possibilidade de comercializar os produtos, o know-how da marca; e (iv) beneficia-se da reduzida assimetria informacional entre o mercado e o seu negócio, atuando com baixas barreiras à entrada.

Insta destacar que em 2019 foi promulgada a Lei 13.966, cuja vigência iniciou-se em março de 2020, por meio da qual as regras do sistema foram aperfeiçoadas. A nova lei de franquia buscou tornar o processo ainda mais seguro e transparente no relacionamento entre franqueadores e franqueados. No entanto, uma coisa foi rigorosamente mantida tal qual prevista na legislação por essa revogada: a natureza empresarial da relação entre as partes. Logo no caput do artigo 1º da norma o legislador fez constar, novamente, que o contrato de franquia não caracteriza vínculo empregatício ou relação de consumo, ainda que durante o período de treinamento.

Pois bem, não obstante esta reiterada opção legislativa, a justiça do trabalho exarou decisões reconhecendo o vínculo de emprego entre franqueados e franqueadoras em casos individuais e mesmo em ações coletivas (!). Diante deste quadro, duas Reclamações Constitucionais foram manejadas por distintas franqueadoras, justamente reclamando o indevido reconhecimento de relação empregatícia, por Tribunais Regionais do Trabalho, de partes num contrato de franquia. Distribuídas para os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes e André Mendonça, integrantes da 1ª e 2ª Turmas, respectivamente, ambas tiveram,

no entanto, o mesmo resultado – pelo menos até aqui: os relatores das referidas RCLs votaram por rever as decisões dos TRTs, reestabelecendo o entendimento do Supremo de liberdade jurídica.

O Ministro Moraes, que relata a reclamação do Rio de Janeiro, cassou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT-1) em que foi reconhecido vínculo de emprego em franquias entre empresa do ramo de odontologia e uma cirurgiã dentista. Em sua decisão, Moraes mencionou jurisprudência (ADPF 324, ADC 48, ADI 3.961, ADI 5.625) e afirmou que o TRT “não observou o entendimento da Corte quanto à constitucionalidade das relações de trabalho diversas da de emprego regida pela CLT”.

No processo em questão, a cirurgiã dentista sustentava ter “exercido ‘função essencial para a empregadora’, a qual a teria coagido ‘a assinar um falso contrato de franquias, sob pena de não ser contratada, com intuito de burlar as leis trabalhistas”.

Já o Ministro Mendonça, relator da RCL de São Paulo, suspendeu, liminarmente, processo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-2). O caso envolveu uma franquias da Prudential do Brasil, sendo esta a Autora da Reclamação Constitucional.

O Ministro Mendonça também mencionou outros precedentes da Suprema Corte, bem como asseverou que “a permissão constitucional de formas alternativas da relação de emprego, conforme se reconheceu em casos de afastamento da ilicitude de terceirizações por meio da contratação de pessoas jurídicas constituídas para prestação de serviços na atividade fim da entidade contratante”.

Para o Ministro, a decisão da justiça do trabalho, ao reconhecer vínculo de emprego sem analisar a higidez do contrato de franquias, ignorou o funcionamento “[d]o mercado de venda de seguros e a função social do contrato de franquias na dinâmica organizacional tanto do franqueado como do franqueador.”, a “boa-fé” e o “respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade”.

Veja-se alguns trechos da decisão:

“A decisão reclamada reconheceu a prestação de serviços, mas não examinou se tal prestação foi feita escoreada em regular contratação de empresa franqueada, como aparenta indicar o contrato firmado entre as partes. Tal análise deve ser feita levando em consideração o mercado de venda de seguros e a função social do contrato de franquias na dinâmica organizacional tanto do franqueado como do franqueador.”

“Como assentado nos paradigmas, o contrato de trabalho não é a única forma de prestação de serviços nas organizações.”

“Deve ser levada ainda em consideração a complexidade vinculada ao regime de oferta de seguros no Brasil, e o fato de que o beneficiário em questão, autor da reclamação trabalhista, não era apenas o corretor de seguros, mas sim sócio controlador da sociedade empresária de seguros, que firmou o contrato de franquias com a ora reclamante.”

(Liminar proferida em caso análogo ao dos autos, envolvendo a Agravante. STF, Min. André Mendonça, RCL 58.333, Data de Publicação: 31/03/2023)



A reboque dessas decisões, em abril de 2023, o TST reformou acórdão do TRT do Paraná cuja decisão havia reconhecido vínculo de emprego entre franqueadora e franqueada. Para o ministro relator Alexandre Ramos, “em se tratando de discussão jurídica já pacificada por tese firmada pelo STF em repercussão geral reconhecida, cabe às demais instâncias do Poder Judiciário tão-somente aplicá-la nos casos concretos, a fim de conferir efetividade ao julgamento da Suprema Corte.”.

Assim, por estar o acórdão em contrariedade com a tese fixada pelo STF no Tema 725 da tabela de repercussão geral, o Ministro conheceu e deu provimento ao recurso Prudencial para restabelecer a sentença, no particular, declarando a licitude do contrato de franquia, excluir o vínculo de emprego do Reclamante com o Reclamado e julgar totalmente improcedente a reclamação trabalhista.

Reforça-se que tal entendimento é vinculativo a toda a magistratura brasileira, salvo eventual distinção expressa e fundamentada em diferenças fáticas entre os casos julgados pelas Cortes Superior e Suprema, vez que os referidos entendimentos estão embasados em precedentes constitucionais, de modo que estas sinalizações tanto do STF como do TST, devem guiar a análise de outros casos de mesma natureza perante a Justiça do Trabalho, sobretudo em instancia inferiores, sob pena não apenas de desacato às decisões destas Cortes Superiores, mas também de promover um ambiente de insegurança jurídica que desestimule ou retraia novos investimentos em setores mencionados acima, notadamente o de franquias.

Nessa perspectiva, as decisões judiciais mencionadas foram de suma importância. Uma vez que afastaram os interesses individuais de litigantes que buscavam se esquivar do cumprimento contratual, emitiram mensagem clara para todos os franqueados e franqueadores: os contratos de franquia devem ser respeitados e cumpridos.

Por fim, espera-se que a sinalização de segurança dos negócios emitida pelo STF e pelo TST se espraie rapidamente entre as diferentes jurisdições e instâncias jurisdicionais brasileiras.

É, ao menos, o que é exigido pela sistemática de precedentes judiciais vinculantes estabelecidas no sistema jurisdicional brasileiro e o que garantirá um ambiente de negócios saudável para geração de novos investimentos para a economia nacional.



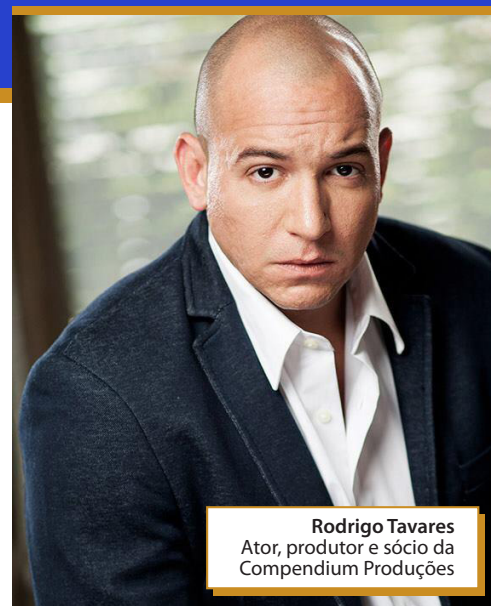
Tudo em todo o lugar ao mesmo tempo

O longa é dirigido pela dupla Dan Kwan e Daniel Scheinert ("Um Cadáver para Sobreviver") e estrelado por Michelle Yeoh ("Shang-Chi e a Lenda dos Dez Anéis") e Jamie Lee Curtis ("Halloween")

O filme é uma comédia de ficção científica, que mergulhará no multiverso, palavra bastante conhecida pelos fãs da MARVEL. Em meio as inovações em formato, ritmo e reflexões propostas pela história, emergindo num mundo paralelo, protagonizado por uma mulher à beira de um ataque de nervos.

A história é extremamente inventiva, misturando romance, ação, comédia, ficção científica e elementos de terror, apesar de ocorrer em grande parte dentro de um prédio da receita federal. As múltiplas histórias se comunicam de forma mais instintiva e emocional do que lógica. O filme desenvolve temas e motivos excelentes sobre a experiência do imigrante asiático nos EUA. Um bagel desempenha um papel fundamental - a noção de que, quando você olha para a vida, não há nada além de um vazio sem sentido para ver. São metáforas e referências ricas e complicadas que expandem o conceito da história ao seu potencial máximo para aprofundar seu impacto. Especificamente, o conceito de um bagel e olhos arregalados na superfície, parece uma maneira engraçada de falar sobre a natureza, do que significa o ser humano no mundo, mas quando abertos, eles revelam muito sobre os personagens.

Será que existe algum significado para a vida? É o que você traz para ela ou o que ela traz para você?



Rodrigo Tavares
Ator, produtor e sócio da Compendium Produções

Os cineastas descobriram que o multiverso fornece um passe de acesso total a absurdos e de efeitos especiais alucinantes. Ficamos muito ocupados tentando decifrar quando dois dos personagens do filme se tornam pedras na areia, e ainda precisam lutar contra o impulso de continuar se movendo.

Mas o filme une em vez de dividir, porque nos une por meio de sua poderosa base moral - basta procurar o melhor um no outro e valorizar aqueles poucos momentos que realmente fazem sentido na vida. A arte neste filme entende que a bagunça infinita do multiverso não é nem um pouco diferente da bagunça infinita que existe dentro de cada um de nós.

Diferente de qualquer filme recente de super-heróis cheios de ação - ele responde a essas perguntas. E o faz com inteligência, humor, imaginação e coração. Existem várias escolas filosóficas em jogo aqui: há também uma sensação energizante do ridículo e do imprevisível. Se você acorda uma manhã e descobre que se tornou um inseto gigante, e parece que nunca ocorre a ninguém perguntar: como ou por quê é assim que as coisas são?(Kafka's Metamorphosis)



TUDO EM TODO O LUGAR AO MESMO TEMPO

Este filme seria profundamente chinês, mesmo que não tivesse sido co-escrito e co-dirigido por um artista chinês (Dan Kwan), se não tivesse um elenco asiático de estrelas, não envolvesse artes marciais, não tivesse uma Mãe Tigre como protagonista e não fosse inicialmente ambientado em uma lavanderia de bairro, administrada por uma família de imigrantes multigeracionais em dificuldades. A pedra de toque aqui é o taoísmo.

Também é estranho que, por algum motivo, o filme tenha levado muitos a elogiar a estrela Michelle Yeoh – como se ela tivesse finalmente saído da obscuridade e não fosse já uma das atrizes mais famosas do mundo. Jamie Lee Curtis e Stephanie Hsu fornecem excelente suporte, assim como o veterano de Hollywood James Hong. Em algumas semanas, Hong completa 93 anos. Vale a pena comemorar sua carreira, e é ótimo vê-lo aparecer aqui tão tarde em sua carreira.



SINOPSE

Evelyn Wang é uma imigrante chinesa e chefe definitiva de sua família, tanto quanto chefe da lavanderia que opera com seu marido Raymond. Apesar de seus esforços ininterruptos, no entanto, sua vida está em frangalhos. Sua filha, Joy, tem medo de revelar que sua amiga é na verdade sua namorada, e a tensão entre elas é palpável; seu pai, Gong Gong, que acaba de chegar aos Estados Unidos, a julga como sempre, algo que na verdade também dita sua relação com a própria filha. Além disso, seus negócios estão sendo auditados pelo IRS e os resultados não são exatamente bons, enquanto após uma reunião bastante movimentada com Curtis, a agente encarregado do caso, Raymond apresenta a ela os papéis do divórcio. Mais ou menos nessa época, outra versão dele de um universo paralelo aparece, informando a Evelyn que sua vida atual é apenas uma em uma série de universos paralelos em que ela também existe, e ainda mais, que agora ela tem que enfrentar uma série de inimigos, mas acima de tudo Jobu Tupaki, seu arqui-inimigo que acaba por ser sua filha.

Como era de se esperar, e de uma forma que faria “Matrix” parecer um passeio em termos de roteiro, o inferno começa.

Everything Everywhere constrói uma ponte elegante entre o existencialismo, a teoria do caos e até a comédia absurda. Sendo um filme sobre problemas familiares, poder transitar pelo absurdo mundo com “dedos de salsicha” e também uma grande oportunidade de homenagear atores esquecidos.

PRIO



A maior empresa independente de petróleo e gás do Brasil.

Saiba mais em www.prio3.com.br