

Saulo Bichara Mendonça
Pablo Gonçalves e Arruda
André Luiz Santa Cruz Ramos
[organizadores]

TEMAS ESSENCIAIS À
ADVOCACIA
EMPRESARIAL



Hipótese
EDITORA

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

T278

Temas essenciais à advocacia empresarial / Saulo Bichara Mendonça (Organizador), Pablo Gonçalves e Arruda (Organizador), André Luiz Santa Cruz Ramos (Organizador). – Rio Bonito-RJ: Hipótese, 2022.

Livro em PDF

ISBN 978-65-85104-01-2

1. Direito empresarial. I. Mendonça, Saulo Bichara (Organizador). II. Arruda, Pablo Gonçalves e (Organizador). III. Ramos, André Luiz Santa Cruz (Organizador). IV. Título.

CDD 346.81065

Índice para catálogo sistemático:
I. Direito Empresarial

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2>

Saulo Bicharra Mendonça
Pablo Gonçalves e Arruda
André Luiz Santa Cruz Ramos
(Organizadores)

TEMAS ESSENCIAIS À
ADVOCACIA
EMPRESARIAL





Hipótese Editora

Rio Bonito - Rio de Janeiro - Brasil

Telefone: +55 (21) 99758-5056

atendimento@editorahipotese.com.br

www.editorahipotese.com.br

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons: Atribuição NãoComercialSemDerivações 4.0 Internacional - CC BY NC (CC BY-NC-ND). Os termos desta licença estão disponíveis em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Direitos para esta edição reservados à Hipótese Editora. O conteúdo publicado é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). Os conteúdos abordados não representam necessariamente a posição oficial da Editora Hipótese.

Coordenação Editorial

Prof^a Dr^a Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Editora

Alessandra Dale Giacomini Terra

Revisão

Autores

Projeto Gráfico e Diagramação

Beatriz Lopes dos Anjos

Conselho Editorial

Prof^a Dr^a Andreza Aparecida Franco Câmara

Prof^a Dr^a Annelise Caetano Fraga Fernandez

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto

Prof. Dr. Gustavo Proença da Silva Mendonça

Prof^a Dr^a Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Prof. Dr. Napoleão Miranda

Prof. Dr. Paulo Brasil Dill Soares

Prof^a Dr^a Priscila Leal Seifert

Prof. Dr. Rogerio Borba da Silva

Prof. Dr. Saulo Bichara Mendonça

Prof. Dr. Siddharta Legale

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho

AVALIAÇÃO POR PARES - Os textos que compõem esta obra foram submetidos à avaliação por pares, tendo sido este livro aprovado pelo Conselho Editorial da Hipótese Editora.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 7

CAPÍTULO 1

A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO..... 10

Hélio José Cavalcanti Barros

Sandro Mansur Gibran

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c1>

CAPÍTULO 2

CRAM DOWN: CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM BASE NO PLANO QUE QUASE ALCANÇOU QUÓRUM QUALIFICADO..... 30

Saulo Bichara Mendonça

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c2>

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.133/2021 ÀS MES E EPPS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 46

Daniel Rodrigues Thomazelli

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c3>

CAPÍTULO 4

O PAPEL DA ADVOCACIA EMPRESARIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS ECONÔMICOS FUNDAMENTAIS: PSICOLOGISMO, MERCADO E CIÊNCIA.....

65

Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c4>

CAPÍTULO 5

ETAPAS DO PROCESSO DE FUSÕES E AQUISIÇÕES - MERGERS AND ACQUISITION..... 86

Leonardo Seixas Alves Vieira

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c5>

CAPÍTULO 6

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 185.702/DF: A POSSÍVEL MITIGAÇÃO DO DIREITO DE FISCALIZAÇÃO DOS 104

Lucas Lacerda Esteves

Marlon Tomazette

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c6>

CAPÍTULO 7

O CREDOR FIDUCIÁRIO NO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS 125

Tania Bahia Carvalho Siqueira

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c7>

CAPÍTULO 8

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA 148

Ciro Portella Cardoso

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c8>

CAPÍTULO 9

VISUAL LAW E A NOVA FORMA DE SE ENXERGAR O DIREITO¹⁷¹

Gabriela Ferreira Nacarato

Gabriel Charaf Bdine

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c9>

CAPÍTULO 10

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA..... 182

Nayara Luiza Bittencourt Silva

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c10>

SOBRE O ORGANIZADOR 198

SOBRE OS AUTORES..... 200

ÍNDICE REMISSIVO 204

APRESENTAÇÃO

A presente obra é composta com trabalhos acadêmicos voltados à prática advocatícia, os temas tratados são sensíveis a área de conhecimento do Direito de Empresa e representam pesquisas teóricas envolvendo questões práticas, visando fomentar o debate pragmático sobre pontos relevantes e atuais do Direito Empresarial, com a expectativa de ver ampliado o interesse pelas temáticas correlatas a esta importante área do Direito.

Todos os artigos são escrutinados a partir de referenciais teóricos atuais e clássicos do Direito Empresarial, abordando os temas postos de forma objetiva e didática, proporcionando ao leitor a possibilidade de reflexões pragmáticas e fomento ao debate acadêmico sobre questões caras ao Direito Empresarial.

Hélio José Cavalcanti Barros e Sandro Mansur Gibran apresentam o artigo “A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO”. O trabalho dos autores aborda conceitos técnicos de forma didática e estimula uma reflexão acadêmica de uma abordagem prática acerca das sociedades anônimas de capital fechado, com sua diferenciação daquelas de capital aberto, trazendo à tona a questão da *affectio societatis* que pode interferir nos possíveis conflitos entre os sócios acionistas que impliquem em rompimento ou abalo da estrutura societária.

O artigo “CRAM DOWN: CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM BASE NO PLANO QUE QUASE ALCANÇOU QUÓRUM QUALIFICADO”, subscrito por Saulo Bichara Mendonça aborda uma reflexão sobre a dicotomia existente entre o Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio da Preservação ou Continuidade da Empresa a partir do objetivo do Cram Down. A discussão travada colaborar para melhor compreensão e aplicação da norma posta, considerando a forte ingerência de ambos os princípios sobre esse instituto adotado pelo sistema recuperacional nacional.

O trabalho do Daniel Rodrigues Thomazelli, intitulado “APLICAÇÃO DA LEI N° 14.133/2021 ÀS MES E EPPs À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS” faz importante abordagem de uma temática sensível às Pequenas Empresas, enquanto gênero do qual são espécies

o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte. O autor considera em seu trabalho a relevância dos empresários enquadrados como Pequenas Empresas para o equilíbrio econômico e social do país.

Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar, em seu artigo “O PAPEL DA ADVOCACIA EMPRESARIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS ECONÔMICOS FUNDAMENTAIS: PSICOLOGISMO, MERCADO E CIÊNCIA” aborda de forma inovadora o paradigma ideal ao exercício da atividade empresária, ponderando perfis de sistemas econômicos liberais e intervencionistas e seus reflexos sociais, sobretudo na oneração fiscal de pessoas físicas e jurídicas. O autor delimita a empresa no contexto do mercado sob a ótica do Direito Econômico e pondera sobre formas mais eficientes de desenvolvimento da atividade econômica empresarial.

“ETAPAS DO PROCESSO DE FUSÕES E AQUISIÇÕES - MERGERS AND ACQUISITION” é o artigo apresentado por Leonardo Seixas Alves Vieira, trata-se de um trabalho empírico que aborda de forma didática conceitos atinentes à temática e permitem a compreensão do processo de consolidação da empresa participante da operação de M&A, instrumental empregado no crescimento da sociedade, que permite que empresas alterem sua posição no mercado, expandindo seu nicho de atuação ou seu impacto no mercado em que atua.

Lucas Lacerda Esteves e Marlon Tomazette apresentam o artigo “CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 185.702/DF: A possível mitigação do direito de fiscalização dos acionistas minoritários”, um trabalho empírico, construído a partir de um estudo de caso, consolidado sob o tripé da teoria tridimensional do direito. Os autores desenvolvem a temática com maestria e proporcionam ao leitor uma reflexão pragmática de um tema complexo e atual.

“O CREDOR FIDUCIÁRIO NO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS” é o artigo apresentado por Tania Bahia Carvalho Siqueira. A autora aborda a questão da incapacidade de as empresas cumprirem obrigações assumidas numa situação indesejável, decorrente do desempenho operacional fraco derivado do ambiente de incertezas. O destaque de variados fatores, endógenos e/ou exógenos que podem acometer o desempenho da atividade empresarial

permite perceber a empresa pode ser levada a enfrentar uma crise financeira e econômica a despeito de falhas na gestão.

Ciro Portella Cardoso aborda em seu trabalho “A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA” a temática da função social da empresa em recuperação, contextualizando a empresa a partir dos parâmetros legais postos, evidenciando-a como uma estrutura de grande importância socioeconômica para o país, uma instituição a ser preservada e estimulada através dos recursos legais disponíveis.

Gabriela Ferreira Nacarato e Gabriel Charaf Bdine, abordam no artigo “VISUAL LAW E A NOVA FORMA DE SE ENXERGAR O DIREITO” uma temática sensível à comunicação a partir dos documentos jurídicos, discorrendo sobre Visual Law e a sua importância como ferramenta de trabalho intelectual.

Como fechamento, Nayara Luiza Bittencourt Silva, em seu artigo “A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA”, trata da desconsideração da personalidade jurídica sob a luz da Lei da Liberdade Econômica, promulgada privilegiando a mínima intervenção Estatal, fortalecendo os princípios da livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica.

Ansiamos para que essa obra contribua positivamente para o debate de temas essenciais à advocacia empresarial e estimule novas e aprofundadas pesquisas correlatas à temática.

Boa leitura!

CAPÍTULO 1

A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c1>

Helio José Cavalcanti Barros

Professor da PUC-RJ de processo civil e mestrando em Direito pelo UniCuritiba.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8742-1446>

Sandro Mansur Gibran

Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Mestre e Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>

OBJETIVO DA PESQUISA

Pretende-se realizar abordagem evolutiva da doutrina e da jurisprudência brasileira, bem como das mudanças legislativas, acerca das sociedades anônimas de capital fechado, com sua diferenciação daquelas de capital aberto.

Nas sociedades anônimas ditas de capital aberto os acionistas estão vinculados ao capital por eles investido, com uma visão econômico-financeira. Para testar a hipótese de que as sociedades anônimas de capital fechado têm, em muitas situações, conquanto sejam igualmente de capital, um aspecto típico das sociedades de pessoas que é o *affectio societatis* e que, nos conflitos que impliquem em rompimento ou abalo deste, há que se ter uma solução jurídica para que as sociedades não sejam integralmente dissolvidas.

Busca-se, igualmente, verificar as previsões acerca de matéria introduzidas no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 599 a 609, com a visão descritiva e crítica.

A metodologia utilizada é hipotética-dedutiva por meio da análise da hipótese proposta e sua possível validação.

INTRODUÇÃO

A natureza humana está intimamente ligada ao instinto social e gregário. E, ao conviverem entre si, os indivíduos verificam aptidões, afinidades e interesses comuns.

Surgem, assim, as vontades de conjugarem os esforços comuns em busca de resultados favoráveis.

Como pontua Mamede (2018, p. 23):

A formação de um grupo pode ser contratada entre as partes, de forma expressa ou mesmo tacitamente: afinal, o contrato não se confunde com o instrumento de contrato. O contrato é o acordo de vontades e o instrumento de contrato é o documento constituído especificamente para comprovar o contrato e, ao menos, algumas das cláusulas acertadas entre as partes. Apenas quando a lei exija um instrumento (documento escrito no qual se alternam os termos do ajuste), será esse um requisito para a validade dos ajustes (artigos 104, III, 107, 108 do Código Civil). De qualquer sorte, são os seguintes os elementos de um contrato de sociedade (artigo 981): (1) ajuste de vontade; (2) pluralidade de pessoas; (3) definição de obrigações recíprocas; (4) finalidade econômica; e (5) partilha dos resultados.

O conceito jurídico de sociedade é trazido pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 981, ao asseverar que:

Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens e serviços, para exercício da atividade econômica e a partilha entre si dos resultados.

Ainda, segundo o parágrafo único deste mesmo artigo, a sociedade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Como regra, a sociedade é plurilateral (constituída por dois ou mais sócios), de estrutura aberta (que permite o ingresso de novos sócios) e personificada (constituindo-se a chamada pessoa jurídica

por meio de registro), muito embora possam existir sociedades não personificadas como as sociedades em conta de participação e aquelas de fato ou irregulares (as de fato não possuem contrato social e as irregulares não o têm devidamente registrado).

As sociedades ainda se distinguem entre sociedades de pessoas e sociedades de capital.

Nas sociedades de pessoas, os sócios se unem por um vínculo de natureza pessoal, seja em sua constituição, seja no desenvolvimento das atividades sociais. Esse vínculo entre os sócios é o que se denomina *affectio societatis*.

Os tipos de sociedades de pessoas são as sociedades simples, limitada, sociedade em comandita simples e em nome coletivo.

Já as sociedades de capital são aquelas em que, a priori, não há uma relação intersubjetiva entre os sócios, estando eles unidos pelo capital investido e por pretenderem lucro; ou seja: a contribuição material dos sócios possui maior relevo que as características pessoais deles.

Muitos defendem que a sociedade limitada de natureza empresarial é de capital, na medida em que toda sociedade empresarial almeja o lucro.

Todavia, entende-se que o simples intuito lucrativo no desenvolvimento da atividade não é o fundamento único para se ter a sociedade como de capital e não de pessoas. Isto porque, conquanto se pretenda auferir lucro por meio da sociedade limitada empresarial, ela se constitui por um vínculo pessoal dos sócios e por uma maior ligação entre eles, enquanto contribuintes para o desempenho desejado da pessoa jurídica, sendo que este é o fator preponderante da característica social.

Diferentemente, na sociedade de capital há um relevo substancialmente maior da contribuição material do sócio, sendo que a participação pessoal dele, com suas próprias características de empreendedorismo, é de menor ou inexistente expressão.

Enquanto sociedades por ações, as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações são doutrinariamente classificadas como sociedades de capital.

Há, porém (e este é o objetivo desta pesquisa), que se considerar que existem as sociedades anônimas de capital aberto e as sociedades anônimas de capital fechado.

As sociedades anônimas de capital aberto são aquelas em que seus valores mobiliários (ações, debêntures, partes beneficiárias etc.) têm negociação em bolsa de valores ou em mercado de balcão, sendo eles no Brasil obrigatoriamente registrados perante a Comissão de Valores Mobiliários

Já a sociedade anônima de capital fechado é de formato particular, no qual as ações restringem-se aos acionistas especificados, sem a inclusão de suas operações em bolsas de valores ou em mercado de balcão regulados pela Comissão de Valores Mobiliários.

Também se pretende, por meio deste artigo, analisar as possibilidades de dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado, a partir inclusive dos conceitos de sociedade de pessoas e do *affectio societatis*.

AS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL FECHADO COM FORTE VÍNCULO ENTRE OS ACIONISTAS E SUA POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO COMO SOCIEDADE DE PESSOAS

Não se pode negar que, em algumas sociedades anônimas de capital fechado, constituídas por pessoas com vínculos intersubjetivos e mesmo frequentemente familiares, a característica de prevalência da contribuição material dos sócios em detrimento da atuação personificada deles na sociedade não se faz presente, havendo, a exemplo das sociedades de pessoas típicas, uma colaboração de esforços individuais dos acionistas, de grande valor para o desempenho das atividades sociais.

De certo, não são todas as sociedades anônimas de capital fechado que têm essa atuação particular dos acionistas no desempenho do fim social, podendo haver sociedades anônimas fechadas com dezenas ou centenas de acionistas, atraídos inclusive por ofertas de ações ao mercado, em que estará apenas ou majoritariamente presente a contribuição material do acionista, sendo as atividades sociais conduzidas por terceiros, em gestão profissionalizada e independente, e em busca da lucratividade.

Nestas hipóteses há clara circunstância de configuração de sociedade de capital. Todavia, quando – consoante anteriormente esclarecido – os acionistas estão fortemente ligados por vínculos pessoais e atuam diretamente até mesmo em conjunto enquanto administradores e diretores da companhia, há de se considerar a preponderância da intersubjetividade em relação ao capital investido. Não são poucas as sociedades anônimas fechadas com tais características, inclusive, constituídas por familiares. E aí a regra será a pessoalidade, não se podendo deixar de enxergar o *affectio societatis* e a tipificação delas como sociedades ditas de pessoas.

Neste sentido, bem observa Requião (2013, v. II, p. 56):

Não se tem mais constrangimento em afirmar que a sociedade anônima fechada é constituída nitidamente cum intuitu personae. Sua concepção não se prende exclusivamente à formação do capital desconsiderando a qualidade pessoal dos sócios. Em nosso país, com efeito, prevalece a sociedade anônima constituída tendo em vista o caráter pessoal dos sócios, ou a sua qualidade de parentesco, e por isso chamada de sociedade anônima familiar.

Destaque-se, ainda, o entendimento de Salomão Filho (2002, p. 55):

Não é a existência ou não de cooperação entre os sócios que diferencia ambos os tipos societários, mas sim a relevância da identidade dos sócios e o tipo de relação (pessoal ou não) que entre eles se estabelece. Ou seja, o elemento *affectio societatis* pode ou não existir em uma sociedade, enquanto que o elo de colaboração é condição essencial à própria existência da sociedade.

A CESSAÇÃO DA AFFECTIO SOCIETATIS NAS COMPANHIAS ANÔNIMAS FECHADAS DE CARÁTER INTUITU PERSONAE E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Conforme demonstrado anteriormente, muito embora exista divergência doutrinária, é possível defender, em alguns casos, a existência de sociedades anônimas de capital fechado como sociedades de pessoas: haverá nestas o liame afetivo, a confiança dos sócios entre si e o trabalho colaborativo e conjunto dos acionistas em busca do melhor resultado social. Estas circunstâncias ou características estão ainda mais presentes em sociedades familiares ou nas sociedades de conotação familiar.

Quando o affectio societatis é rompido, entrando um ou mais acionistas em confronto com os demais, e o vínculo de confiança e colaboração entre eles desaparece ou torna-se de pequena monta, a questão é saber qual solução jurídica é possível de ser aplicada por iniciativa, a requerimento ou em desfavor do(s) dissidente(s) (?).

Além da hipótese negocial de deixar o acionista insatisfeito de integrar a sociedade por cessão de suas ações a terceiro (possibilidade não tão comum em sociedades de capital fechado intuitu personae nas quais o novo acionista encontrará, de regra, dificuldades para atuar na companhia em que ingressa), existem duas outras hipóteses a serem cogitadas e analisadas em seu cabimento: o direito de retirada de acionista, nas expressas, taxativas e restritas situações do artigo 137 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) e a dissolução judicial (total ou parcial) da sociedade.

O direito de retirada, por ter contornos específicos previstos na lei societária e por não ser o objeto deste estudo, não será aqui tratado. Verificar-se-á, então, apenas acerca da possibilidade ou não de dissolução judicial (total ou parcial) da sociedade.

A DISSOLUÇÃO JUDICIAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL FECHADO E SUA EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

Do capítulo que à sociedade simples é próprio no Código Civil, estabelece o artigo 1030 do Código Civil:

ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Já o artigo 1089 dispõe que a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

No Código de Processo Civil de 1973 não se encontra qualquer previsão de dissolução judicial parcial da sociedade anônima, havendo, apenas, o disposto no seu artigo 1.218, inciso VI, a remeter para manutenção em vigor, até disciplina legal futura, dos artigos 655 a 674 do Código de 1939, os quais, cuidando da dissolução e liquidação da sociedade, previam apenas o procedimento judicial de dissolução total delas, nos casos previstos em lei ou em contrato social.

Quanto às sociedades anônimas, a Lei nº 6.404/76 cuidou de estabelecer, em seu artigo 206:

Art. 206. Dissolve-se a companhia:

I - de pleno direito:

- a) pelo término do prazo de duração;
- b) nos casos previstos no estatuto;
- c) por deliberação da assembleia-geral (art. 136, X);
- d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;
- e) pela extinção, na forma da lei, da autorização para funcionar.

II - por decisão judicial:

- a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;

b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;

c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei;

III - por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial.

Portanto, a partir deste artigo 206, vê-se que também a Lei de Sociedades Anônimas não cuidou da hipótese de dissolução parcial das companhias, limitando-se a possibilitar sua extinção por anulação de sua constituição, prova de impossibilidade de preenchimento de seu fim social em ação proposta por acionistas titulares de 5% (cinco por cento) ou mais do capital social e nas hipóteses de falência ou de decisão administrativa de autoridade competente.

Não há na lei a figura do rompimento da *affectio societatis* nas sociedades anônimas de capital fechado como elemento sequer de possibilidade de dissolução total. Afinal, prever-se a hipótese de dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim social é algo distinto de abrigar a extinção por quebra do vínculo pessoal e de comprometimento dos acionistas para o êxito dela, nas sociedades anônimas de capital fechado que ostentam *intuitu personae*.

A sociedade pode estar perfeitamente em atividade, cumprindo seus fins sociais adequadamente e ainda assim haver divergência entre os acionistas que comprometa o bom relacionamento entre eles e prejudique a atuação pessoal e conjunta em busca de sucesso empresarial.

A Lei nº 6.404/76, a fim de evitar a extensão de conflitos entre os acionistas decorrentes de abuso de poder ou outras razões originadas da ausência do espírito cooperativo, prevê alguns mecanismos específicos, pautados nos deveres de cooperação, lealdade, informação, dentre outros, a fim de obrigá-los a atuarem de maneira direcionada e vantajosa coletivamente. Ao invés de exigir-se a exclusão

do sócio/acionista, pode-se conduzi-lo a readequar a sua conduta. Nesse sentido, orienta Pinto Júnior (1984, pp. 83-89):

É forçoso se reconhecer que a conduta antijurídica do acionista, no mais das vezes, pode ser satisfatoriamente corrigida pelo sucedâneo reparatório, ou por outros meios alternativos, v.g., a anulação do ato abusivo, ou a convalidação de ato, embora sem a sua colaboração ativa considerada indispensável. Em outras palavras, as violações ao dever de cooperação, omissivo ou comissivo, imposto ao sócio da sociedade anônima, normalmente não provoca um impedimento juridicamente insuperável à realização do objeto social. Dessa forma, a exclusão torna-se irrelevante, podendo até redundar em prejuízo à própria companhia, pelo desfalque patrimonial decorrente do reembolso de capital devido ao acionista excluído.

É, entretanto, imprescindível que se reconheçam situações fáticas determinantes para impossibilitar o prosseguimento da vinculação societária de acionistas que assim se comportem, destacando-se a necessidade de exclusão de um deles, aquele que venha a colocar em risco o bom andamento das atividades da companhia e a sua própria subsistência, conforme ressalta Pinto Júnior:

Todavia, é perfeitamente possível se vislumbrar determinadas situações, onde a permanência do acionista na companhia venha a pôr em risco a sua sobrevivência como um todo, bem como a continuação da atividade empresarial. Esta ameaça pode ter origem num comportamento ilícito, cuja reparação não possa ser alcançada por nenhum dos mecanismos protetivos previstos na lei societária, ainda, ser resultado de fatores alheios à própria vontade do acionista.

Nesse contexto, veio a doutrina, aos poucos, com a correlação ao princípio da preservação da empresa, a sustentar a possibilidade de dissolução judicial parcial da sociedade, seja com o pedido de

exclusão deduzido pelo dissidente, seja tendo ele como réu a requerimento dos demais acionistas.

Todavia, a jurisprudência manteve-se por bom tempo relutante em aceitar que as sociedades anônimas de capital fechado pudessem ter sua dissolução judicial parcial aceita, prendendo-se ao conceito tradicional de que a sociedade anônima seria sempre de capital e cerrando os olhos para as circunstâncias de extrema pessoalidade e que se encontram presentes em certas companhias de capital fechado, principalmente naqueles familiares.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, até 2002, entendia pela impossibilidade de dissolução parcial da sociedade anônima, conforme decidido no julgamento do Recurso Especial n. 419174/SP, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assim ementado:

Sociedade anônima. Dissolução parcial. Precedentes da Corte. 1. É incompatível com a natureza e o regime jurídico das sociedades anônimas o pedido de dissolução parcial, feito por acionistas minoritários, porque reguladas em lei especial que não contempla tal possibilidade. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Passou, contudo, a ganhar força a noção de necessidade de preservação da empresa e deu-se maior voz aos defensores do cabimento de tal dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado.

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, pressupostos do princípio da preservação da empresa que foi expressamente insculpido pelo art. 47 da Lei nº 11.101/05, que cuida das recuperações judiciais e extrajudiciais e da falência.

Acerca da preservação da empresa, leciona Ulhoa Coelho (2013, p.80):

O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas

também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial.

Na realidade, o estabelecimento do princípio da preservação da empresa supera os interesses particulares, como de sócios, acionistas, credores, trabalhadores, fisco ou quaisquer outros, sobrepujando a função social da empresa e a necessidade da manutenção da atividade empresarial porque atende a interesses coletivos, inclusive, estatais.

Assim, o princípio da preservação da empresa existe com o fito de assegurar a manutenção das atividades empresárias, garantindo o alcance da sua finalidade social e contribuindo, deste modo, para uma economia mais saudável, com maior arrecadação tributária, garantia de empregos e circulação de bens e serviços.

De acordo com Barbi Filho (2004, p. 489), originalmente, a dissolução parcial volta-se para sociedades contratuais e personalistas e não às sociedades institucionais ou de capital, como bem explica:

Primeiramente, os acionistas não possuem vínculo contratual entre si. Adquirem ou transferem suas participações no capital – as ações – sem reflexos para a companhia, sempre regida pelos estatutos sociais promulgados no ato constitutivo da sociedade. Por essa razão, inexistente liame contratual a ser parcialmente dissolvido entre a sociedade e um ou alguns de seus acionistas. [...] Por outro lado, nas sociedades institucionais e capitalistas, sempre houve mecanismos específicos para a livre entrada e saída dos sócios, indispensáveis aos próprios fins do modelo corporativo de harmonização entre acionistas investidores e gestores. Assim sendo, institutos como a venda de ações em bolsa de valores, o direito de recesso, o resgate e a amortização de ações fizeram das sociedades institucionais e de capitais entidades nas quais não havia sentido a ideia de dissolução parcial. Ademais, sendo a sociedade predominantemente de capitais, na qual a identidade do sócio não é relevante, o eventual rompimento da *affectio societatis*

– que muitos entendem inexistente nesse modelo societário - não seria justificativa para autorizar a saída do sócio insatisfeito, que ali deveria permanecer até que encontrasse um adquirente para sua participação.

Foi em homenagem ao princípio da preservação da empresa, que a dissolução parcial de sociedades surgiu como alternativa à dissolução total, com o fito de evitar a extinção absoluta da sociedade empresária e garantir a sua continuidade, justamente em preponderância do interesse coletivo.

Atentas às sociedades anônimas enquadradas como contratuais ou de pessoas, a doutrina e a jurisprudência entenderam pela alteração do posicionamento, estendendo a esta espécie empresarial específica a autorização para a dissolução parcial com a exclusão de acionista.

Seguindo esta linha interpretativa e com observância ao mesmo princípio preservativo, mas antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil vigente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.303.284/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, consolidou entendimento no sentido de que a dissolução parcial de sociedade anônima é admitida quando tratar-se de sociedade fechada de cunho familiar:

EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. DISSOLUÇÃO. FUNDAMENTO NA QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR A PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS SÓCIOS. CITAÇÃO INEXISTENTE. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA. 1. Admite-se dissolução de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da affectio societatis. 2. A dissolução parcial deve prevalecer, sempre que possível, frente à pretensão de dissolução total, em homenagem à adoção do princípio da preservação da empresa, corolário do postulado de sua função social. 3. Para formação do livre convencimento motivado acerca da inviabilidade de manutenção da empresa dissolvenda, em

decorrência de quebra da liame subjetivo dos sócios, é imprescindível a citação de cada um dos acionistas, em observância ao devido processo legal substancial. 4. Recurso especial não provido.

Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça já havia julgado o Recurso Especial nº 917.531/RS, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão orientando que:

É bem de ver que o art. 206, II, b, da Lei das S/A contempla hipótese de dissolução total da companhia por decisão judicial, quando provado que ela não pode preencher o seu fim, o que sói ocorrer quando há desinteligência entre os acionistas, uma vez que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.

Todavia, a regra da dissolução total em nada beneficiaria os valores sociais envolvidos no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país, razão pela qual o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, implicando a sua continuidade em relação aos sócios remanescentes.

O instituto da dissolução parcial erigiu-se, em sua gênese, voltado às sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social, contudo deve-se reiterar que a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão daquele instituto às sociedades circunstancialmente anônimas.

Significa dizer que o Superior Tribunal de Justiça vem firmando sólido entendimento no sentido de considerar a possibilidade jurídica do pedido de dissolução parcial de sociedade anônima, estabelecendo

que deverá ser examinada sob o prisma da essência de sua constituição e da preservação de sua continuidade.

Em outras palavras, passou a considerar o Superior Tribunal de Justiça a extensão da interpretação pela possibilidade de dissolução parcial da sociedade anônima, que se justificará quando ela configurar como sociedade de pessoas, eminentemente contratual e não a uma sociedade de capital, com características institucionais. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu-se na lei a possibilidade da sociedade anônima ser objeto de ação de dissolução parcial, por meio do artigo 599, § 2º. E desse novo regramento legal tratar-se-á a seguir.

O NOVO PROCEDIMENTO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE TRAZIDO PELO CPC/2015

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a lei processual agora tem expressa previsão sobre a possibilidade de dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado.

De fato, prevê o art. 599 e seu parágrafo segundo do Digesto Processual Civil:

Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto:

I - a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e

II - a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou

III - somente a resolução ou a apuração de haveres.

§ 1º A petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado.

§ 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando

demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

Ampliou-se, deste modo, o que previa a Lei de Sociedades Anônimas, que, em seu artigo 206, II, b, só admitia a possibilidade de dissolução total da sociedade, e bem assim na impossibilidade de preenchimento do seu fim social.

Agora a lei processual civil apresenta duas hipóteses: a) resolução da sociedade em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; b) demonstração por acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que a sociedade não pode preencher seu fim.

A questão que se apresenta é se a ruptura da *affectio societatis* seria causa de impossibilidade de preencher o seu fim social. Para parte da doutrina, como Santos (2017, p.1334) e Eizerick (2011, v. III), a análise é de que não é, portanto, negam a possibilidade de dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado por quebra de *affectio societatis* .

Isto porque, como já anteriormente esclarecido, mesmo com a ruptura dos laços de atuação conjunta dos acionistas, é possível que a sociedade anônima de capital fechado continue a desenvolver suas atividades com razoabilidade e normalidade, não se tendo, pois, a impossibilidade de alcance do fim social.

Deste modo, para os que assim pensam, o Código de Processo Civil de 2015 estaria, portanto, desautorizando a dissolução parcial da sociedade anônima fechada por quebra de *affectio societatis* .

Não pode, por óbvio, ser esse o entendimento mais adequado.

Em primeiro lugar, porque, como se analisou no início desta pesquisa, as sociedades anônimas de capital fechado com vínculo forte de ligação e somatório de esforços produtivos entre os acionistas, em especial os familiares, são por boa parte da doutrina tidas como sociedades de pessoas e o *affectio societatis* existir é da essência das sociedades de caráter pessoal.

Em segundo lugar, porque tal entendimento representaria retrocesso na evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, sendo amplamente admitida na jurisprudência atual a possibilidade

de dissolução parcial de sociedade anônima fechada com vínculo pessoal entre os acionistas por quebra dessa ligação intersubjetiva que os une.

A busca de identidade entre quebra de *affectio societatis* e impossibilidade de preenchimento de fim social, a fim de subsumir-se à hipótese legal do artigo 599, § 2º do Código de Processo Civil de 2015 é, pois, imperfeita.

A ruptura dessa ligação pessoal colaborativa na sociedade entre os acionistas da sociedade anônima fechada não é determinante para a impossibilidade dela alcançar seu fim social nem mesmo ter suas atividades estagnadas ou prejudicadas, podendo a sociedade ter enorme sucesso empresarial ainda que um de seus acionistas contra ela desenvolva esforços ou se omita em sua atitude colaborativa.

E ainda assim, sendo ela configurada como sociedade de pessoas, há a permissão para sua dissolução parcial visando a exclusão do acionista dissidente por quebra de *affectio societatis*, visto que nenhuma sociedade de pessoas há de ser compelida a tolerar dentre seus sócios quem em favor dela não labore.

Sente-se, portanto, falta no Código de Processo Civil vigente de dispositivo expresso que autorize a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado que possua contornos intersubjetivos entre os acionistas por quebra de *affectio societatis*.

Mas não é essa omissão legislativa, diante da configuração dessas sociedades com vínculo interpessoal entre os acionistas como de pessoas e da evolução doutrinária e jurisprudencial já alcançada, que pode mudar a circunstância de que tal dissolução parcial judicial por quebra de *affectio* é perfeitamente cabível.

Quanto ao procedimento, o Código de Processo Civil de 2015 dispôs para a ação de dissolução parcial de sociedade um procedimento especial estabelecido nos seus artigos 599 a 609, sendo curioso observar que - por não haver um procedimento especial para elas previsto - as ações de dissolução total da sociedade continuam submetidas ao procedimento comum, o que revela, parece, mais uma omissão legislativa sem explicação.

Os legitimados para a propositura da ação são aqueles referidos pelo artigo 600 do Código de Processo Civil de 2015; ou seja:

os legitimados passivos são os sócios e a sociedade, sendo esta não incluída no polo passivo se todos os sócios o forem (art. 601 e parágrafo único).

Uma vez contestada a ação, o procedimento especial cede ao procedimento comum, que passa a ser o aplicável (art. 603, § 2º.). Questão que merece e merecerá sempre larga discussão é a apuração dos haveres do sócio ou sócios excluídos.

O Código de Processo Civil vigente buscou trazer luzes e balizamento à apuração de tais haveres, não só prevendo o dever do juiz fixar a data da resolução da sociedade e a definição dos critérios de apuração à luz do contrato (ou estatuto) social, como estabelecendo a perícia contábil para tanto e a obrigação de depósito pela sociedade ou sócio do valor encontrado incontroverso, que poderá ser desde logo levantado pelo sócio excluído, devendo este depósito também seguir o previsto no contrato ou estatuto social.

A data de resolução da sociedade seguirá, a princípio, o que dispõe o artigo 605 do Código de Processo Civil, podendo ser revista pelo juiz a pedido da parte, desde que antes do início da perícia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, realizou-se inicialmente a distinção entre sociedades de pessoas e de capital.

Passou-se a examinar as sociedades anônimas que, conquanto sejam a priori tidas como sociedades de capital, quando se revestem da forma fechada e há vínculo pessoal entre os acionistas, que atuam colaborativamente e de forma intersubjetiva para sua finalidade social, podem, na conceituação de alguns doutrinadores, ser tidas como sociedades de pessoas.

Na digressão histórica da doutrina e jurisprudência foi constatado que, conquanto até há pouco mais de uma década prevalecesse o entendimento da impossibilidade de dissolução parcial judicial de sociedade anônima de capital fechado, a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, evoluiu para aceitá-la, naquelas sociedades onde se verificasse a quebra da *affectio societatis* entre os acionistas.

O Código de Processo Civil de 2015 veio a trazer para o ordenamento jurídico um procedimento especial para a ação de dissolução parcial de sociedade, prevendo inclusive que é cabível a ação de dissolução de sociedade anônima de capital fechado, a requerimento de acionistas que representem 5% ou mais do capital social, quando a sociedade estiver impossibilitada de atingir o seu fim social.

Embora haja a possibilidade de enxergar que, por aludir o Código de Processo Civil apenas à impossibilidade de alcance do fim social, não haveria abrigo para admissão da ação fundada na quebra de *affectio societatis*, não é este, por evidente, o melhor entendimento, uma vez já sufragado o cabimento da ação nessa hipótese pelos Tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Código de Processo Civil vigente criou um procedimento especial para a ação de dissolução parcial de sociedade - gerando uma situação inusitada, pois não há um procedimento especial previsto para as ações de dissolução total da sociedade - no qual disciplinou os legitimados ativos e passivos, momento de fixação de resolução da sociedade para fins de apuração de haveres e a forma como estes devem ser calculados, considerando a prevalência do que consta no contrato ou estatuto social e, na ausência de previsão, o que é disciplinado pelo Código Civil.

Assim, o presente artigo propôs um panorama acerca da ação de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado no Brasil, considerando, em especial, a disciplina advinda pelo Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

BARBI FILHO, Celso. Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BRASIL. Lei 6404 de 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 419174/SP, publicado no Diário de Justiça de 28 de outubro de 2002, p.311.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 917.531/RJ, publicado no Diário de Justiça de 01 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1303.284/PR, publicado no Diário de Justiça de 13 de maio de 2013.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

EIZIRIK, Nelson. A lei das S/A comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. III.

FERNANDES, Jean Carlos. Direito Empresarial Aplicado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HECKER DA SILVA, João Paulo. Legitimidade Passiva na Ação de Dissolução Parcial de Sociedade do Código De Processo Civil de 2015 - Uma Análise Crítica - Processo Societário, Volume III. São Paulo: Quatier Latin, 2018.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro – Direito Societário, sociedades simples e empresários. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS NETO, Carlos. Notas Sobre o Estágio Atual da Dissolução Parcial de Sociedade Anônima Fechada no Brasil - Revista Semestral de Direito Empresarial, 2016.

MOREIRA ROCHA, Lucas Salles e MONTEIRO MAFRA, Tereza Cristina. Exclusão Judicial de Sócios e dissoluções Parciais nas Sociedades Anônimas - Revista Brasileira de Direito Empresarial, 2017.

PEIXOTO, Ravi e TAVARES DE LUCENA, Tamyres. Ação e Dissolução Parcial de Sociedade: Uma Análise dos Aspectos Polêmicos - Revista de Direito Recuperacional e Empresa, 2019.

PINTO JR., Mário Engler. Exclusão de Acionista. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V. 54, abril-junho/1984.

QUINAUD PEDRON, Flávio e SANTOS CAZASSA, Luiza de Paula. O Procedimento Especial da Dissolução Parcial da Sociedade no Código de Processo Civil de 2015: Primeiras Impressões - Revista Brasileira de Direito Processual, 2017.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. II.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Paulo Penalva. Dissolução da Companhia. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). Direito das Companhias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ULHOA COELHO, Fábio, Curso de Direito Comercial. Direito da empresa. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIO, Daniel de Ávila. A Exclusão De Sócios Na Sociedade Limitada De Acordo Com O Código Civil De 2002. Dissertação apresentada a FDUSP para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo: 2008.

CAPÍTULO 2

CRAM DOWN: CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM BASE NO PLANO QUE QUASE ALCANÇOU QUÓRUM QUALIFICADO

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c2>

Saulo Bichara Mendonça

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Campos. Professor Associado na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica.
<https://orcid.org/0000-0001-9851-1631>

INTRODUÇÃO

A temática tratada neste estudo demanda uma reflexão sobre a dicotomia existente entre o Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio da Preservação ou Continuidade da Empresa a partir do objetivo do Cram Down. A discussão travada deverá colaborar para melhor compreensão e aplicação da norma posta, considerando a forte ingerência de ambos os princípios sobre esse instituto adotado pelo sistema recuperacional pátrio.

Destarte, tem-se por objeto o escrutínio da existência de um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, representados pelos princípios em tela, enquanto esteio dos anseios que devem ser considerados pelo magistrado quando da aplicação do Cram Down.

Salienta-se que o foco desta pesquisa será a supremacia da força da decisão judicial sobre a decisão assemblear, com base na preservação ou na continuidade da empresa, apesar dos interesses dos credores manifestados democraticamente em assembleia geral de credores (AGC) legitimamente constituída.

Em razão disso, considera-se como norte desta análise a seguinte questão: O instituto do Cram Down representa efetiva lesão à manifestação autônoma da vontade dos credores da empresa em recuperação judicial, manifestada livremente em assembleia geral, ainda que seu fim seja a preservação ou a continuidade da empresa?

Parte-se da premissa segundo a qual o Cram Down não impacta negativamente na autonomia da vontade manifestada livremente em assembleia pelos credores da empresa em recuperação, posto que o fim almejado quando da autorização de intervenção judicial é a preservação ou a continuidade da empresa devedora e, por conseguinte, a plena satisfação dos credores.

A despeito da decisão judicial divergir da vontade de parte dos credores que legitimamente se posicionaram em assembleia geral regularmente constituída, essa contrariedade se justifica pela supremacia do interesse público sobre o particular, caracterizando tal decisão por sua eficiência, consoante ao que se extrai do entendimento acerca do ótimo de Pareto.

O presente estudo se justifica pela complexidade do tema que atrai atenção de partes opostas na relação processual, na qual se verifica a discussão acerca da recuperação judicial de empresa, de um lado os credores, ansiando pela satisfação de seus direitos creditícios, de outro a empresa em recuperação, aspirando pela autorização de execução do seu plano de recuperação.

Entre as partes está o magistrado, amparado pela norma posta, notadamente o art. 58, §§1º e 2º da Lei nº 11.101/2005, mitigando os interesses e compondo a lide com atenção voltada a melhor satisfação dos interesses públicos e privados, primando por meios de satisfação dos credores e da preservação da empresa, concomitantemente.

Como meio de esmiuçar a questão posta na dedução de uma conclusão que venha verificar a hipótese aventada, a pesquisa realizada considerará a norma vigente, como elemento objetivo e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que se apresentam em sentido oposto e favorável à aplicação do instituto do Cram Down. Para tanto, o raciocínio a ser apresentado foi estruturado sob três pilares a saber: a empresa e o empresário; a assembleia geral de credores e o Cram Down.

Após as considerações reflexivas, será apresentada as considerações finais, nas quais a hipótese será sumariamente defendida.

A EMPRESA E O EMPRESÁRIO

A empresa não possui um conceito definido em lei. Essa imprecisão acerca do conceito positivado indica a consequência “da aplicação do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador, estrangeiro e brasileiro” (LOBO, 2002, p. 94).

Adota-se o referencial teórico extraído da teoria poliédrica de Alberto Asquini, e, não raras vezes, sem atentar à complexidade do raciocínio do autor.

Asquini não aceita a tal “poliedria” da empresa [...]. O próprio autor, que, como já dito alhures, se limitou a narrar o fato, critica a identificação da empresa com o empresário ou com o estabelecimento. No mesmo sentido é que aludiu aos tais “perfis”, defendeu um tratamento mais apurado da matéria, reconduzindo a empresa a limites mais estreitos do que os usualmente aceitos. Também para Asquini, a empresa não se confunde com empresário nem tampouco com o estabelecimento. O jurista aponta, repita-se, a incorreção do emprego do vocábulo em tais acepções. (DUARTE, 2004. p. 25).

Segundo Mamede (2013. p. 29), a empresa consiste numa organização dos meios de produção, incluindo elementos materiais e imateriais, pessoas e procedimentos adotados para a consecução de determinado fim, visando, naturalmente, a obtenção de vantagens econômicas. Essa atividade economicamente organizada, desenvolvida de forma profissional representa um conjunto de funções específicas, executadas com a finalidade de otimizar a atuação econômica e a produção de riquezas. É o lucro que remunera o investimento na atividade econômica empresarial. O lucro constitui a função social da empresa (MENDONÇA, 2012).

O conceito jurídico, como expressão do significado do fenômeno, é o mesmo

econômico, sociológico, religioso ou político, na sua essência, apenas, como todos os outros, formulados de acordo com a visão e a linguagem da ciência que o elabora: no caso da ciência jurídica de forma a se ajustar às categorias instrumentais com que opera. (BULGARELLI, 1985. p. 202)

A empresa como atividade tem por característica a organização, por essa razão exige-se que o empresário a desenvolva de forma profissional e economicamente organizada.

O alcance da meta proposta quando da instituição da empresa pelo empresário exige dedicação deste à organização de elementos, que se agrupam por contratos sob sua coordenação, a fim de reduzir custos de produção e maximizar resultados de forma eficiente. (MENDONÇA, 2017, p. 48)

A empresa é a atividade desenvolvida pelo empresário, sua profissão, sua atividade principal, na qual a organização consiste na essência desse trabalho, dessa atividade que é a empresa.

E não raras vezes, o empresário é marginalizado, por assim dizer, por se dedicar a este mister. Confundem-no com um capitalista selvagem sem considerar as idiosincrasias individuais de cada agente econômico que se propõe a desenvolver a empresa.

Existe um sólido instituto que põe o empresário abaixo de todos os outros profissionais e joga-lhe às costas um fardo de inferioridade social do qual ele não consegue se livrar, mesmo na América. O próprio empresário reconhece esta suposição de sua inferioridade, mesmo quando protesta contra ela. É o único homem, além do verdugo e do gari, que vive se desculhando por sua ocupação, para fazer parecer, quando atinge o objetivo de seu trabalho – i.e., ter ganho uma montanha de dinheiro –, que o dinheiro não era o objetivo de seu trabalho. (MENCKEN, 1988, p. 29)

A anedota pode não comportar o espírito desta época e nem combinar bem com trabalhos acadêmicos, mas exemplifica o filtro

que, por regra, parece ser posto ao empresário que, mesmo regular, não excepcionalmente é malvisto por seus semelhantes como se fosse vil e avaro, longe de ser visto como responsável por uma atividade essencial ao desenvolvimento social e, quiçá, como promotor de uma efetiva justiça social.

Este agente econômico, responsável pela atividade empresária quando se vê em déficit econômico, financeiro e patrimonial reversível, pleiteia sua recuperação ao Estado na figura do juiz, solicitando a possibilidade de propor novação aos credores titulares de créditos negociáveis (outros empresários).

Sim, considerando que os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho têm que ser pagos até um ano do requerimento de recuperação judicial (art. 54, Lei 11.101/2005) e os créditos de natureza estritamente salarial devem ser quitados em até trinta dias do requerimento (art. 54, §1º, Lei 11.101/2005) e que o requerente deve apresentar certidões negativas de débitos tributários, na forma do art. 57, Lei 11.101/2005 para ver deferida a recuperação judicial, só resta ao requerente propor um plano de recuperação que constitua uma espécie de novação em relação aos titulares de créditos que não tenham natureza trabalhista ou tributária.

Desta forma, os credores titulares de créditos civis empresariais constituirão a assembleia geral de credores (AGC) e terão legitimidade e competência para apreciar o plano de recuperação judicial a ser apresentado tempestivamente (art. 53, Lei 11.101/2005) pelo requerente.

A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES

A AGC é a forma pela qual se assegura aos credores, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial e da falência, a oportunidade de participar ativamente do processo em si. Seriam os principais interessados na recuperação da empresa e na liquidação dos bens da massa falida.

Notadamente, no que se refere à AGC, é de se esperar que na recuperação de empresa haja interesses em comum entre os credores,

pois todos devem objetivar o adimplemento do recuperando. Mas, os interesses sempre podem divergir.

Por isso, o legislador estabeleceu um rito de votação apropriado. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41, Lei 11.101/2005, deverão aprovar a proposta por mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. Nas classes previstas nos incisos I e IV do mesmo artigo, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. Os credores cujo plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito, não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação de quórum de deliberação.

A realização da AGC será imprescindível sempre que houver objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, sem prejuízo das competências estabelecidas no art. 35, inciso I, Lei 11.101/2005.

Via de regra, a decisão da AGC é soberana, uma vez cumpridas as exigências legais, caberá ao magistrado conceder a recuperação judicial ao devedor requerente sempre que o plano de recuperação judicial não tiver sofrido objeção de credores nos termos do art. 55, Lei 11.101/2005, ou que tenha sido aprovado pela AGC na forma dos arts. 45 ou 56-A da mesma Lei.

Verifica-se que, ao magistrado não assiste a faculdade de decidir quanto à concessão ou não do plano de recuperação judicial, uma vez aprovado pelos credores. O respeito a autonomia da vontade é regra, inobstante do teor do plano em si, posto que se trata de direitos patrimoniais disponíveis. Neste sentido, se verifica o entendimento consolidado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

Como sabido, o plano de recuperação judicial é destinado aos credores e a assembleia geral

de credores é que possui soberania para sua aprovação. Conforme já expressou este E. Tribunal de Justiça, o Plano de Recuperação Judicial nada mais é do que uma transação realizada entre devedora e credores, com a novação da dívida original e a concessão de novos prazos para pagamento. [...] Não se olvide que nos termos do Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial da legalidade [...] (AREsp: 1277075 SP 2018/0064911-8).

A despeito da soberania da AGC, há entendimentos (CARNIO, 2018) no sentido de reconhecer a necessidade e a possibilidade de exercer um controle de legalidade por parte dos magistrados sobre o plano de recuperação judicial de empresas, visando a realização do controle das cláusulas do plano, a verificação de eventuais defeitos no negócio jurídico proveniente da decisão assemblear, a investigação se a decisão foi efetivamente tomada em respeito ao quórum legal e a análise de eventuais abusividades no exercício do voto por credores.

Não se espera que o magistrado tenha melhores condições de compreender as demandas dos credores ou a capacidade do devedor de honrar seus compromissos a partir de novas metas.

Trata-se, portanto, de critério de oportunidade e não de legalidade, daí que acrescenta: “O juiz, por essência, não é empresário, de modo que pretender que obtenha êxito, onde fracassaram outros com mais experiência é uma quimera, nem mesmo ajudado pelo síndico, que não é um administrador de empresas”. (BULGARELLI, 1999, p. 156-157)

Também não se pretende mitigar o direito de negociação das partes titulares dos direitos e deveres disponíveis, mas, os interesses postos exigem que não se atribua ao magistrado o papel de mero homologador, sob pena de relegar a segundo plano o objetivo precípuo da Lei 11.101/2005, qual seja, a preservação ou continuidade da empresa por meio de sua efetiva recuperação.

E, agora, tendo em mente a figura do empresário, de sua atividade e dos credores da empresa em recuperação, constituídos em AGC, passa-se a análise do instituto do Cram Down enquanto instrumento destinado à promoção do equilíbrio entre a autonomia da vontade dos credores e a meta da preservação ou continuidade da empresa.

CRAM DOWN

Comumente utilizado em um contexto corporativo, a expressão Cram Down ganhou popularidade a partir das falências decorrentes da crise econômica que acometeu também os Estados Unidos nos anos de 2007 a 2009. Em tradução livre, a expressão é compreendida como “empurrar goela abaixo”.

Em linhas gerais, a lei americana permite impor judicialmente a aprovação do plano de recuperação se ele for “justo e equitativo” (fair and equitable) no tratamento das diversas classes de credores e “não discriminar injustamente” (not discriminate unfairly) os credores de uma mesma classe. (CRUZ, 2022, p. 991)

Dentro do contexto normativo pátrio, o Cram Down constitui uma hipótese legal a qual, apesar de haver negativa de parcela da AGC acerca do plano de recuperação judicial, este poderá ser autorizado pelo magistrado, atentando as condições elencadas nos incisos do §1º do art. 58, Lei 11.101/2005.

O cram down, que dá ao juiz o poder de intervir na deliberação dos credores (...) A sua aplicação envolve uma grande margem de discricionariedade do juiz, especialmente na definição sobre justiça e equidade do plano, bem como sobre a ausência de discriminação injusta. Assim, caberá ao juiz verificar se há alguma discriminação entre as classes e se ela é justa, deixando margem para um claro juízo de valor. Além disso, caberá ao juiz analisar se o plano é justo e equitativo, mais uma vez numa análise bastante subjetiva, que, porém, possui

certos testes de verificação. (TOMAZETTE, 2017, p. 296)

Logo, verifica-se uma significativa abertura para imposição da vontade por parte do Magistrado, em detrimento da vontade dos credores consolidados em AGC, visando conduzir a empresa em recuperação por um processo de superação da crise financeira, econômica e patrimonial, a fim de permitir que ela volte a cumprir com eficiência a sua função social, a despeito das restrições postas pelas condições legais necessárias à imposição deste procedimento.

[...] há casos em que o atingimento do quórum de mais de um terço pode se mostrar impossível, principalmente quando, pelo valor do crédito, um único credor seja detentor de mais de dois terços e opte por rejeitar o plano, bem como há casos em que a classe é composta por único credor. Lembrando que a rejeição do plano importa em convocação em falência; em alguns casos, um único credor teria o poder de decretar a quebra da recuperanda, ainda que todos os outros estivessem favoráveis à recuperação.

Essa situação não pode prevalecer em detrimento do interesse dos demais credores e em detrimento da preservação da empresa. [...] Cabe ao magistrado esse controle de legalidade. (COSTA; MELO, 2021, p. 173)

Há argumentos (LIMA FILHO, 2017) que defendem a abolição do Cram Down no Brasil, recomendando, por exemplo, a alteração legislativa para o estabelecimento de um quórum fechado de deliberação (que torne mais simples a quantificação de votos e valores), de modo a limitar enfaticamente a atuação do magistrado apenas ao exame de legalidade do plano de recuperação apresentado.

Talvez, o ideal seja não pender para nenhum dos extremos, nem pela maximização da intervenção do magistrado, em detrimento da decisão assemblear e nem pela tutela da soberania da vontade dos credores.

O sincretismo entre a autonomia da vontade dos credores e a preservação ou continuidade da empresa, sugere um equilíbrio entre

os interesses postos e uma forma pragmática de alcançar a meta de preservar a empresas que apresente um plano de recuperação economicamente viável.

É hora de superar o dualismo soberania do juiz vs. soberania dos credores, que se tornou anacrônico no direito falimentar contemporâneo, em vista do consenso em torno da idéia de que o sistema deve procurar conciliar o papel do juiz, do devedor e dos credores na produção de soluções que atendam à função pública do direito da empresa em crise.

Tem-se então de uma situação excepcional, uma espécie de “acordo unilateral”, uma imposição por parte do magistrado fundamentado no melhor interesse da preservação da empresa, em detrimento de interesses pessoais de determinados credores.

Não há que se criticar o quórum estabelecido para votação na AGC pelo art. 45, Lei 11.101/2005, tampouco os critérios aplicados pelo art. 58, §1º da mesma lei, posto que tais críticas seriam improdutivas, tendo em vista que quaisquer critérios adotados pelo legislador jamais seriam perfeitos e sempre poderiam ser alvos de críticas por quem entenda que outro quórum qualificado atenderia da melhor forma aos interesses envolvidos.

Uma vez que se têm interesses opostos não parece haver alternativa que não passe pela decisão judicial. É preciso que o magistrado intervenha e decida, mesmo que a decisão acarrete insatisfação de parte dos envolvidos. E esta decisão precisa ser pautada no propósito de perquirir meios eficientes de preservação da empresa.

Ressalta-se que a decisão do magistrado pode não ser pelo deferimento do plano de recuperação. O dispositivo legal em tela aduz a faculdade do magistrado ao utilizar a expressão “poderá”, chamando a atenção para a discricionariedade do magistrado ante a possibilidade de aprovação ou não do plano de recuperação de empresa que quase atingiu o quórum qualificado (COELHO, 2021, p. 241).

E, valendo-se da máxima segundo a qual ‘quem pode mais, pode menos’, vê-se a polêmica decorrente do Recurso Especial nº 1.337.989 - SP (2011/0269578-5).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o “abuso da minoria” ou de “posições individualistas” sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58.

3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.

4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois “presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfaz a quantia de R\$

3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes” (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige “mais” de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento.

5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

6. Recurso especial não provido.

Verifica-se a relativização no tratamento dos requisitos para aplicação do Cram Down com fim de evitar o abuso no direito de voto por parte do credor (MENDES JÚNIOR, 2020).

No caso, o juízo da recuperação judicial aplicou o cram down mesmo sem o preenchimento do requisito previsto no art. 58, §1º, inciso III da LRE: na classe que rejeitou o plano (créditos com garantia real, que exige contagem ‘por valor’ e ‘por cabeça’), apenas um dos três credores o aprovou (embora esse credor fosse titular de 80% dos créditos dessa classe, não houve aprovação de mais de um terço dos credores na contagem ‘por cabeça’). (CRUZ, 2022, p. 992)

A decisão foi confirmada pelo Tribunal de São Paulo em defesa do princípio da preservação ou continuidade da empresa, interpretado e aplicado como meio de garantir ao magistrado legitimidade para

atuar além dos contornos legais e em prol da tentativa de reestruturação empresarial.

Não havendo meios objetivos e pragmáticos de estabelecer um quórum decisório que permita a AGC produzir sempre decisões equilibradas entre os interesses dos credores e a necessidade de preservação ou a continuidade da empresa, o Cram Down representa instrumento eficiente para definir um estado de alocação de recursos no qual se consegue vislumbrar a melhora da situação da empresa em recuperação sem que, necessariamente, seja prejudicada a situação dos seus credores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo iniciou-se a partir da problematização se o instituto do Cram Down representaria efetiva lesão à manifestação autônoma da vontade dos credores da empresa em recuperação judicial, livremente manifestada em assembleia geral, mesmo tendo por fim a preservação ou a continuidade da empresa.

A premissa hipotética verificada considerou que o Cram Down não impacta negativamente na autonomia da vontade manifestada livremente em assembleia pelos credores da empresa em recuperação, posto que a finalidade almejada quando da autorização de intervenção judicial é a preservação ou a continuidade da empresa devedora e, por conseguinte, a plena satisfação dos credores.

A hipótese foi comprovada e o instituto do Cram Down foi identificado como um instrumento eficaz na busca por uma solução eficiente, capaz de contribuir para a melhora da situação da empresa em recuperação sem produzir efeitos negativos aos seus credores.

Conclui-se que, apesar da decisão judicial poder contrariar a vontade de parte dos credores legitimamente constituídos em AGC, tal contrariedade não representa um prejuízo em si, sendo justificada pela supremacia do interesse público sobre o particular, em que o primeiro se caracteriza pelo objetivo de preservação ou de continuidade da empresa e o último pela autonomia da vontade dos credores.

REFERÊNCIAS

BULGARELLI, Waldírio. A teoria jurídica da empresa. São Paulo: RT, 1985.

BULGARELLI, Waldírio. O novo direito empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARNIO, Daniel. O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial. Brasil Jurídico, 2018. Disponível em: <https://brasiljuridico.com.br/artigos/o-critrio-tetrafasico-de-controle-judicial-do-plano-de-recuperao-judicial-por-daniel-carnio>. Acesso em: 19 abr. 2022.

CHAGAS, Edilson Enedino das; RAMOS, Joshua Silva. A revisão da aplicabilidade do cram down no Brasil como mecanismo de instrumentalização do princípio da preservação da empresa. Disponível em https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/1068/1/Joshua%20Silva%20Ramos_0006449.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. 14ª ed. São Paulo: RT, 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Comercial. 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021.

CRUZ, André Santa. Manual de direito empresarial. Vol. Único. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DUARTE, Ronnie Preuss. Teoria da empresa à luz do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Método, 2004.

LIMA FILHO, Gerardo Alves. O paradoxo do processo de recuperação judicial de empresas no Brasil: análise da aplicação do Cram Down como mecanismo de ajuste do sistema. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://gerardoalveslimafilho.jusbrasil.com.br/artigos/435919679/o-paradoxo-do-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-analise-da-aplicacao-do-cram-down-como-mecanismo-de-ajuste-do-sistema/amp>. Acesso em: 19 abr. 2022.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.5, n.17, 2002, p. 94. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_94.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. Anais... Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 385. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/sistemasaux/listaaprovados.htm>. Acesso em: 19 abr. 2022.

MENCKEN, H.L. O livro dos insultos. Seleção, tradução e prefácio Ruy Castro. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES JÚNIOR, Dárcio Lopardi. Análise do recurso especial nº 1.337.989 do superior tribunal de justiça frente ao instituto do “Cram Down” na lei de recuperação de empresas e o ativismo judicial. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 05, n. 03, p. 123-133, jul./set., 2020. Disponível em <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3524/628>. Acesso em: 19 abr. 2022.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Função social da empresa. Análise pragmática. Revista de Estudos Jurídicos, São Paulo, a.16, n.23, p. 61-75, 2012. Disponível em file:///C:/Users/Saulo/Downloads/479-2332-1-PB.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Empresa: atividade econômica organizada. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 36, p. 184, Abr. 2007. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4913135/mod_resource/content/1/MUNHOZ%2C%20Eduardo%20-%20Anota%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20os%20limites%20do%20poder%20jurisdicional%20na%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20do%20plano%20de%20recupera%C3%A7%C3%A3o.pdf#:~:text=O%20instituto%20do%20cram%20down,delimitam%20a%20interven%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional%20para. Acesso em: 19 abr. 2022.

NASCIMENTO, Hugo Nunes Nakashoji. Empresa, comércio e tempos de crise: A aplicação do cram down no direito brasileiro à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 17ª ed. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/26670.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

SCHLAUCHER, D. G., & OLIVEIRA, D. L. M. de. O Instituto do Cram Down e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio. Revista Vianna Sapiens, 7(2), 20, 2017. Disponível em <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/197>. Acesso em: 19 abr. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp: 1277075 SP 2018/0064911-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, Data da Publicação: DJ01/06/2018. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584548269/agravo-em-recurso-especial-aresp-1277075-sp-2018-0064911-8?ref=topic_feed. Acesso em: 19 abr. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. 5ª ed. São Paulo, Atlas, 2017.

TSUJIGUCHI, Cristiane Akemi Perigolo; VASCONCELOS, João Paulo Angelo. Aplicação do Cram Down no ordenamento jurídico brasileiro. *Colloquium Socialis, Presidente Prudente*, v. 02, n. Especial 2, Jul/Dez, 2018, p.140-146. Disponível em <http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/APLICA%C3%87%C3%83O%20DO%20CRAM%20DOWN%20NO%20ORDENAMENTO%20JUR%C3%8DDICO%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.133/2021 ÀS MES E EPPS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c3>

Daniel Rodrigues Thomazelli

Advogado. Professor de Direito Empresarial. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito com Láurea Acadêmica pela Universidade Federal Fluminense.
ORCID: 0000-0003-2561-0713

INTRODUÇÃO

Desde 1º de abril de 2021 está em vigor a Lei nº 14.133, conhecida como ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. A legislação anterior – Lei nº 8.666/1993 – não foi revogada automaticamente, permanecendo em vigor por dois anos contados da publicação da nova Lei. Portanto, até o mês de abril de 2023 as Administrações Públicas poderão optar por qual legislação seguir quando da realização de licitações e celebração de contratos administrativos (art. 191 da nova Lei).

A Lei mais recente é, em grande parte, uma sistematização e atualização das normas licitatórias já conhecidas no país. Rafael Oliveira (2021, p. 5) afirma que ela se apresenta como “museu de novidades”, porque incorpora institutos já conhecidos dos operadores do direito, previstos nas Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 (Lei do Pregão), 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações), 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) e na jurisprudência das Cortes de Contas.

Entretanto, uma novidade se encontra explicitada no fato de haver restrição à aplicação do tratamento favorecido às microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs) às contratações públicas cujo valor não ultrapasse o teto para o enquadramento como EPP. É sobre essa nova ótica de aplicação dos dispositivos relacionados ao

procedimento diferenciado de licitação que este artigo se desenvolve. Muito mais do que apresentar ao leitor as peculiaridades do procedimento, propõe-se uma reflexão a respeito da constitucionalidade das restrições trazidas pela Lei nº 14.133/2021.

É no sentido de ensejar essa reflexão que o texto se divide em três tópicos. No primeiro é feita uma breve incursão no estudo das MEs e EPPs, apontando a legislação aplicada, o conceito adotado para sua caracterização e as razões pelas quais é dado tratamento especial ao seu caso. No segundo tópico se analisa a sistemática aplicável às licitações especiais envolvendo MEs e EPPs sob a égide da Lei nº 8.666/1993. Já no terceiro tópico se manifesta o estudo específico sobre as alterações que a nova Lei promove a essa sistemática já posta, bem como sobre sua adequação aos ditames constitucionais. Por fim, nas considerações finais é trazida a síntese do que fora apresentado, seguida de reflexão crítica a respeito das conclusões despertadas pelo desenvolvimento da argumentação.

Com isso, busca-se municiar, com base constitucional, legal e principiológica, os operadores do sistema de justiça que atuem diretamente com licitações – em especial advogados públicos ou privados – para que, atualizados, possam efetuar eficazmente a aplicação dos dispositivos legais e constitucionais atinentes ao tratamento diferenciado para MEs e EPPs.

TRATAMENTO DIFERENCIADO E ENQUADRAMENTO COMO ME E EPP

As empresas¹ possuem papel importante no Brasil, onde a livre iniciativa tem papel preponderante como um de seus fundamentos socioeconômicos mais importantes (art. 1º, IV, Constituição). Cumprem função social ao gerarem renda, emprego, arrecadação tributária, desenvolvimento às cidades etc. Essa atuação se dá tanto pelas empresas de grande porte, as quais possuem recursos financeiros e profissionais capacitados para atenderem às exigências impostas pelo exercício da atividade macroeconômica, quanto pelas

1 Leia-se: atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de mercadorias ou serviços.

de menor porte, que necessitam de tratamento mais facilitado para o desenvolvimento de seus negócios. Marlon Tomazette manifesta oportunamente seu papel na economia nacional:

No Brasil, a maior parte das atividades empresariais pode ser considerada de pequeno ou de médio porte. Desse modo, os pequenos e médios empresários assumem papel fundamental na economia nacional, vale dizer, sem eles nossa economia trava, com eles nossa economia pode crescer. (TOMAZETTE, 2017, p. 252).

Pessoas físicas ou jurídicas podem exercer a empresa. Caso o exercício se dê por uma pessoa física, tem-se o empresário individual; caso seja exercido por pessoa jurídica, o que ocorrerá por meio da constituição de uma sociedade, tem-se a sociedade empresária. O exercício da empresa pelo empresário individual ou pela sociedade empresária movimentam riquezas e, a depender do seu porte, pode ser classificada como ME ou EPP.

Dois são os requisitos necessários para esses enquadramentos: receita bruta anual máxima adequada aos limites legais; e inscrição regularizada no registro competente.

Para se enquadrar como ME, o empresário individual ou a sociedade empresária² deve ter receita bruta anual inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); já o enquadramento como EPP só pode ocorrer por quem aufera receita bruta anual acima do teto para enquadramento como ME e não superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)³. Essas diretrizes estão previstas no artigo 3º da Lei Complementar (LC) nº 123/2006, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Cuida-se de legislação que visa a concretizar um dos princípios da ordem econômica, previsto no artigo 170, IX, da Constituição (CRFB): o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

2 O enquadramento como ME ou EPP extrapola o âmbito do direito empresarial, traz reflexos principalmente na seara tributária. Por isso não está restrito a empresários, a LC nº 123/2006 permite sua extensão a sociedades simples e até mesmo a cooperativas de consumo.

3 Quando do encerramento da escrita deste artigo se noticiava tramitação na Câmara dos Deputados de projeto de lei alterando esses limites para R\$ 869.000,00 (oitocentos e sessenta e nove mil reais) para MEs, e R\$ 8.690.000,00 (oito milhões, seiscentos e noventa mil reais) para EPPs.

Esse princípio da ordem econômica é corolário do princípio da igualdade, previsto no caput do art. 5º da CRFB, também chamado de princípio da isonomia. Em seu sentido formal, impede o tratamento diferenciado entre pessoas; em seu sentido material, enxerga no tratamento diferenciado para pessoas que se encontrem em situações desiguais uma forma de efetivação da isonomia. “Não se pode exigir dos pequenos e médios empresários o mesmo que se exige de uma grande companhia” (TOMAZETTE, 2017, p. 252).

De acordo com o previsto no art. 179 da CRFB, União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem dispensar esse tratamento diferenciado às empresas que se enquadrem como micro ou de pequeno porte por meio de simplificação, eliminação ou redução das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, de acordo com o regulamentado no Estatuto.

Porém, o tratamento diferenciado não se limita às disposições da LC nº 123/2006. O constituinte determinou, por meio de lei complementar, apenas criação de regimes especiais ou simplificados, incluindo o regime único de arrecadação de impostos (art. 146, III, “d” e parágrafo único da CRFB)⁴. Com exceção dessa questão tributária, os temas trazidos no art. 179 podem ser implementados por lei ordinária.

Contudo, a efetivação do princípio do tratamento favorecido não se limita à enumeração exemplificativa do art. 179. Um exemplo dessa não limitação é o tratamento favorecido às devedoras de pequeno porte disposto na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), Lei nº 11.101/2005⁵. O fato de existirem previsões de tratamento especial fora da LC nº 123/2006 traz uma reflexão importante. Somente fazem jus à simplificação das obrigações tributárias, trabalhistas, previdenciárias, creditícias e administrativas (art. 179, CRFB e art. 1º, LC nº 123/2006) – o que engloba o procedimento especial

4 Trata-se do Simples Nacional, um regime simplificado e unificado de arrecadação de impostos, uma das determinações constitucionais para o tratamento privilegiado dessas empresas (art. 146, III, “d” e parágrafo único, CRFB), regulamentado pela LC nº 123/2006.

5 Por exemplo, as MEs e EPPs que passem por dificuldades financeiras podem pleitear sua recuperação judicial com a adoção de um plano especial, mais simplificado do que o procedimento ordinário (artigos 70 a 72 da LREF). Também na LREF, conforme disposição dos §§ 1º e 5º do art. 24, a remuneração dos administradores judiciais de micro e pequenos empresários será limitada a 2% do valor do crédito concursal, diferentemente dos 5% máximos que serão pagos aos administradores de empresas de maior porte.

de licitação – os empresários que se inserem nos requisitos do art. 3º, caput, da LC nº 123/2006 e não façam parte do rol de exclusão do § 4º do mesmo artigo⁶.

Ainda que se enquadre nos requisitos da regularidade e da receita bruta anual, se, v.g., a sociedade empresária tiver participação de outra pessoa jurídica no seu capital social, ou participação no capital de outra pessoa jurídica, não poderá, por exemplo, se enquadrar no regime do Simples Nacional, nem ter privilégios em procedimentos de licitação pública.

A leitura do referido § 4º, a contrario sensu, traz a conclusão de que o tratamento jurídico diferenciado previsto em outras normas poderá ser aplicado a empresários individuais ou sociedades que se enquadrem nos requisitos do caput do artigo 3º do Estatuto, mesmo estando inseridos em algumas das hipóteses do § 4º. Não é por não fazer jus ao tratamento diferenciado previsto na LC nº 123/2006 que a empresa deixa de ser considerada ME ou EPP.

6 Lei Complementar nº 123/2006 – Art. 3º, § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

Para os fins deste estudo, portanto, conclui-se que, somente poderá se beneficiar dos privilégios concedidos às MEs e EPPs em licitações públicas, a empresa que não se enquadrar em nenhuma das hipóteses excludentes do § 4º do art. 3º do Estatuto.

Cumprido esclarecer, ainda, que tal afirmativa não significa que a ME ou EPP se obrigue a aderir ao Simples Nacional para fazer jus aos benefícios no procedimento licitatório. Para tal é necessário apenas que a pequena empresa possa aderir ao Simples, ainda que opte por não o fazer. Rafael Oliveira (2020, p. 466) esclarece que a “LC 123/06 não impõe a utilização do Simples Nacional por ME e EPP, nem condiciona o recebimento de benefícios nas licitações e questão tributária”. Portanto, para participar de licitação e fazer jus ao tratamento diferenciado, o interessado tem de se enquadrar como ME ou EPP e não estar incluído em alguma das hipóteses do § 4º do art. 3º da LC nº 123/2006. Contudo, não é exigida sua adesão ao Simples Nacional.

TRATAMENTO DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993⁷ é bastante lacônica ao tratar sobre tratamento diferenciado no procedimento licitatório. Cumprindo o mandamento do artigo 179 da Constituição, limita-se, em seu artigo 5º⁸, a remeter o intérprete ao Estatuto das MEs e EPPs. Não há em seu texto a materialização da simplificação das obrigações e consequente favorecimento às MEs e EPPs. Tais previsões se encontram apenas nos artigos 42 a 49 da LC nº 123/2006.

A doutrina esclarece que o tratamento diferenciado, a ser estudado neste tópico, é extensível às cooperativas que possuam

7 Refere-se à Lei nº 8.666/1993 no tempo presente pois quando da elaboração deste artigo ela estava em vigor.

8 Lei n. 8.666/93 - Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

receita bruta anual equivalente às de MEs e EPPs⁹¹⁰. Apesar de a LC nº 123/2006 vedar expressamente a aplicação do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei para pessoa jurídica constituída sob forma de cooperativa, a não ser que a cooperativa seja de consumo (art. 3º, § 4º, VI, LC nº 123/2006)¹¹, o previsto no art. 34 da Lei nº 11.488/2007¹² faz com que o tratamento diferenciado alcance toda e qualquer cooperativa¹³.

Licitação é o procedimento administrativo em que o Poder Público visa a selecionar a melhor proposta para contratar, por exemplo, bens, obras ou serviços (art. 3º, caput, Lei nº 8.666/1993). Durante a implementação desse procedimento é necessária a observância dos princípios constitucionais da administração pública, previstos no caput do artigo 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e de princípios específicos atinentes às licitações (v.g. vinculação ao instrumento convocatório).

Corolário dos princípios da moralidade e da impessoalidade, destaca-se o princípio da isonomia, que consiste na vedação de tratamento diferenciado aos licitantes (art. 3º, § 1º, Lei nº 8.666/1993)¹⁴. Nos termos previstos no inciso XXI, do art. 37, da CRFB, a licitação deve assegurar “igualdade de tratamento a todos os licitantes”. Pois bem, observando-se em abstrato, abre-se o questionamento a respeito de como compatibilizar esse princípio com o tratamento diferenciado para MEs e EPPs. Carvalho Filho defende o seguinte posicionamento a respeito desse assunto:

9 Por todos, Rafael Oliveira (2020) e Maria Sylvia Di Pietro (2016).

10 Há divergência quanto à possibilidade de contratação de cooperativas por meio de licitação. Aqui não se adentrará neste questionamento, parte-se da premissa de que é possível. Esse entendimento, inclusive, é reforçado pela atual nova Lei de Licitações, que traz no caput do seu artigo 16 expressa autorização para contratação de cooperativas por meio de licitação.

11 Cumpre destacar que dificilmente se encontrará uma cooperativa de consumo participando de procedimento licitatório. O obstáculo a sua contratação por meio do tratamento diferenciado é a razão de ser dessas entidades – que não é fornecer produtos, serviços ou obras para o público em geral e sim atuar em conjunto para adquirir vantagens aos seus cooperados, como em compras em supermercados ou aquisição de planos de saúde – e não uma inviabilidade legal.

12 Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI).

13 No próximo tópico será abordado o questionamento a respeito de lei ordinária poder derogar previsão trazida na Lei Complementar nº 123/2006.

14 O mesmo vale para Lei nº 14.133/2021, que traz a isonomia como um dos objetivos do processo licitatório (art. 11, II).

[O] art. 179 da CF tem caráter de exceção no que diz respeito ao tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado àquelas empresas e, por tal motivo, há de prevalecer no confronto com o art. 37, XXI, que, em termos de regra geral, assegura igualdade de condições a todos os concorrentes. Trata-se de normas aparentemente conflitantes, mas que devem ser interpretadas no sentido de que, ocorrendo o suporte fático previsto na norma especial, esta é que deverá ser aplicada em lugar da norma geral (CARVALHO FILHO, 2013, p. 179).

É a própria Constituição que determina o tratamento diferenciado, não podendo ser interpretado como quebra da isonomia, mas sim como sua reafirmação. Em razão de possuírem realidade distinta do que a das empresas de maior porte, são necessárias adequações para que, em um processo competitivo, MEs e EPPs consigam disputar com empresas de maior porte (DI PIETRO, 2016). Trata-se da efetivação da isonomia material. A própria LC n° 123/2006 tem o cuidado de conformar a efetivação do princípio da isonomia quando, na prática, os critérios diferenciados estiverem impedindo a competição igual entre os concorrentes ou quando estiver indo de encontro ao interesse público (TOMAZETTE, 2014), conforme será destacado oportunamente.

Esclarece o Estatuto das MEs e EPPs que o tratamento diferenciado e simplificado tem por objetivo a promoção do desenvolvimento econômico e social. Suas disposições são normas nacionais, isto é, devem ser aplicadas às licitações em que o contratante seja a Administração Pública, direta ou indireta, federal, estadual, distrital e municipal. O Estatuto não impede que normas locais complementem o tratamento diferenciado, desde que não inovem e não o contrariem (TOMAZETTE, 2014). Portanto, o que se aborda nesse tópico tem efetividade nas licitações realizadas por todos os entes da federação, havendo a possibilidade de normas mais protetivas às ME e EPPs serem trazidas nas leis de cada ente. Ante à riqueza do disposto no artigo que ora se comenta, faz-se mister sua reprodução:

LC n° 123/2006 – Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta,

autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Para cumprir o objetivo proposto no artigo 47, o legislador traça duas grandes espécies do gênero “tratamento diferenciado”: licitações diferenciadas e técnicas gerais. Ambas têm aplicação cogente ope legis, é dizer, sua incidência nos processos licitatórios independe de previsão editalícia, sua implementação não está condicionada a regulamentação (OLIVEIRA, 2020). Adiante são analisadas essas duas espécies.

LICITAÇÕES DIFERENCIADAS

As licitações diferenciadas são previstas no art. 48 do Estatuto, no qual o legislador determina (é impositivo, o verbo é ‘deverá’) que sejam realizadas licitações exclusivas para concorrentes que sejam MEs ou EPPs, nos casos cujo valor do objeto não extrapole R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Há também mandamento de que nas contratações de bens divisíveis, até 25% do que será contratado deve ser fornecido por MEs e EPPs. Ainda, o ente licitante tem a faculdade de determinar que, em licitações para contratação de obras e serviços haja a subcontratação, por parte do licitante vencedor, de MEs e EPPs no valor de até 30% do objeto da licitação.

Com o objetivo de fomentar o desenvolvimento local, essas determinações podem ter direcionamento, desde que justificado, para contratações das pequenas empresas sediadas no local ou na

região, conferindo a elas preferência nas contratações, se apresentarem preço até 10% superior ao da ME e EPP vencedora, desde que esta também não seja da localidade.

A fim de compatibilizar o tratamento diferenciado com a competitividade necessária durante o procedimento licitatório, prevê o artigo 49 do Estatuto que estas licitações diferenciadas somente podem ser implementadas: se houver pelo menos três fornecedores sediados no local e na região que sejam MEs ou EPPs e que tenham capacidade de se adequarem ao que é exigido no instrumento convocatório; se for vantajosa a contratação pela Administração e não apresentar prejuízos no objeto a ser prestado; e desde que não haja inexigibilidade ou que a licitação não seja dispensável.

TÉCNICAS GERAIS

As técnicas gerais têm aplicação em quaisquer procedimentos licitatórios, sendo elas licitações diferenciadas ou não. Nos artigos 42 e 43 da LC n° 123/2006 se garante às MEs e EPPs que participem de procedimentos licitatórios uma maior flexibilização quanto à comprovação de regularidade fiscal e trabalhista. Para os licitantes em geral essa comprovação deve ser feita durante a fase de habilitação; para MEs e EPPs somente será exigida quando da assinatura do contrato.

Comprovação da regularidade não é sinônimo de apresentação de documentos. As MEs e EPPs não são eximidas de apresentarem os documentos necessários para habilitação junto com os demais concorrentes. Porém, não serão inabilitadas se os documentos apresentarem restrições, justamente porque elas têm a prerrogativa de, durante o procedimento licitatório, buscarem suas regularizações fiscal e trabalhista. Somente se for a vencedora é exigida a apresentação das certidões negativas, quando da assinatura do contrato.

Declarada vencedora do certame, a Lei concede o prazo de cinco dias para a ME ou EPP regularizar sua documentação, sob pena de perda do direito à contratação e possibilidade de ser aplicada uma das sanções na Lei, como advertência, multa ou declaração de inidoneidade para futuras contratações (arts. 81 c/c 87 da Lei n° 8.666/1993 e art. 156 da Lei n° 14.133/2021).

Outro tratamento diferenciado que pode ser concedido às MEs e EPPs, de acordo com o art. 44 da LC n° 123/2006, é a utilização de critério de desempate que dê preferência à sua contratação. Não se trata apenas de preferência quando houver empate, mas sim da criação de margem em que se presume o empate, de maneira a favorecer as pequenas empresas.

Se as propostas apresentadas pelas MEs e EPPs forem até 10% superiores à proposta vencedora, ou 5%, se a modalidade de licitação for pregão¹⁵, a Lei considera que houve empate. Esse empate presumido somente deve ser aplicado se a proposta vencedora não for de ME ou de EPP (art. 45, § 2º, LC n° 123/2006).

Pois bem, quando ocorrer o empate, a ME ou EPP mais bem classificada (dentro da margem de proposta até 10% ou 5% superior) tem a faculdade de apresentar proposta inferior à vencedora, o que, se ocorrer, implicará na adjudicação do objeto da licitação à ela (art. 45, I, LC n° 123/2006). Se a mais bem classificada não apresentar proposta inferior, segue-se para a ME ou EPP com a segunda melhor proposta, e assim sucessivamente (art. 45, II, LC n° 123/2006). Também esclarece a Lei que, se houver empate no valor das propostas oferecidos pelas MEs e EPPs, será realizado sorteio para apontar qual delas terá a chance de baixar seu preço (art. 45, III, LC n° 123/2006). Toda essa sistemática deverá ser realizada em, no máximo, cinco minutos após o encerramento dos lances (art. 45, § 3º, LC n° 123/2006).

MEs e EPPs vencedoras de licitações e que, em decorrência da prestação do objeto da licitação, passem a ser credoras dos entes contratantes, desde que haja o empenho das quantias a serem pagas, podem se valer de vantagem considerável, se comparada às demais empresas: estão autorizadas a emitir um título de crédito específico – as cédulas de crédito microempresarial. Com isso é possível antecipar recebíveis, podendo expedir o título e antecipar, junto ao mercado, parte do valor que receberá do ente quando da data do pagamento. É o que dispõe o art. 46 do Estatuto.

15 Aqui se defende que as regras para empate ficto/presumido somente são cabíveis para licitações que adotem o critério de menor preço, por a própria LC n° 123/2006 se referir à expressão “preço” nos artigos 44 e 45, entendimento compartilhado por Rafael Oliveira (2020).

LEI Nº 14.133/2021 E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO AO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Diversamente da previsão trazida na Lei nº 8.666/1993, no que tange ao tratamento diferenciado, a Lei nº 14.133/2021 não se limita a fazer referência ao previsto nos artigos 42 a 49 da LC nº 123/2006. É bem verdade que o caput do artigo 4º não traz inovações, se comparado ao disposto no artigo 5º-A da Lei nº 8.666/1993, todavia é nos parágrafos que residem as principais mudanças¹⁶.

O legislador passou a prever restrição à aplicação do tratamento diferenciado – tanto para licitações que visem à aquisição de bens ou serviços, quanto para contratações de obras e serviços de engenharia – às contratações cujo valor total estimado do contrato for superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)¹⁷, que é a receita bruta anual máxima para o enquadramento como EPP.

As contratações públicas devem ter prazo máximo de duração de um exercício financeiro¹⁸. Todavia, quando há necessidade contínua do fornecimento do objeto do contrato à Administração, a contratação por prazo superior se faz imperiosa. Nesses casos, para fins do teto de contratação, deve ser considerado o valor total do contrato dividido pelo seu prazo de vigência (calculado em anos).

Como regra, as contratações para necessidades contínuas podem ser realizadas por no máximo cinco anos¹⁹. Em alguma dessas

16 Lei nº 14.133/2021 – Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte; II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

17 Aqui se reitera o destaque de que este valor era o vigente na data de encerramento deste artigo, quando já se noticiava tramitação de projeto de lei alterando os limites para enquadramento como ME e EPP. Portanto, é possível que neste momento o novo teto já esteja vigorando.

18 Artigo 105 da Lei nº 14.133/2021.

19 Artigo 106 da Lei nº 14.133/2021.

situações somente poderá haver a contratação de ME ou EPP, se o valor total do contrato for de até R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais), montante equivalente a cinco vezes o teto da receita bruta anual para enquadramento como EPP. Quando da contratação, a Administração deve exigir declaração de que a ME ou EPP vencedora não possui outro contrato com qualquer ente federativo, cujo valor somado ao que receberá com a nova contratação ultrapassar o teto do enquadramento.

Pois bem, constata-se que permanece em vigor a mesma sistemática já conhecida dos operadores do direito, pois a regra é remeter o tratamento diferenciado nas licitações para o que dispõe a LC nº 123/2006. Contudo, aduziu-se um teto no valor das contratações. Essa limitação trazida pela nova Lei suscita dois questionamentos quanto à sua constitucionalidade: um de natureza formal e outro de cunho material. Poderia uma lei ordinária promover alterações ao tratamento favorecido às MEs e EPPs nas licitações públicas, previsto em lei complementar?

Depende da matéria tratada. É sabido que existe uma reserva de lei complementar apenas para as hipóteses em que a Constituição expressamente a invocar. “Onde, portanto, o constituinte não cobrou a regulação de matéria por meio de lei complementar, há assunto para lei ordinária” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 912).

Para os fins do tratamento diferenciado, o constituinte apenas exigiu lei complementar para as questões tributárias, conforme ressaltado no capítulo 1 (art. 146, III, “d”, Constituição). Os outros temas listados no art. 179 podem ser tratados por meio de lei ordinária. Ainda assim, o tratamento favorecido em licitações foi previsto em lei complementar, o que não retira a possibilidade de sofrer modificação por meio de lei ordinária. Há forma de lei complementar, mas, materialmente se trata de lei ordinária. Portanto, não é inconstitucional “lei ordinária que dispuser em sentido diverso do que estatui um dispositivo de lei complementar que não trata de assunto próprio de lei complementar” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 912). No mesmo sentido se manifesta Rafael Oliveira sobre o assunto:

Com efeito, o texto constitucional estabelece a necessidade de tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno

porte (arts. 146, III, “d”, 170, IX, e 179 da CRFB), reservando à lei complementar apenas as questões relacionadas à matéria tributária.

[...]

Destaque-se, contudo, que as normas relativas à participação das microempresas e às empresas de pequeno porte nas licitações e contratações públicas possuem caráter de lei ordinária, tendo em vista que essa matéria não foi reservada pelo constituinte ao campo da legislação complementar (OLIVEIRA, 2021, p. 16).

Como reforço, o legislador, ao elaborar a LC n°123/2006 incluindo temas que extrapolavam a questão tributária, previu expressamente que eles poderiam ser alterados por meio de lei ordinária, como consta da redação do art. 86 do Estatuto²⁰. Por conseguinte, as normas trazidas nos §§ do art. 4º da nova Lei de Licitações são formalmente constitucionais²¹. Cumpre analisar agora a falta de adequação de seu conteúdo à Constituição.

É um dos princípios da ordem econômica o tratamento favorecido às MEs e EPPs (art. 170, IX, CRFB), por isso, a regra é a de serem criadas e aprimoradas normas diferenciadas para as pequenas empresas com esse viés. Por essa razão, qualquer restrição à efetivação desse princípio constitucional somente pode decorrer se seu exercício estiver em confronto com algum outro de mesma hierarquia.

Já se adianta que não há qualquer conflito entre as normas que preveem o tratamento diferenciado para MEs e EPPs em licitações e algum outro princípio constitucional. Não há ponderação a ser feita.

20 LC n° 123/2006 – Art. 86. As matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária.

21 Diferentemente do que fez com as normas trazidas na Lei do Pregão e Regime Diferenciado de Contratações, por exemplo, que foram incorporadas ao texto da Lei n° 14.133/2021, o legislador assim não o fez com as normas sobre o tratamento diferenciado para as MEs e EPPs. Elas até poderiam ter sido incorporadas à nova Lei, mas se assim o fosse, conforme destacado na parte final do capítulo 1, poderiam participar das licitações com tratamento favorecido MEs ou EPPs que se enquadrassem em uma ou algumas das hipóteses do § 4º do art. 3º da LC n° 123/2006. Ao manter as normas na LC n° 123/2006, o legislador opta por seguir com a restrição.

Com a restrição, o legislador buscou tão somente limitar a eficácia princípio constitucional efetivado por meio da LC n° 123/2006.

O que a Lei n° 14.133/2021 buscou foi colocar na mesma balança o princípio do tratamento favorecido de um lado e, de outro, a preocupação com possíveis abusos na utilização dessas benesses. Como conclusão, entendeu por bem antecipar um desenquadramento como ME ou EPP, proibindo o empresário de contratar com o Poder Público. Olvidou-se, porém, que essa preocupação com fraudes no enquadramento como ME e EPP já é disciplinada no Estatuto e lá é trazida a solução bem mais razoável e consentânea com a principio-logia constitucional.

Se uma ME contratar com o Poder Público e desse contrato receber valor bruto anual superior ao teto para enquadramento como tal (e também como EPP), deixará de ser pequena empresa. Para situações como essa, e todas aquelas que, independente da participação de dinheiro público, a pequena empresa auferir no ano-calendário receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)²², perderá o enquadramento como ME ou EPP e as benesses dele decorrentes.

22 LC n° 123/2006 – Art. 3º [...]

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput.

§ 10. A empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades. [...]

§ 12. A exclusão de que trata o § 10 não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do respectivo limite referido naquele parágrafo, hipótese em que os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente.

§ 13. O impedimento de que trata o § 11 não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites referidos naquele parágrafo, hipótese em que os efeitos do impedimento ocorrerão no ano-calendário subsequente.

Esse desenquadramento, salvo quando evidenciar tentativa de burla ao sistema, não possui efeitos retroativos. É dizer, mesmo quando tenha receita bruta superior ao máximo previsto em Lei, até o mês em que esse montante for contabilizado, a empresa se mantém como EPP. E mais, se o montante não exceder a 20% do teto, os efeitos são prospectivos: será tida como EPP até o ano-calendário subsequente.

Verifica-se, portanto, que o próprio sistema traz previsões para ser reajustado em caso de desenvolvimento das empresas. Impedir a utilização do tratamento diferenciado, como uma espécie de desenquadramento antecipado, como tenta trazer a nova Lei de Licitações, é retirar do empresário de menor porte o direito de prosperar. Em exercício de futurologia, a Lei impede o empreendedor de realizar contratos que podem trazer prosperidade a sua atividade, relegando-o a permanecer como ME ou EPP.

O tratamento diferenciado visa a tratar empresários desiguais de forma desigual. Se o empresário de menor porte for contratado com base no que dispõem os artigos 42 a 49 da LC nº 123/2006 e durante a execução do contrato vier a deixar de ser ME e EPP, a principiologia constitucional terá cumprido seu papel. É apenas a partir do alcance desse status jurídico diferenciado – calculado com base na receita bruta – que o empresário deixará de fazer jus a esse tratamento diferenciado. A antecipação, ainda que casuística, desse desenquadramento é uma forma de burla do princípio da igualdade, porque no momento do desenquadramento o empresário necessita de tratamento diferenciado.

A previsão legal também fere o princípio da proporcionalidade. Sendo o fundamento para a restrição o fato de os valores da contratação extrapolarem o teto para enquadramento como EPP, por que a contagem desse valor se limita aos recursos oriundos de contratações públicas?

O empresário de pequeno porte que tem um contrato de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) com uma empreiteira, pode contratar com o Município de São Paulo-SP a prestação de serviço no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por exemplo. Todavia, se o mesmo empresário tiver contratação prévia com outro município

nesse mesmo valor, não poderá participar da licitação para prestar o serviço para o Município de São Paulo²³.

O legislador não impõe as mesmas restrições a empresários que auferem a mesma renda, tão somente em razão da origem dos recursos recebidos. Trata-se de flagrante desproporcionalidade e intervenção do Estado no mercado, gerando concorrência desleal e freando o desenvolvimento. A leitura sistemática da Lei torna ainda mais evidente os prejuízos que ela pode impor aos pequenos empresários. A Lei nº 14.133/2021 tem por escopo priorizar contratações em grande escala (art. 181, caput)²⁴, o que eleva o valor total dos contratos e alija MEs e EPPs dos certames (LIMA, 2021). A esse propósito, o mesmo autor aduz o seguinte:

Quando a lei é analisada em seu todo se verifica que existem vários motores de uso do poder de compra do Estado para reduzir os espaços dos pequenos e concentrar mercados, o que é tão danoso que prejudica até mesmos as médias e as outras grandes empresas, já que o nítido objetivo agora passou a ser limitar o acesso dos pequenos e monopolizar ou concentrar, de modo deliberado, os mercados de contratações públicas.

E assim poucas empresas vão ficando com as poucas contas, progressivamente, uma aberração, quando se observa que, por fundamentos constitucionais, a Lei nº 12.529/2011, que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe, exatamente, sobre o contrário, proibindo abuso de posição dominante daqueles que possuem frações do mercado, bem como os atos de concentração que impliquem na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante (LIMA, 2021).

Levando-se em consideração que as contratações públicas representam aproximadamente 10% (dez por cento) do Produto

23 A proibição constante no art. 4º, § 2º, da Lei nº 14.133/2021 engloba apenas contratações públicas.

24 A nova Lei prevê a centralização dos procedimentos de aquisição de bens e serviços (art. 19, I), o que favorece a realização de contratações de valores superiores a R\$ 4.800.000,00.

Interno Bruto do País, de acordo com dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁵, os §§ 1º a 3º do art. 4º da nova Lei fazem letra morta dos arts. 170, IX e 179 da Constituição. As normas restritivas ao acesso ao tratamento favorecido para MEs e EPPs trazidas pela nova Lei de Licitações se afiguram um retrocesso à efetivação dos ditames constitucionais. São, dessarte, materialmente inconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs decorre de mandamento constitucional, tem por base o princípio da isonomia e alcança vários ramos do Direito, não se limitando à seara empresarial. Neste ensaio o enfoque se deu no Direito Administrativo, em específico no âmbito das contratações públicas.

É fundamental que o advogado, público ou privado, conheça a fundo as normas trazidas nos artigos 42 a 49 da LC n° 123/2006, para que fiscalize sua efetivação no âmbito dos certames públicos de que participa, ou até mesmo apenas para impugnar editais que as ignorem. Muito mais do que conhecer as normas, compreender a principiologia que a cerca permite a esses profissionais melhor tutelar os interesses de seus clientes, ainda que o “cliente” seja um ente público.

Considerando que normas inconstitucionais são nulas, licitações com base na Lei 14.133/21 não podem restringir o tratamento diferenciado às MEs e EPPs em razão do valor do contrato. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º a 3º do art. 4º da nova Lei, caberá aos advogados cobrarem administrativa e judicialmente o reconhecimento incidental dessa inconstitucionalidade.

Para os advogados privados, essa militância até pode ter como fim imediato apenas o favorecimento de seus clientes. Porém, a cada vez que se faz justiça no caso concreto se contribui para sua realização em sentido amplo, por meio do respeito ao sistema constitucional vigente. Já para os advogados públicos, proporciona a consolidação

25 O último referencial é datado de 2019. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

de seu dever de zelar pelo respeito às normas constitucionais. Norma legal inconstitucional não surte efeitos, logo não deve haver dilema entre opinar pela não aplicação das restrições, com base no princípio do tratamento diferenciado, ou cancelar a aplicação dos parágrafos do art. 4º da nova Lei com base no princípio da legalidade.

Assim sendo, chega-se à conclusão de que, para fins de tratamento favorecido às MEs e EPPs quanto à participação em licitações públicas, a Lei nº 14.133/2021 não inovou. Segue-se aquilo que já era aplicado até então.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LIMA, Jonas. A nova lei de licitações e as limitações às microempresas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-05/licitacoes-contratos-lei-licitacoes-limitacoes-microempresas>. Acesso em: 30 maio 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos comparada e comentada: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHIEFLER, Eduardo. Estatísticas do mercado público: as compras públicas representam 12% do PIB. Schiefler Advocacia. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47061/1/S2100424_pt.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas, v. 3, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário, v. 1, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPÍTULO 4

O PAPEL DA ADVOCACIA EMPRESARIAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS ECONÔMICOS FUNDAMENTAIS: PSICOLOGISMO, MERCADO E CIÊNCIA

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c4>

Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IEC - Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas.

<https://orcid.org/0000-0003-4620-6103>.

INTRODUÇÃO

Os empresários tendem a escolher o liberalismo como o paradigma ideal ao exercício das suas atividades, com base na visão de que a intervenção do Estado na economia sempre resultasse na redução do seu êxito. É que alicerçam as suas convicções nos horrores do modelo social, no qual as autoridades trabalham a partir da oneração cada vez maior de pessoas físicas e jurídicas, segundo uma tributação confiscatória, como se a solução para os problemas de um mercado não planejado estivesse em políticas públicas governamentais sustentadas por recursos extraídos daqueles que produzem, conforme a conveniência casuística de agentes públicos e políticos.

O mercado, visto como uma sucessão de fatos aleatórios onde prevalece a tirania do mais perspicaz, é caótico, não podendo conduzir as decisões tomadas no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Um Direito Econômico, nele incluído aspectos empresariais, tributários, bancários e trabalhistas, formado segundo a dialética da realidade, apenas positivas práticas que refletem o tribalismo de uma desordem completa na qual prepondera a lei do mais forte, prevalecendo a selvageria na busca insaciável por mais rentabilidade, ainda

que em detrimento de direitos fundamentais de uma democracia contemporânea.

Os liberais confundem as definições de economia planejada com o dirigismo governamental; consideram que qualquer tipo de normatização resultaria na diminuição da livre iniciativa, segundo um intervencionismo estatal nocivo ao desenvolvimento empresarial. No entanto, não cogitam que o problema não está na normatização em si, mas na maneira como as regras e princípios jurídicos são constituídos²⁶. Ao apenas trabalharem a favor de uma regulamentação mínima, os defensores de um Estado Liberal absentista deixam de focar as suas críticas à condução governamental da economia a partir de um ordenamento jurídico caótico, o qual é produzido de forma indemarcada, sem uma teoria da lei que balize as suas atividades²⁷. Não atacam, portanto, esta crença positivista de que a solvência das agruras empresariais seria achada nas escolhas feitas pela maioria, como se não conhecêssemos as formas pelas quais a vontade humana é manipulada.

À exceção de Rosemiro Leal (2013), nunca se conjecturou acerca do nível instituinte da criação normativa. Os dogmáticos aceitam um mito denominado por Kelsen (2009) de poder constituinte originário, por considerarem que as normas jurídicas seriam criadas a partir de usos e costumes de uma sociedade pressuposta, como se os institutos e instituições, incluindo-se o próprio Estado, brotassem da mera convivência entre as pessoas.

A prática mundana, como um subproduto cultural, não pode constituir-se na fonte de uma produção jurídica que se diz racional. Uma nova era, na qual se busca uma quebra paradigmática com

26 “É possível debater os conteúdos da lei ou das decisões judiciais e administrativas, mas é vedado interrogar as fontes de sua produção que historicamente se instituíram como fatos consumados e incontroversos denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como locus mítico de, respectivamente, fazer leis, atos e sentenças (monocráticas ou colegiadas) por agentes inatamente capazes, juramentados, indicados ou concursados segundo os juízos enunciativos da Ciência Dogmática do Direito” (LEAL, 2019, p. 787-8).

27 “Outro grave problema no ensino do Direito Econômico é o seguinte: confundir plano de governo com plano econômico. Quando se faz esta confusão, trabalha-se uma coisa horrorosa que se chama políticas públicas. O que são políticas públicas? Onde é que está isso na Constituição? Temos políticas econômicas, porque a política econômica passa a ser um referencial no interior do próprio discurso constitucional, ainda que esse discurso constitucional seja um ordenamento jurídico” (LEAL; ROLIM, 2020, p. 110).

relação a períodos pretéritos, não se faz a partir da repetição da realidade, conforme um Direito que cristaliza tradições cujos fundamentos não podem ser aferidos (LEAL, 2017). A impossibilidade de se criticar as assertivas sobre as quais se alicerça a cultura impede novas conjecturas, vedando aquilo que Karl Popper (1975) chamou de evolucionariedade. É que o desenvolvimento de novos enunciados básicos somente se dá a partir de testes incessantes e contínuos, os quais pressupõem a prévia formalização das assertivas teóricas segundo as quais o sistema jurídico se assentará.

Em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir um Direito da Economia, resultante de um mercado formado por usos, costumes e tradições, de acordo com a noção epagógica que tem o real como racional²⁸. O modelo projetado pela Constituição Federal brasileira de 1988 exige mais. A confecção de uma lei do plano, conjecturada segundo um planejamento público a partir do qual as normas empresariais, tributárias, trabalhistas e bancárias seriam formuladas, constituiria-se no referencial necessário às decisões administrativas, legislativas e jurisdicionais relacionadas ao mercado²⁹.

E qual o papel da advocacia empresarial no Estado Democrático de Direito? Certamente, não está na mera argumentação sem fundamentos. O advogado, como defensor técnico, também teria a atribuição de apontar as arestas com base em um sistema jurídico econômico teoricamente formulado, demonstrando a inadequação ou adequação dos atos às assertivas fundantes de uma sociedade alicerçada em direitos fundamentais, nos quais também se incluem os direitos econômicos fundamentais.

A implementação de direitos econômicos fundamentais relaciona-se, diretamente, com a eficácia no exercício da atividade

28 “Esse empirismo lógico teve sua desenvoltura em Francis Bacon. Muitos entendem que ele tenha, de modo pioneiro, adotado o empirismo autêntico, isto é, trabalhado esse monismo lógico elegendo o corpo como fator atrativo da mente. Entretanto, temos que discordar daqueles que assim o pensam pelo seguinte: Francis Bacon, na verdade, adotava a linha grega da epagoge. O que é essa lógica epagógica? É a convicção de que o real é racional, como se a realidade estabelecesse uma relação de imanência com a racionalidade” (LEAL; ROLIM, 2020, p. 104-5).

29 “Ora, o que temos? Temos a lei do plano, o plano é lei, o plano é uma peça técnica, a peça técnica é um agregado do plano jurídico, o plano é lei, o planejamento é lei. O planejamento é um agregado da lei do planejamento. Então, é preciso criar referências teóricas (qual a teoria da lei?) para que se tenham ganhos sistêmicos” (LEAL; ROLIM, 2020, p. 110).

advocacia. Isso porque cabe ao advogado a incumbência de apontar os erros e falhas dos enunciados formadores da teoria da lei adotada no nível instituinte do sistema jurídico econômico, assim como demonstrar a incompatibilidade dos atos públicos e privados às normas e aos fundamentos destas mesmas normas, funcionando como verdadeiros órgãos fiscalizadores³⁰ da eficiência sistêmica para a resolução dos problemas estruturais das empresas, que levam estas pessoas jurídicas a um verdadeiro colapso, obrigando-as a se submeterem a políticas públicas salvacionistas, em prejuízo à sua própria liberdade.

Para o racionalismo crítico de Popper (2013a), a crítica científica constitui-se no método necessário ao aperfeiçoamento da técnica e da própria ciência na constante busca pela solução dos problemas³¹. No âmbito jurídico, a crítica, segundo a teoria processual neoinstitucionalista do direito, deve ser exercida por meio de procedimentos processualmente elaborados nos quais os legitimados, através de advogados devidamente constituídos (direito à defesa técnica), apresentarão as suas pretensões, defesas e impugnações, que podem resultar em ganhos sistêmicos e, conseqüentemente, numa eficácia maior na solvência das adversidades empresariais pelas suas causas (LEAL, 2013, 2021).

Mas, a capacidade dos advogados no exercício desta função fiscalizatória depende da instituição de um sistema jurídico econômico, o qual, conforme o marco neoinstitucionalista de Rosemiro Leal (2013), pressupõe a prévia formulação dos fundamentos das normas que servirão, outrossim, de marco a partir do qual as atividades interpretativa e aplicativa do direito serão realizadas. Somente assim, os advogados poderão argumentar com fundamentos, executando as suas atribuições com a segurança de que a decisão a ser proferida se embasará em direitos previamente acertados, diante da minimização

30 “O que se extrai do art. 133 da CF/1988 é que, muito mais que o retórico controle do Judiciário, há de se estabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta revogação ou declaração de inconstitucionalidade de leis adversas, o controle pleno e irrestrito da atividade jurisdicional pelo advogado” (LEAL, 2021, p. 194).

31 “Então, para prosseguir, há de se abrir oportunidade à crítica, ir da teoria à crítica, e a crítica o que seria no racionalismo crítico? É o apontamento de aporia na estrutura do discurso do conhecimento: o que importa é a identificação das aporias, quer dizer, dos furos da própria rede de conhecimento humano” (LEAL; ROLIM, 2020, p. 108).

das brechas legais, com a realização de uma hermenêutica ex ante (LEAL, 2021).

Em um Direito não dogmático aos moldes do conjecturado na teoria processual neoinstitucionalista do direito, a atuação advocatícia não se restringe à simples argumentação com vistas à obtenção de conquistas adstritas à relação interpartes, devendo gerar efeitos sistêmicos. Isso porque, pelo controle de democraticidade teorizado por Rosemiro Leal (2013), deve-se empreender uma fiscalização processual quanto à capacidade da teoria da lei democrática para solver os problemas que obstam a fruição dos direitos fundamentais, agindo a advocacia como uma instituição essencial à apresentação das assertivas epistemológicas indispensáveis a uma atuação cientificamente demarcada³².

Tratando-se especificamente da advocacia empresarial, o desempenho técnico e científico de um profissional preparado segundo um ensino jurídico de excelência é imprescindível, até mesmo à despragmatização³³ do Direito Econômico. É que um Direito da Economia constituído a partir de práticas mercadológicas, conduzido por autoridades que, quando muito, justificam as suas deliberações com base em um senso comum do conhecimento, vem gerando a derrocada empresarial ao longo dos séculos. Um Direito culturalmente formado nada mais faz do que reiterar uma realidade cruel e irracional, relegando a pesquisa e a ciência a um plano secundário, sem qualquer protagonismo, conforme um método indutivo que não serve à edificação de novos enunciados epistemológicos necessários

32 “Já o processualista contemporâneo, no paradigma linguístico ora sustentado, é fiscal irrestrito de um sistema jurídico, conjecturado, ex ante, pelo intelecto humano, em que preconiza como ponto de partida um piso de igualdade fundamental como condição de existência do próprio sistema. Desse modo, seria possível ao processualista contemporâneo estar em juízo de direito democrático e testar, pela via de uma interenunciatividade, a resistência do sistema jurídico proposto, no que diz respeito a sua capacidade de solvência de problemas, entaves na construção de um Estado Democrático de Direito” (BATISTA, 2021, p. 89).

33 “Ao falarmos de abandono do referente extra-linguístico à concepção criativa de um direito democrático, não estamos dizendo que não se deve considerar o pragma (realidade dentro da qual o homem se movimenta) na formação de seu patrimônio de ignorância integrante de suas próprias angústias ante o mistério da sua própria existência, mas estamos excluindo o impacto e o reflexo histórico dessa ignorância como doadora autopoiética de sentidos (signos e significantes fabricando significados) para a modelagem de uma possível sociedade humana na contemporaneidade” (LEAL, 2017, p. 315).

ao rompimento de paradigmas incompatíveis com uma democracia de feições contemporâneas³⁴.

A CONDUÇÃO DO ECONÔMICO PELO JURÍDICO, SEGUNDO A TEORIA PROCESSUAL NEOINSTITUCIONALISTA DO DIREITO – A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA NA CONSECUÇÃO DOS GANHOS SISTÊMICOS

Para a teoria processual neoinstitucionalista do direito, a existência de instituições de ensino de excelência é essencial para os fins a que se propõe (LEAL, 2017). Isso porque, sem teorias, não há se falar na condução do econômico (realidade) pelo jurídico (normas), eis que as regras e princípios de Direito Econômico, segundo um marco democrático-contemporâneo, devem ser elaborados a partir de enunciados epistemológicos resultantes de pesquisas avançadas, onde estarão os fundamentos fundantes de um sistema jurídico econômico não dogmático, cujas assertivas se submeteram a amplos testes quanto a sua eficácia na resolução de problemas.

Tem razão aqueles que sustentam a inviabilidade da teoria neoinstitucionalista sem pesquisas avançadas no campo jurídico. Uma vez que Rosemiro Leal (2017) conjecturou a condução planejada do mercado por normas derivadas de um único teorométodo, o mais resistente à crítica científica, é inconcebível a aplicação das suas teses sem estudos aprofundados. Isso, obviamente, demanda Universidades comprometidas com a formação científica de alunos e professores, a fim de que sejam produzidas teorias, que, mais tarde,

34 “Um direito construído metodologicamente sobre a lógica indutivista da subjetividade-autoridade é democraticamente impossível. Abordagens jurídico-científicas indutivistas e justificacionistas denotam ou uma razão adormecida em sono profundo, tendo sempre que recorrer ao dogmatismo subjetivamente monopolizado e valorado (pelo juiz, pelo legislador, pelo doutrinador) ou uma razão que não passa de um sonho, encobridor da escatologia da irracionalidade” (BARROS; NORONHA, 2020, p. 130-1).

concorrerão entre si, extraído-se as assertivas pelas quais todo um sistema normativo será elaborado, interpretado e aplicado³⁵.

Além disso, a formação científica dos profissionais jurídicos consiste numa condição inarredável à implementação das finalidades teleológicas da teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Leal. Cuidando-se de um direito alicerçado em pilares científicos, os advogados devem estar preparados para lidar com os fundamentos epistemológicos da teoria da lei constante do nível instituinte do sistema jurídico, tendo, outrossim, que estudar as demais teorias existentes, pois, se o sistema é aberto a novas conjecturas, não sendo, portanto, dogmático, permite-se a impugnação dos enunciados fundantes. Será pela via procedimental que os advogados, como representantes dos legitimados ao processo, exporão os seus argumentos de forma fundamentada, arguindo-se não apenas a adequação ou inadequação às assertivas que formam a teoria do sistema, como também a ineficiência destas na implementação de direitos fundamentais, diante de outras teorias que se mostrarem mais capacitadas a tal desiderato.

O contraditório, segundo um Direito não dogmático, não consiste apenas na faculdade de alegar mediante argumentos sem qualquer vinculação com os enunciados do nível instituinte do sistema jurídico. Relaciona-se à possibilidade de questionar as assertivas epistemológicas com base nas quais as normas foram criadas. De acordo com a teoria neoinstitucionalista, o advogado, no cumprimento do seu múnus, além de ter a segurança de argumentar conforme fundamentos previamente estabelecidos, exercendo um controle

35 “A anulação da universidade como produtora de saber-crítico em nome de uma nova universidade como polo servil da ciência normal é que vem consolidando o historicismo de que ao homem, em sua totalidade social, não é dado interferir ou influir na trama das revoluções científicas, nada lhe restando a não ser o exercício de controles jurídico-retóricos das consequências ocasionadas pelo êxito dos produtos tecnológicos, porque seriam estes incitadores de sentimentos de onipotência, felicidade e prazeres insubstituíveis e reveladores de mistérios ciberespaciais e aeronáuticos (muito além do princípio do prazer e da imaginação do homo oeconomicus criado pelos utilitaristas-behavioristas como depositário fiel e secular da indústria do mercado encantado dos ‘cientistas normais’)” (LEAL, 2017, p. 238).

de democraticidade³⁶ a partir da teoria do sistema, tem também a prerrogativa de fiscalizar a eficácia dos postulados científicos da base instituinte na implementação dos direitos fundamentais, podendo, inclusive, propor a substituição das proposições metalinguísticas por outras mais resistentes à crítica (BATISTA, 2021).

Daí, a necessidade de advogados cientificamente preparados. É que, segundo um Direito democrático contemporâneo, não basta apenas uma defesa técnica a partir da mera permissão positivista de dizer e contradizer, em consonância com normas procedimentais segundo uma isonomia dogmática. Em um Direito não dogmático aos moldes da teoria processual neoinstitucionalista do direito, a simples alegação não gera fundamentos, uma vez que estes não brotam naturalmente do diálogo. A fundamentação, neste modelo, resulta da pesquisa científica, que trará os elementos sobre os quais os interessados, por intermédio dos seus advogados, alicerçarão os seus apontamentos, atrelando-os às proposições do marco teórico, naquilo que Rosemiro Leal (2013) chamou de isomenia³⁷, consistente no igual direito de interpretação, já que todos partirão das mesmas assertivas ao apresentarem os seus argumentos (LEAL, 2017).

Popper (1999, p. 43) ressalta a necessidade urgente de técnicos científicos:

Superposto a esse perigo existe outro perigo, criado pela Grande Ciência: sua necessidade urgente de técnicos científicos. Cada vez mais candidatos ao PhD. recebem um treino meramente técnico, um treinamento em certas técnicas de mensuração; eles não são iniciados

36 “O que minha teoria trabalha é o controle processual de democraticidade sistêmica, desde o nível instituinte da lei até sua aplicação, aberto a qualquer do povo (comunidade jurídica de legitimados ao processo) segundo os elementos linguístico-autocrítico-jurídicos do devido processo em concepções deste ensaio sobre o due process e o dever processual democrático” (LEAL, 2013, p. 103).

37 “A minha teoria me conduziu a conjecturar o exercício de uma hermenêutica isomênica que vinculasse os argumentantes a sentidos normativos, atinentes a direitos processuais, já pré-estabilizados na base instituinte da Lei Constitucional de modo a assegurar (garantir) um direito igual de interpretação e argumentação para todos – o que não deve ser confundido com um igual direito de interpretação –, porque nada adiantaria a engenhosa concepção de processo de Fazzalari, se o provimento final estivesse, desde a instauração procedimental, cercado de total incognoscibilidade para as partes e assim continuasse, após prolatado, em face das mutações jurisprudenciais e da compreensibilidade revisional que o surpreenderiam na trajetória recursal” (LEAL, 2013, p. 10).

na tradição científica, na tradição crítica da formulação de problemas, de serem tentados e guiados antes pelos enigmas grandiosos e aparentemente insolúveis do que pela solução de pequenos quebra-cabeças.

Assim, trabalhando-se um Direito não ideológico em consonância com o racionalismo crítico de Popper (2013a), devemos buscar defesas científicas, não apenas técnicas. A atuação advocatícia, em um Estado não dogmático, também pode gerar ganhos sistêmicos que vão além da mera pretensão de êxito no processo interpartes. Em se tratando de defesa empresarial, isso resultará na redução da massa conflitiva a partir da evolucionariedade pela crítica científica³⁸, com resultados em termos de redução dos problemas estruturais que impedem a fruição efetiva de direitos econômicos fundamentais, dentre eles os relacionados à livre iniciativa.

Mas, para isso, é necessário alterar todo o modelo de ensino jurídico hoje existente. Os profissionais formados nas faculdades de Direito atuais são treinados segundo uma lógica goldschmidtiana³⁹ para realizar uma advocacia estratégica, sem qualquer preocupação com a solvência dos problemas pelas suas causas, direcionando a sua atuação apenas no sentido do seu sucesso pessoal como consequência dos êxitos particulares obtidos para os seus clientes.

Sobre isso, destaque-se passagem da obra ‘Fundamentos equívocos de constitucionalização do processo’ de Sílvio de Sá Batista (2021, p. 91):

Depreende-se que tal proposição demanda uma refundação das Faculdades de Direito, uma vez que o ensino jurídico, na atualidade, é disponibilizado a partir de uma divisão reducionista, que divide o conhecimento jurídico em dogmático e zetético, tendo como marco teórico (ideológico) o princípio

38 “Assim visto, testar teorias científicas faz parte de sua discussão crítica; ou, como podemos dizer, faz parte de sua discussão racional, pois, neste contexto, não conheço nenhum sinônimo melhor para racional do que crítico” (POPPER, 1975, p. 85).

39 Gabriel Grateki (2020, p. 88) sobre processo em Goldschmidt: “Quem, das partes, melhor traçar uma estratégia, pode levar a disputa para o seu raio de interesse. Quem se omitir talvez não tenha o azo da redenção: (...) a mais grave culpa contra si próprio é deixar passar uma oportunidade (...), este princípio não somente tem valor no processo, como também na vida”.

aristotélico da não contradição dos fundamentos dos pontos de partida da ciência. Atualmente, as Faculdades de Direito deverão formar pesquisadores aptos a interpelar as matrizes científicas que há séculos conduzem o saber das universidades no Brasil e no mundo. Isso significa que ser um processualista, em perspectiva neoinstitucionalista, é ser portador de uma epistemologia sinalizadora do mundo que queremos implantar.

Não que sejamos inocentes ao ponto de acreditarmos que o advogado, na defesa do seu constituinte, se preocupará com algo além dos interesses deste. Entretanto, é necessário que, no âmbito de um paradigma democrático-contemporâneo, o advogado saiba lidar com fundamentos científicos, deixando de invocar entimemas⁴⁰ tais como justiça, costumes, analogia e princípios gerais do direito, os quais podem ser manejados livremente pelas autoridades, já que os seus significados não são previamente definidos, mas deixados à discricionariedade do julgador.

Pela teoria neoinstitucionalista, os sentidos da linguagem normativa devem ser construídos pela via do devido processo coinstitucionalizante (LEAL, 2017). Nesta seara, o processo não é simplesmente um instrumento da jurisdição; constitui-se num instituto jurídico metalinguístico a partir do qual a linguagem normativa será constantemente arguida, auferindo-se ganhos sistêmicos como decorrência da crítica científica a ser exercida no espaço procedimental, através de advogados epistemologicamente preparados.

A economicidade, conforme uma eficiência sistêmica na solução dos problemas estruturais das empresas, deve se dar segundo a projeção das assertivas fundamentais da teoria da lei econômica, formada com base no método crítico de Popper (2013a), o qual também será exercido pela advocacia no âmbito procedimental. Para tanto, é necessário um estoque teórico que somente é adquirido pela pesquisa, pois os ganhos dependem de estudos avançados nas searas

40 Ver entimema, no dicionário filosófico de Abbagnano (2012, p. 387): “Segundo Aristóteles, silogismo fundado em premissas prováveis ou em signos; é o silogismo da retórica. O entimema fundado em premissas prováveis nunca conclui necessariamente, pois as premissas prováveis valem na maioria das vezes, mas nem sempre”.

jurídica e econômica. Alicerçadas nestes trabalhos científicos, serão elaboradas as políticas econômicas, as quais constituirão o planejamento, que é lei, com fundamento no qual se construirá um sistema jurídico econômico que conduzirá as relações jurídicas empresariais, com reflexos diretos na elaboração das leis tributárias, bancárias, trabalhistas, de direito empresarial e econômico stricto sensu. Com isso, teremos uma economia planejada. As normas, decisões e julgamentos relacionados às empresas deixarão de ser pautados pela balbúrdia de um mercado caótico e ilógico ou no psicologismo⁴¹ das autoridades, passando a ser resultado de estudos avançados, cujo foco consistirá na implantação de direitos econômicos fundamentais, em especial a livre iniciativa, o trabalho e o empreendedorismo.

A condução do econômico pelo jurídico não ocorrerá a partir de normas não demarcadas teoricamente, segundo um voluntarismo parlamentar cujas decisões são pautadas por conveniências políticas inconfessáveis. Será projetada conforme um planejamento econômico epistemológico, como produto da pesquisa científica, a qual contará com a participação dos advogados, que deixarão de atuar mediante alegações não fundamentadas, progredindo em direção a impugnações teoricamente embasadas.

Portanto, a partir da demarcação dos problemas empresariais, deverão ser produzidas teorias (hipóteses) pelas quais serão buscadas as soluções (solvência) destas agruras⁴², segundo um sistema aberto à crítica científica, atuando os advogados como agentes ativos na fiscalização e proposição de novos enunciados epistemológicos, sempre no intuito de uma maior fruição dos direitos fundamentais de uma democracia contemporânea.

41 “Psicologismo: no seu uso polêmico, o termo é constantemente empregado para designar a confusão entre a gênese psicológica do conhecimento e sua validade; ou a tendência a julgar justificada a validade de um conhecimento, quando, na verdade, só se explicou o seu acontecimento na consciência” (ABBAGNANO, 2012, p. 953).

42 “Quarta tese: Se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento começa por algo, poder-se-ia dizer o seguinte: o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas; mas, não há nenhum problema sem conhecimento” (POPPER, 1999, p. 14).

A CIÊNCIA COMO MÉTODO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Popper (1975, p. 88) vê na ciência “[...] uma das maiores criações da mente humana. É um passo comparável à emergência de uma linguagem descritiva e argumentativa ou à invenção da escrita”. A despeito disso, a ciência, segundo o dogmatismo jurídico vigorante, segue relegada a um plano periférico, atuando como uma espécie de linha auxiliar do voluntarismo estatal. É que as teorias apenas são utilizadas pelas autoridades para justificar todo o seu decisionismo, buscando-as somente a partir do que se quer decidir, num sincretismo que instrumentaliza o saber epistemológico.

Rosemiro Leal (2017) apontou, em sua obra ‘Processo como teoria da lei democrática’, o sincretismo fatal dos positivistas. Isso porque o positivista primeiro escolhe o que deseja decidir para, depois, motivar a sua escolha mediante a lógica que mais se adequa ao seu desejo. Essa é a perversidade dos iluministas e dos seus modelos liberal e social, a qual foi denunciada por Vinícius Barros e Daniel Noronha (2020, p. 123), no artigo ‘Do empirismo moderno aos dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento: aportes elementares à construção de uma metodologia jurídico-científica democrática’:

A modernidade, nela incluído o Idealismo Alemão, promove inegáveis aprofundamento e refinamento da epistemologia como estudo das ideias de certeza e verdade. No entanto, não se nota nesse esforço moderno o questionamento da condição de subjetividade decisória e sua relação lógica com a autoridade, ambas impeditivas da democracia jurídica. Ao contrário, parece que a modernidade confronta e expurga uma autoridade religiosa rudimentar e coloca outra no lugar, a do sujeito inatamente racional e capaz (ROUANET, 1999; WOLFF, 1996), talvez mais perniciosa, porque justificada e blindada por uma elaboração epistêmica mais refinada. À filosofia do medievo, reconhecidamente teocêntrica, segue-se, assim, outra filosofia de crenças, agora modernas: não mais em Deus ou na razão

divina, mas na razão humana, no indivíduo e na liberdade a que estaria condenado por obra objetiva da natureza.

Assim, não é qualquer lógica, ainda que científica, que serve para fundamentar as decisões estatais, mas apenas uma, a mais resistente à crítica. É que o sincretismo metodológico forma algo muito pior do que a justificação pelo senso comum: a instrumentalização da epistemologia pelas autoridades. E, quando nos referimos às autoridades, não falamos apenas das autoridades públicas, mas também das chamadas autoridades científicas, doutrinárias. Isso porque, apesar destes doutrinadores denominarem os seus trabalhos de acadêmicos, muitas vezes apresentam verdadeiras ideologias, na medida em que as suas proposições não são teoricamente demarcadas, sendo ainda indutivistas, pois partem da percepção que têm da realidade, segundo um empirismo que já se mostrou incapaz de solver a massa de problemas que assola a humanidade (POPPER, 2013b).

Nessa perspectiva, as teorias passam a justificar todo o voluntarismo científico daqueles que querem impor a sua visão de mundo. A ciência se transforma em meio, quando deveria ser o próprio eixo a partir do qual a realidade seria modificada. Não há como se alterar o mundo que aí está com base nos usos, costumes e tradições de uma sociedade pressuposta. Por isso, o conhecimento, segundo o método hipotético-dedutivo de Karl Popper (2013a), deve ser conjecturalizado, especulativo, mas esta conjecturalização deve ser epistemologicamente balizada, sob pena de se tornar aquilo que os gregos antigos chamavam de doxas e que Popper (1975) denominou de senso comum e senso comum do conhecimento.

Dessa maneira, a fim de evitar a instrumentalização dos teoremas, para que estes não se prestem a alicerçar o psicologismo e o indutivismo, a lógica deve ser única, muito embora tenha que ser aberta à crítica científica, uma vez que o racionalismo crítico de Popper (2013a) não admite juízos dogmático, fechados à impugnação dos seus fundamentos. Trabalha-se uma sociedade aberta, onde é possível perquirir a origem do conhecimento, permitindo-se que os seus enunciados fundantes sejam arguidos e falseados, até mesmo para serem desconstruídos e substituídos por outros mais eficazes

na resolução dos problemas e na implementação de um Estado Democrático de Direito (POPPER, 2018).

Nessa trama, o advogado não pode se contentar apenas com o papel de levar à juízo os fatos, segundo o brocardo latino *iura novit curia*. Não deve se restringir somente à função daquele que, retoricamente, tenta convencer as autoridades do que entende ser o mais adequado, invocando, inclusive, no final das suas petições, o senso de justiça destes agentes públicos. Não se admite mais, em termos de contemporaneidade, contar com a fé nos juízes, tal como sustentado por Calamandrei (2015) em sua obra ‘Eles, os juízes, vistos por um advogado’⁴³. Os advogados, em um Estado Democrático de Direito contemporâneo, devem embasar as suas pretensões em fundamentos científicos, devidamente testados e confrontados, os quais assumiriam a condição de pilares institutivos de uma sociedade humana, construída não a partir de mitos ou de uma cultura edificada segundo práticas impostas por aqueles que venceram disputas bélicas ou políticas, mas de acordo com proposições epistemológicas que se mostraram mais eficientes à efetiva fruição de direitos fundamentais.

Nesse Estado dogmático onde prepondera a arbitrariedade posta sob a manta de uma suposta necessidade da prudência das autoridades, a segurança jurídica é apontada como algo inatingível, desterrando-se autores como Karl Popper e Rosemiro Leal, que demonstraram a possibilidade de se edificar um conhecimento objetivo, desvinculado da figura do sujeito conhecedor (POPPER, 1975; LEAL, 2013). Isso faz com que as empresas sempre tenham que lidar com as incertezas de um ordenamento jurídico entregue aos intérpretes oficiais, que dão às normas os sentidos que bem entendem, segundo os seus interesses e conveniências, a partir de uma abertura semântica inadmissível em um paradigma democrático contemporâneo.

Os problemas mais comuns com os quais as empresas brasileiras devem lidar relacionam-se à ausência de um sistema jurídico

43 “O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã. Por isso, indica-se na *iustitia*, e não simplesmente no *ius*, o verdadeiro fundamentum regnorum – pois, se o juiz não for vigilante, a voz do direito permanecerá evanescente e distante, como as inalcançáveis vozes dos sonhos” (CALAMANDREI, 2015, p. 8).

econômico, formado com base em uma teoria da lei econômica, que seja o resultado de matrizes científicas como produto de estudos avançados nas searas jurídica e econômica (AGUIAR, 2022). Sofrem as empresas com as políticas cambial, monetária e fiscal. As taxas de juros básicas da economia são fixadas pelo Copom sem qualquer atrelamento a uma teoria da lei econômica amplamente testada quanto a sua eficiência na resolução dos problemas econômicos e isso impede a plena fruição dos direitos fundamentais, em especial de vida, liberdade e dignidade.

Tais taxas de juros são arbitradas a partir da percepção da realidade desta assembleia de especialistas, a portas fechadas, não se permitindo qualquer fiscalidade quanto ao que lá foi deliberado, pois, por mais que se apresentem justificativas, não se pode falar que estas decisões foram fundamentadas. Isso porque não se alicerçam em proposições científicas previamente formalizadas, as quais se encontram no nível instituinte deste sistema jurídico, depois de concorrerem com outras assertivas epistemológicas egressas de outras teorias, assumindo o posto metalinguístico após se mostrarem como as mais eficazes na solvência das adversidades existentes (LEAL, 2019).

O mesmo deve ser dito quanto ao tratamento dispensado na manipulação da cotação cambial. Não se sabe ao certo quem toma as decisões no que tange à disponibilização maior ou menor de moeda estrangeira pelo Banco Central do Brasil, a despeito dos efeitos diretos que estas deliberações têm sobre pessoas físicas e jurídicas. Uma disponibilização maior de moeda estrangeira no mercado nacional provoca uma queda na sua cotação, beneficiando determinados setores empresariais, em detrimento de outros. Os importadores são favorecidos, mas os exportadores não. As empresas de turismo internacional levam vantagem, prejudicando o turismo nacional. Quem resolve isso? De que forma? Qual o fundamento? Se a resposta for no sentido da legalidade da competência discricionária da autoridade pública, certamente não estaremos em um Estado Democrático de Direito, eis que, neste paradigma, não se pode admitir que os sentidos e significados das normas sejam atribuídos segundo o psicologismo dos agentes públicos e o pragmatismo mercadológico (LEAL, 2017).

No modelo atualmente adotado no Brasil, as autoridades do Banco Central, ainda que embasadas no tecnicismo dos seus auxiliares,

não deliberam a partir de uma única teoria, mas daquela que mais se adequa à sua vontade ou à sua interpretação da realidade, do que se denota toda a autocracia destas decisões.

O pior é que este modelo se fecha à fiscalidade⁴⁴, pois os seus fundamentos não são conhecidos. Considerando que, pela perspectiva neoinstitucionalista, a democraticidade se mede pela possibilidade efetiva de se impugnar, apontar erros e falhas, estas deliberações do Banco Central do Brasil são tirânicas, violando o paradigma democrático projetado no art. 1º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988; LEAL, 2013). Em um Estado não dogmático, aos moldes do defendido segundo o racionalismo crítico de Popper (2013a) e a teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Leal (2013), o advogado empresarial também teria o papel de questionar estas decisões das autoridades monetárias, cuidando, especificamente, de uma das causas do problema empresarial.

Conforme já apontado, teríamos uma atuação advocatícia não apenas técnica, como também científica. Mas, para tanto, é preciso que se conheçam os fundamentos destas deliberações estatais, o que só seria possível diante da existência de um sistema jurídico, o qual pressupõe o apontamento de uma teoria fundante da lei econômica, segundo uma sociedade protagonizada pela ciência.

Para que servem as faculdades de economia, notadamente os programas de pós-graduação *stricto sensu*, se não for para apresentar hipóteses para a solução destes problemas e, em especial, para as questões monetária, cambial e fiscal? Consoante já asseverado, a Universidade deve oferecer todo o estoque teórico, disponibilizando-o à crítica científica, de modo a se encontrar aquele método mais eficiente para a solvência desta balbúrdia econômica existente no Brasil, com efeitos diretos na atividade empresarial. Será que as autoridades monetárias, somente pelo fato de terem sido indicadas

44 A fiscalidade é desenvolvida a partir da compreensão de um sistema jurídico coinstitucional (constitucional) teoricamente construído segundo os elementos linguístico-autocríticos-jurídicos do devido processo em concepções não dogmáticas (ver meu artigo 'o due process e o *devir* processual democrático'). Com efeito, a fiscalidade processual pela via incidental, ao exercício do controle de democraticidade pelo paradigma de Estado Democrático de Direito, na estrutura dos procedimentos instaurados, é inarredável em minha teoria, bem como o mandado de injunção *ex officio* ante a falta de norma específica ou balizamento teórico-normativo quanto a direitos fundamentais. Esse controle processual de democraticidade alcança toda e qualquer modalidade procedimental (o civil, o penal, o administrativo, o legislativo, o tributário, o trabalhista e demais tipos de procedimentos)" (LEAL, 2013, p. 103-4).

pelo chefe do Poder Executivo, têm mais capacidade de solucionar os problemas econômicos e empresariais do que o conhecimento objetivo das teorias, testadas e submetidas a rigorosas críticas? Se a resposta for positiva, obviamente continuaremos encravados no modernismo antropocêntrico que, em tempos de hipermodernismo no qual estamos contextualizados, consegue a proeza de agregar características dos Estados liberal-burguês, social-republicanista e procedural-habermasiano⁴⁵.

Além disso, o chamado sistema tributário brasileiro não é jurídico. Isso porque as normas que formam este verdadeiro ordenamento são criadas, interpretadas e aplicadas a partir de uma relação auto-riedade-obediência, própria de um republicanismo típico do período greco-romano, o qual não pode vigor em um Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.

Esta relação de subordinação pela qual a tributação brasileira é estabelecida não se coaduna com o modelo constitucional firmado em 1988. Um sistema tributário, para ser jurídico em uma democracia contemporânea, não pode prescindir, na sua base instituinte, de uma teoria da lei tributária, exatamente para que se possibilite a realização de uma fiscalidade processual na qual o advogado atuaria (LEAL, 2013).

Este controle teria o condão de minimizar a arbitrariedade com a qual é conduzida a política fiscal, principalmente quanto à extrafiscalidade. Mas, não somente no que tange a ela. Também pela inobservância do devido processo legislativo, em perspectiva

45 “O comum acordo normativo precisa deslocar-se de um comum acordo prescrito pela tradição rumo a outro, convencionado entre as partes. No limite, convencionam-se, formalmente, e propõem-se positivamente, o que deve valer como ordem legítima; com isso, o agir social racional assume o lugar do agir social convencional: Naturalmente, é fluida a transição que leva do agir orientado pelo comum acordo ao agir social – este último representa o caso específico ordenado por estatutos. Ao inverso, costuma nascer de cada coletividade social (Vergesellschaftung) um agir que se pauta por um comum acordo, cujo alcance está para além do círculo de seus fins racionais (isto é, por um comum acordo condicionado pela própria coletividade social), estabelecido entre os membros da coletividade. Quanto mais numerosos e plurais forem os círculos (segundo os tipos de chances que lhe são constitutivas) com base nos quais os indivíduos orientam racionalmente seu agir, mais terá avançado a diferenciação social racional; e, quanto mais este agir assumir o caráter de coletividade social, mais terá se adiantado a organização social racional” (HABERMAS, 2016, p. 445).

neoinstitucionalista⁴⁶, já que a elaboração de leis tributárias no Estado dogmático não se alicerça em proposições científicas testadas e tidas como as mais resistentes à crítica; são justificadas segundo argumentos infalseáveis, que seguem conveniências de governo, muitas vezes atreladas a necessidades de mercado. Disso advém a insegurança das empresas que, a todo momento, são surpreendidas com alterações nas normas tributárias, sofrendo, mesmo diante das anterioridades geral e especial, com políticas de governo cujos fundamentos são desconhecidos, sendo, no máximo, motivadas pelo voluntarismo das autoridades. Neste âmbito, os advogados empresariais deixam de exercer a sua função tipicamente fiscalizatória, pois se veem diante de argumentos inimpugnáveis, que os impedem de funcionarem como órgãos de controle em prol do desenvolvimento de um sistema voltado à solvência das causas estruturais dos problemas destas pessoas jurídicas.

Destarte, a ciência forneceria as teorias jurídicas e econômicas nas quais estariam os fundamentos necessários à implementação de direitos econômicos fundamentais, tendo como finalidade teleológica a fruição plena da livre iniciativa e do empreendedorismo. Tais proposições concorreriam entre si até que se estabeleça aquela mais eficaz à solvência dos problemas econômicos, dentre os quais se inclui o empresarial, servindo de teorométodo fundante de um sistema jurídico econômico, onde seriam formadas as políticas econômicas instituidoras de um planejamento como eixo a partir do qual toda a legislação empresarial brasileira seria constituída. Teríamos, dessa forma, uma economia planejada com base na ciência, a qual se distinguiria da economia dirigida do Estado Social, pois, nesta, o mercado é conduzido pelo saber das autoridades que agem de acordo com as suas conveniências, utilizando-se as teorias epistemológicas, no máximo, como instrumento para justificar as suas convicções.

46 “Devido Processo Legislativo (legiferativo ou legiferante) é o devido processo destinado à criação e atuação das instituições jurídico-normativas (de lege lata) a comporem uma coinstituição (constituição) em forma de lei básica e fundacional de um sistema jurídico” (LEAL, 2021, p. 281).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma perspectiva democrático-contemporânea, a racionalidade que se espera de um sistema jurídico pressupõe o prévio conhecimento dos seus fundamentos, os quais somente podem ser explicitados no âmbito das teorias científicas. Fora disso, o que se tem é o controle ideológico das deliberações dos três poderes estatais, acreditando-se que o intelecto humano, por si mesmo, seria capaz de criar soluções para os problemas estruturais da humanidade sem a demarcação própria do conhecimento objetivo epistemológico.

Se pretendemos alçar a um nível superior em termos de democracia, temos que nos desgarrarmos das matrizes antropocêntricas que caracterizam o modernismo. Buscar o desenvolvimento humano a partir dos chamados pós e hipermodernismo não quebra este modelo de Estado iniciado no fim do século XVIII; pelo contrário, radicaliza-o. Isso porque a realidade continua sendo a condutora do conhecimento científico, através de um indutivismo catastrófico, que só serve para reafirmar as coisas exatamente como estão.

Exemplo disso é o progresso dos aparelhos tecnológicos de inteligência artificial. É que toda esta parafernália, a despeito de aliviar o trabalho humano, não leva a novas conjecturas; apenas acelera a repetição dos padrões culturais pela programação computacional, aprisionando-nos, ainda mais, ao contexto herdado do historicismo, onde tudo é feito para não ser alterado.

Com isso, continuamos a viver em um mundo onde não se investe na solvência das causas estruturais dos problemas existentes, preferindo-se atuar nos sintomas através de estratégias que sempre levam a uma dependência cada vez maior do Estado e das suas políticas públicas assistencialistas. E as empresas, sempre envoltas em suas crises, mendigam por ações afirmativas que só tratam dos sintomas, nada fazendo contra o foco infeccioso.

Uma advocacia, compromissada com a instituição de uma nova era que rompa com paradigmas pretéritos os quais não foram capazes de reduzir as crises empresariais, não pode se restringir a tratar de problemas consumados. Deve ser capacitada a impugnar as causas originárias destas agruras, atuando no cerne daquilo que gera a agonia das empresas, em prol da implementação efetiva

da livre iniciativa, como fundamento constitucional da República Federativa do Brasil. Não basta, em termos de uma democracia contemporânea, assegurar um acesso retórico ao Poder Judiciário, se não se possibilita uma eficaz impugnação das decisões estatais em todos os níveis, nos quais se incluem as questões referentes às políticas cambial, monetária, fiscal, financeira, trabalhista e de direito econômico. Diante da infalseabilidade das justificativas apresentadas quando das deliberações sobre estes temas, exatamente pela ausência de prévia formalização teórica dos fundamentos a serem seguidos, não há como apontar erros e falhas de forma efetiva, já que as autoridades sempre poderão apresentar as motivações que mais lhes convêm.

Sem uma vinculação plena a fundamentos previamente estabelecidos em uma teoria da lei estabelecida no plano instituinte da normatividade estatal, não há como alcançarmos uma democracia contemporânea, já que sempre estaremos à mercê da autocracia do intérprete, que, com a abertura semântica existente na linguagem jurídica não teorizada, pode apontar os sentidos e significados que bem entende às inúmeras regras e princípios legais existentes.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

AGUIAR, Daniel Farnese Cordeiro de. O planejamento econômico como liberdade no Estado não dogmático. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner. (Org.). Políticas públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos. 1ªed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022, v. IV, p. 76-90.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de; NORONHA, Daniel De Luca. Do empirismo moderno aos dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento: aportes elementares à construção de uma metodologia jurídico-científica democrática. In: SOUZA, Dimas Antônio de et al. (orgs). Pesquisa empírica em Direito: diálogos, reflexões e ações. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 116-135.

BATISTA, Sívio de Sá. Fundamentos equívocos de constitucionalização do processo. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado; tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GRATEKI, Gabriel Gomes. A vertente dialética do processo em Goldschmidt. 2020. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da Ação e Racionalização Social. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira; ROLIM, Kelen Cristina. Crítica e Empirismo. In: SOUZA, Dimas Antônio de et al. (orgs). Pesquisa empírica em Direito: diálogos, reflexões e ações. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 103-115.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como teoria da lei democrática. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. A falácia da fundamentação das decisões no Estado Dogmático e a Hermenêutica do garantismo, ativismo e protagonismo jurisdicionais. In: PEGINI, Adriana Regina Barcelos et al. (orgs). Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Thoth Editora, 2019, p. 787-801.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 15ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

POPPER, Karl. A sociedade aberta e seus inimigos. 2 v; tradução Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2018.

POPPER, Karl Raimund. A lógica das ciências sociais; tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

POPPER, Karl Raimund. A lógica da pesquisa científica; tradução Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2013a.

POPPER, Karl Raimund. Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária; tradução Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, Karl Raimund. Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento; tradução Antônio Ianni Segatto. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013b.

CAPÍTULO 5

ETAPAS DO PROCESSO DE FUSÕES E AQUISIÇÕES - MERGERS AND ACQUISITION

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c5>

Leonardo Seixas Alves Vieira

Graduado em Direito no Centro Universitário de Brasília - CEUB. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4144-7960>

INTRODUÇÃO

Inicialmente, faz-se necessário que sejam apresentados alguns conceitos básicos utilizados nas operações de Fusões e Aquisições (doravante M&A – Mergers and Acquisitions). Trazido do Direito Norte Americano, o termo Merger and Acquisitions refere-se ao processo de consolidação de uma empresa que, segundo o Pricewaterhouse Coopers – PwC, pode abranger inúmeras possibilidades, por exemplo: i) fusão; ii) aquisição (tanto de participação controladora, quanto não controladora); iii) joint venture; iv) incorporação; e, v) cisão (DELL’OSO, 2020).

Esses termos concernem ao processo de consolidação da empresa participante da operação de M&A. Utilizados com o objetivo de colaborar com o crescimento da sociedade, permitem que empresas alterem sua posição no mercado, expandindo seu nicho de atuação ou seu impacto no mercado em que atuam.

Para tanto, é possível que tais operações sejam utilizadas em conjunto ou sucessivamente, a depender da estratégia utilizada, sempre visando ao desenvolvimento da atividade empresarial.

Independentemente da maneira e do modo que são realizadas as operações de M&A, fato é que todas têm em comum negociações multilaterais, sendo realizadas sempre de modo estratégico e

acompanhadas de uma série de etapas técnicas, com parâmetros bem definidos.

Nesse artigo, abordam-se os principais pontos estratégicos do processo de M&A, de modo que se possa compreender de forma simples o passo a passo das principais operações realizadas no mercado, bem como os principais pontos a que as partes participantes do processo de fusão e aquisição devem se atentar.

ETAPAS DO PROCESSO DE M&A

TEORIAS DO PROCESSO DE FUSÃO E DE AQUISIÇÃO

Por certo, não há uma regra imutável que dite o trâmite de todas as operações realizadas no mercado, tendo em vista que essas variam de acordo com o seu objetivo específico. No entanto, para se ter uma base do processo de fusão e aquisição, destacam-se as três principais teorias do mercado.

A primeira teoria é a do processo de aquisição, dividida em cinco fases, desenvolvida por Sudarsanam. Para ele, o processo engloba uma primeira fase que consiste na realização de uma estratégia corporativa, seguida da segunda fase, a organização interna para a realização da fusão ou da aquisição (SUDARSANAM, 2003).

A terceira fase consiste na etapa de estruturação das empresas para realizar a transação, já a quarta fase consiste em um período em que deve ser realizada a integração.

Por fim, a quinta fase seria a etapa na qual a empresa adquirente realizaria uma auditoria pós-aquisição, a fim de constatar eventuais irregularidades do processo e consolidar a operação.

A segunda teoria aqui exposta é a de Galpin e Herndon, na qual se divide o processo de aquisição em um determinado fluxo de negociação composto por oito fases.

Em suma, as etapas abordadas por Galpin e Herndon (2007) consistem na: i) formulação de uma estratégia de desenvolvimento do processo de integração; ii) localização de uma empresa alvo; iii) investigação da empresa selecionada; iv) negociação; v) integração; vi) motivação; vii) inovação; e viii) avaliação.

Contudo, Galpin e Herndon (2007) acreditam que, para a obtenção de bons resultados durante o processo de negociação, devem as partes adaptar o procedimento para suas realidades.

A última teoria a ser evidenciada é a formulada sob a perspectiva de DePamphilis (2011). Formada por dez fases, o modelo de DePamphilis é composto por etapas ligadas entre si, formando um fluxograma que se inicia pelo plano de negociação e de aquisição e finaliza com a integração e avaliação final da empresa.

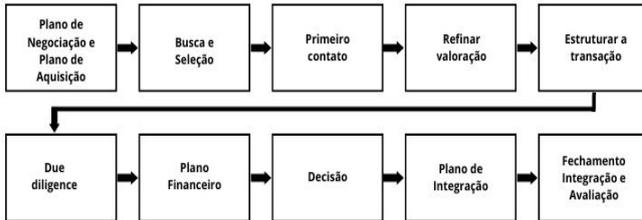


Figura 1 – Fluxograma do Processo de Aquisição: modelo de DePamphilis.

Fonte: Elaboração Própria.

ETAPAS DO PROCESSO DE M&A NA PRÁTICA

Antes de adentrar nas etapas de negociação, é importante destacar que a empresa interessada no ponta pé inicial do processo de M&A deve realizar um bom plano de aquisição, determinando seus objetivos, avaliação de recursos, análises de mercados, preferências e cronograma.

Em síntese, a empresa que visa realizar uma operação de M&A inicia o processo mediante uma autoanálise, avaliando as diversas alternativas para solucionar questões internas da sociedade.

Os objetivos fixados no plano de aquisição devem ser consistentes com os objetivos estratégicos e com a capacidade máxima de recursos disponíveis da empresa.

Caso contrário, a sociedade investidora se sujeitará ao risco de se comprometer com apenas uma parte de seus objetivos traçados

anteriormente, o que afetará de forma considerável o processo de M&A.

Desse modo, traçados os objetivos, o cronograma deve ser realizado corretamente por todos os envolvidos, de forma a alcançar os objetivos do plano, evitando o excesso de custos, o que pode desmotivar os investidores em circunstâncias incontroláveis de certas fases.

Após determinar qual caminho tomar, no caso da compra de uma empresa, a sociedade interessada deve encontrar um agente alvo, chamado de target, durante o processo de M&A. Em seguida, iniciam-se as tratativas preliminares do processo de negociação.

Existem basicamente duas fases de negociações, a de negociações preliminares e a de negociações avançadas. Nesse ponto, deve-se destacar que o principal ato que separa as duas fases de negociações é o instituto da due diligence – exposto mais adiante –, realizado com o principal objetivo de investigar e analisar informações da empresa objeto do negócio.

Encontrado o target, a empresa investidora deverá realizar a abordagem do alvo com o intuito de esclarecer seus interesses na realização de negócios.

A depender da situação, é normal que alguns investidores utilizem um intermediário que permita facilitar o processo de conversação. Caso se constate o interesse de ambas as partes, o processo de M&A é avançado, sendo necessária a utilização de alguns instrumentos específicos nessa etapa negocial.

Dentre os principais instrumentos utilizados na fase de negociações preliminares, pode-se destacar: i) letter of intent – LOI (carta de intenções); ii) memorandum of understanding – MOU (memorando de entendimentos); iii) term sheet (termos e condições de um potencial acordo); iv) non disclosure agreement – NDA (acordo de confidencialidade); e, v) contrato preliminar.

Esses instrumentos podem ser utilizados separadamente ou em conjunto, dependendo da estratégia de negociação utilizada pelas empresas negociantes.

Letter of Intent – Carta de Intenções

A LOI, em suma, estipula formalmente os motivos do contrato, estabelecendo as diretrizes e os principais termos e condições do contrato. A carta de intenções também indica as responsabilidades de ambas as partes enquanto o acordo estiver em vigor, uma data de expiração razoável, os tipos de dados a serem trocados e o tempo de duração e extensão das negociações, para que, caso esse prazo seja extrapolado, as partes possam encerrar a negociação sem prejuízo para a parte que optar por não seguir.

Dependendo da intenção das partes e de como a LOI é entabulada, ela pode ou não ser juridicamente vinculativa.

Daí surge a necessidade de que a LOI seja bem redigida, contendo linguagem que limite, ou não, a extensão das cláusulas do acordo.

Uma LOI elaborada adequadamente também deve descrever as bases gerais do processo de due diligence e estipular que o não cumprimento de qualquer das condições estabelecidas na carta de intenção poderá ser motivo para invalidar o acordo a ser firmado.

Memorandum of Understanding – Memorando de entendimentos

Muitas vezes confundido com a LOI, o MOU conta com particular destaque nas empresas durante o processo de negociação.

Bastante discutido na doutrina, o MOU não tem natureza definida, sendo entendido por alguns doutrinadores como pré-contrato ou, para outros, como instrumento preliminar de negociação.

Nesse sentido, José Edwaldo Tavares Borba (2003, p. 486) esclarece que o MOU “não tem a natureza de pré-contrato, posto que não obriga à conclusão do contrato”. Sendo assim, o MOU seria apenas um “acordo preparatório, com a natureza de simples negociação preliminar, como tal destituída de efeito vinculativo” (BORBA, 2003, p. 486).

De forma mais sucinta, o MOU é o documento capaz de estabelecer as relações das partes, devendo constarem, em seu bojo, além da descrição de todas as partes envolvidas, o objetivo

de participação, as responsabilidades e funções de cada parte, os recursos que serão providos por cada parte, os benefícios pretendidos e, por fim, as assinaturas.

Resumidamente, para que não haja confusão entre o MOI e a LOI, destacam-se algumas diferenças entre os dois institutos. Em relação à LOI, esta consiste em um documento que descreve os principais pontos do acordo proposto e serve como um “acordo” entre duas partes, não sendo possível incluir mais pessoas, além do mais, a LOI é muitas vezes convertida em um contrato mais tarde e, portanto, pode ser formulada já com esse viés.

Por outro lado, o MOU é um acordo entre as duas ou mais partes, podendo permanecer em sua forma até a conclusão do projeto, ou até mesmo perdurar após a conclusão. Ademais, o MOU pode regulamentar relações extracontratuais, estabelecendo grupos empresariais de fato e relações empresariais.

Logo, pode-se concluir que, apesar de ambos os documentos descreverem a intenção de tomar uma ação específica e não são, necessariamente, documentos vinculativos, mesmo que possam incluir cláusulas juridicamente vinculativas, a LOI se destaca em seu uso como um acordo primário em alianças principais, enquanto o MOU pode ser mais abrangente, abordando demais relações e intenções das partes.

Term Sheet – Termos e condições de um potencial acordo

Proposto pelo investidor durante o processo de negociação, o Term Sheet é utilizado como acordo preliminar não vinculativo no qual as partes apresentam suas intenções, detalhes do negócio jurídico a ser realizado e estudos financeiros do possível e futuro investimento.

Geralmente utilizado em investimentos associados a startups, o Term Sheet acaba sendo um documento essencial para atrair investidores e captar investimentos de risco (venture capital) e financiar os empreendimentos. Utilizado em outros tipos de investimentos, esse instrumento serve também como base de um Acordo Preliminar, nessa hipótese, quando os investidores estiverem formulando o Acordo Preliminar referente à negociação, eles utilizaram como base os termos pré-definidos no Term Sheet.

Dentre as principais características desse instrumento, destacam-se a não vinculação do termo, o objeto como um contrato prévio firmado com o intuito de verificar a viabilidade de investimento, prazo de negociação previamente definido, cláusula com existência ou não de exclusividade, confidencialidade do acordo e demais obrigações basilares das partes, durante ou após o processo de negociação.

Non Disclosure Agreement – Acordo de não divulgação

Chamado na maioria das vezes de “acordo de confidencialidade”, o NDA é um acordo vinculante formulado entre as partes, firmado em especial antes de prosseguirem com as negociações, nele se estabelece uma relação confidencial das informações trocadas pelos negociantes.

Em termos simples, o NDA é um acordo firmado com o objetivo de que as partes negociantes e os demais membros envolvidos na negociação não divulguem, nem utilizem, fora das hipóteses previstas no acordo, as informações às quais têm acesso em decorrência do negócio celebrado ou a celebrar.

O NDA pode ser tanto um instrumento específico, formulado separadamente entre as partes, quanto um capítulo ou conjunto de cláusulas, dentro de outro acordo elaborado. Ocorre que, ao se tratar de um acordo de confidencialidade, esse costuma ser mais completo, contendo previsões de divulgação, penalidades para tipos distintos de infrações e detalhes das informações consideradas como confidenciais entre as partes. Assim, o Acordo de confidencialidade torna-se um documento mais rico, completo e técnico.

Por outro lado, as cláusulas de confidencialidade inseridas dentro de um contrato, com objeto principal distinto da finalidade de proteger informações confidenciais, geralmente são mais genéricas. Esse conjunto de cláusulas determina de maneira mais ampla que as partes assumam a obrigação de não compartilhar, divulgar ou utilizar as informações constantes no referido acordo.

No entanto, não há regras específicas para a formulação de acordos, termos ou cláusulas de confidencialidade, o que permite que as partes decidam entre si qual a maneira de se estabelecer a confiança da negociação. Afinal, esse instituto permite que as partes

compartilhem informações confidenciais sem medo de que elas acabem em mãos erradas.

Tratando em especial da parte prática de um NDA, extraem-se alguns pontos essenciais a serem observados. Em uma perspectiva da parte reveladora, é importante que seja definido o que será considerado “informações confidenciais”, da maneira mais ampla possível. Também é necessário que a parte reveladora não apresente ou garanta que as informações estejam completas, ou que sejam úteis ou exatas.

Ademais, as informações prestadas devem ter um fim, podendo as partes pactuarem pelo descarte das informações reveladas ao fim da operação. Outro ponto comum nos acordos de confidencialidade é a imposição de cláusulas de indenização por danos indiretos, lucros cessantes e dano moral, todas essas cláusulas e demais são utilizadas com o intuito de blindar e trazer segurança para a parte reveladora das informações. Além disso, também é usual que a parte reveladora imponha exigência de ciência, permissão e de um novo NDA nos casos de repasse de informações, para que ocorra a divulgação a terceiro, essa divulgação ocorre mediante aprovação pela parte reveladora e seja repassada apenas com o NDA assinado e replicando o original.

Por outro lado, a parte receptora deve buscar ao máximo a restrição ao conceito de “informações confidenciais”, estabelecendo ressalvas quanto às informações obtidas por terceiros, informações que se tornem públicas ou cuja divulgação seja obrigatória. Também é importante que a parte receptora exija uma declaração de propriedade das informações confidenciais reveladas, de modo a prevenir o recebimento de informações não oficiais e de autoria de terceiros.

A depender do negócio a ser realizado, faz-se necessário que a parte receptora das informações exija a retenção de alguns dados obtidos na negociação para o desenvolvimento da integração entre as partes envolvidas. Outro ponto de suma importância é a estipulação de uma indenização limitada a danos diretos e multa, bem como a previsão de multa por divulgação de informações inverídicas pela parte, também chamada de no cap – “sem mentiras” –.

Ainda sobre as estratégias utilizadas pelos receptores das informações, é usual que esses fujam das cláusulas que obriguem o

receptor a disponibilizar as informações a terceiros com NDA, para que, assim, possam eximir suas responsabilidades por ato de terceiros. Outrossim, é necessário que estejam bem definidos os conceitos do que é e não é informação confidencial. Desse modo, o receptor das informações deve buscar a flexibilização do tratamento das informações, para que, caso ocorra um repasse, intencional ou não, de informações, a parte possa eximir ou mitigar sua responsabilidade.

Contrato Preliminar

O Contrato Preliminar é o instrumento pelo qual as partes alinham suas intenções e estipulam a obrigação de se concluir um determinado negócio jurídico, o qual será formalizado por meio de um contrato principal a ser firmado em momento posterior, que obrigatoriamente atenderá às condições e aos elementos essenciais já estabelecidos no contrato preliminar.

Segundo Pontes de Miranda (2001, p. 30), o “contrato preliminar, ou melhor, précontrato (Vorvertrag, nome proposto por H. Thöl), pactum de contrahendo, entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, ou todas, no caso de pluralidade subjetiva, se obrigam a concluir outro negócio jurídico, dito negócio principal, ou contrato principal”.

No mesmo sentido, Orlando Gomes (1999, p. 135) conceitua o contrato preliminar como uma “convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia de contrato que projetaram”.

Na mesma linha, Silvio Rodrigues (1983, p. 40) entende que “o contrato preliminar (pacto de contrahendo) é uma espécie de convenção, cujo objeto é sempre o mesmo, ou seja, a realização de um contrato definitivo. Com efeito, o contrato preliminar tem sempre por objeto a efetivação de um contrato definitivo”.

Em sentido convergente, Caio Mário da Silva Pereira (1984) leciona que o contrato preliminar é um “contrato por via do qual as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal”.

Bem se vê que, pela definição dada em uníssono pela doutrina majoritária, o contrato preliminar é um instrumento preparatório de

outro contrato, denominado definitivo ou principal, a ser firmado em momento futuro.

Características práticas dos contratos preliminares de M&A

Com o intuito de esclarecer as principais características dos contratos aqui mencionados, faz-se mister mencionar que contratos de MOU, LOI e Term Sheet têm cláusulas características, por exemplo, cláusulas de princípios gerais e considerados, descrição do objeto da operação pretendida no acordo final e dos demais acordos a serem elaborados, parâmetros financeiros e condições comerciais e negociais pré-definidas, direitos políticos e econômicos, determinação da realização de due diligence (em quais áreas, prazos, fluxo das comunicações externas), condições resolutivas, precedentes à conclusão da operação e demais cláusulas que tenham o objetivo de organizar e estabelecer diretrizes durante a negociação do M&A.

Dentre as cláusulas mais presentes nos MOU, LOI e Term Sheet, destacam-se, também, as cláusulas de indenização, exclusividade, preferência, confidencialidade, non-solicitation, non-compete, prazo e cronograma de trabalho, responsabilidade pelos custos da operação, vinculação ou não vinculação, foro e cláusula arbitral ou de mediação – dispute board.

Em relação às cláusulas de condições resolutivas e precedentes à conclusão da operação, as partes têm de se atentarem aos parâmetros de deal breaker, referentes aos resultados da due diligence. Esses parâmetros são nada mais e nada menos que pontos específicos que, caso verificados durante a etapa de diligência, servem como condição resolutiva da negociação. Sendo assim, os parâmetros de deal breaker podem ser estabelecidos tanto pela parte buy-side (parte compradora), quanto pela sell-side (parte vendedora), a fim de retirá-las da mesa de negociação, caso verificadas. De tal modo, as negociações realizadas pelas empresas devem ser satisfatórias aos acordos pré-definidos, de modo a estruturar e concretizar as tratativas realizadas.

Além do mais, faz-se importante analisar o cenário da empresa negociada, atentando-se para as alterações de mercado e para alterações internas da empresa-alvo. Um dos exemplos mais utilizados

atualmente em relação às alterações de mercado é a pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Com o advento da pandemia, certas áreas da economia foram afetadas diretamente, tanto no bom, quanto no mal sentido. Em relação às alterações internas da empresa-alvo, destacam-se as mudanças de governança, diretoria, estruturas governamentais da sociedade alvo, tendo em vista que tais mudanças podem interferir diretamente nos trabalhos e na atuação da empresa perante o mercado.

Outro ponto para se incluir nas condições resolutivas é a obtenção da aprovação em órgãos reguladores e demais órgãos internos, em que a empresa envolvida necessite de regulamentação. Deve-se, ainda, impor a necessidade de confirmação de que as premissas determinadas na due diligence não foram ao encontro das estabelecidas e determinadas no MOU.

Outrossim, é importante mencionar que tais contratos podem, ou não, ter efeito vinculante. Ou seja, o efeito vinculante de cada contrato firmado entre as partes, independente se formulado pela parte buy-side ou pela sell-side, ou por ambas as partes, sendo facultado às partes decidirem acerca dos efeitos contratuais.

No entanto, as partes devem sempre se atentar às hipóteses de vinculação obrigatória, presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Aqui se destaca o instituto da promessa, o Código Civil adotou uma corrente que realça o carácter vinculante da declaração unilateral de vontade, sendo a promessa uma obrigação já assumida com a própria declaração da parte.

Logo, caso não seja a real intenção da parte, esta deve se atentar a esses institutos, sendo certo que, caso utilize um deles, como exemplo a promessa, a parte ficará vinculada às suas declarações decorrentes a tal. Ademais, mas não menos importante, as partes devem formular e firmar seus contatos, baseadas nos princípios basilares do direito brasileiro, a autonomia de vontade e boa-fé das partes, evitando, assim, quaisquer possíveis discussões no futuro.

Desse modo, é possível verificar a importância dos contratos utilizados na fase de negociação preliminar, sendo certo que esses servem como base para resguardar, estabelecer diretrizes, intenções e direcionar ambas as partes durante todo o processo de negociação.

Logo, haja vista o processo de M&A não contar com uma “fórmula exata”, devem as partes utilizar o máximo de recursos possíveis, a fim de realizarem o melhor negócio possível, evitando todo e qualquer empecilho que possa prejudicar a transação.

CARACTERÍSTICAS PRÁTICAS DAS NEGOCIAÇÕES AVANÇADAS DE M&A

Antes de adentrar na análise da fase de negociação avançada, faz-se necessário um estudo sobre o instrumento da due diligence, oportunidade na qual se realiza a avaliação de risco do negócio. Esse exame detalhado da situação legal do target irá demonstrar a real situação financeira, contábil, social ambiental e governamental da empresa alvo.

Dentre os principais pontos a serem observados durante as realizações das auditorias, o agente negociador deve analisar os registros de ações, das cotas da sociedade alvo e o cap table da sociedade empresarial, ou seja, o quadro de acionistas, investidores e demais sócios participantes não registrados.

É comum que, durante a negociação de uma empresa, o comprador se depare com contratos de investimentos com participação futura, nesses casos, faz-se necessária uma análise dos contratos realizados, das rodas de investimento e dos valuations encontrados anteriormente, com a finalidade de entender se os documentos das rodadas anteriores condizem com o cap table das conversões dos direitos.

Isso porque, em alguns casos, o comprador pode se deparar com uma empresa com pouco equity, ou seja, pouco patrimônio líquido. Dessa forma, na hipótese em que foram realizadas inúmeras rodadas de investimentos, os sócios fundadores acabaram por diluir grande parte de suas participações, restando apenas poucas cotas do negócio, o que torna um desincentivo para a parte compradora. Há também a possibilidade de isso se tornar uma situação futura, como nos casos em que a empresa recebeu diversos investimentos e comprometeu grande parte das cotas da sociedade com esses investidores. Nesse caso, o comprador deve se atentar, pois em momento futuro deverá cumprir com os acordos firmados anteriormente.

Outrossim, tendo em vista se tratar, na maioria das vezes, de empresas novas, pouco consolidadas e sem muita estrutura organizacional, a parte compradora tem de analisar a estrutura de governança da empresa, e caso seja verificado algo não usual, por exemplo, sócios ou até mesmo investidores não sócios com poderes de veto, tal situação poderá acarretar um entrave nas operações da sociedade, devendo esses possíveis empecilhos serem evitados ao máximo.

Outra situação atípica, mas não impossível de ocorrer, são os casos de ausência de formalização de acordos, realização de promessas orais, escritas por mensagens informais e com regras distintas. Apesar de não usual, durante a negociação de uma empresa, é possível de que a parte interessada se depare com todo e qualquer tipo de situação, devendo sempre se atentar para não se vincular a nenhum imbróglia.

Na etapa da due diligence, a análise de processos judiciais também se torna crucial. Em uma busca bem realizada, o comprador poderá verificar riscos futuros. Assim, a elaboração de um bom relatório descritivo das ações judiciais que envolvem a empresa revelará os riscos prováveis e remotos sobre a perda de cada demanda. Com esses e demais dados obtidos das ações, será possível verificar a elaborar um plano de contingência para a empresa adquirida.

Após a análise dessas e de outras inúmeras informações encontradas ao decorrer da due diligence, é necessário que seja realizado um relatório final no qual é descrita toda a situação das contingências encontradas, incluindo, quando possível, estimativa de seus valores e as possibilidades de risco. Esse documento deve ser capaz de permitir ao investidor, ora comprador, verificar alguma possível red flag, isto é, sinais que lhe façam desistir do seu investimento.

Avançando para a análise da fase de negociação avançada, caso se trate de operação societária, como fusão e incorporação, as empresas necessariamente realizam um protocolo e justificação, que são elaborados por ambas as partes da negociação. Esse protocolo tem como objetivo esclarecer a relação de troca e investimento, qual é o valuation de cada empresa, com o intuito de justificar o porquê de essas empresas realizarem a negociação, nos termos dos artigos

224 e 225 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404 de 15 de dezembro de 1976).

Ainda em referência à fase de negociações avançadas, é comum as empresas utilizarem de outros instrumentos, como o acordo base, acordo de sócios, também chamado de acordo de cotistas ou acionistas, acordo de investimento (ex: mútuo conversível), acordo com opções de compra e acordo de compra de ações, também chamado de SPA, sigla referente à expressão share purchase agreement.

Contudo, é importante destacar que o nome que se dá a esses contratos é uma mera formalidade, o que realmente importa são as cláusulas específicas de cada instrumento, ou seja, sua essência. Assim, o conjunto de certas cláusulas formam cada um dos contratos utilizados no decorrer das operações de negociações.

Afinal, os contratos utilizados na fase de negociação do M&A são classificados como instrumentos contratuais atípicos, com o conteúdo não definido, por isso, dá-se a importância de se observar o conteúdo de cada instrumento, e não apenas o nome.

Em relação aos contratos de investimento utilizados nessa fase, esses contam com algumas cláusulas de direito econômico em comum, por exemplo as cláusulas de tag along, drag along, anti-diluição, lock up, first refusal, first offer e put a R\$1,00 (um real).

Com vista a não se esquivar do principal objetivo do presente artigo, mas com a intenção de esclarecer a essência das cláusulas supramencionadas, traça-se um breve resumo de cada instituto mencionado.

Em relação à cláusula de tag along, refere-se à venda conjunta da participação. Utilizada geralmente para proteção de sócios minoritários, essa cláusula estabelece o direito do minoritário em deixar a sociedade, reunindo-se à venda ora realizada pelo sócio majoritário. De maneira inversa ao tag along, o drag along é o instrumento pelo qual força os acionistas e sócios minoritários a venderem suas participações, quando os sócios majoritários estiverem alienando suas participações da companhia. Geralmente, a cláusula de drag along estabelece os mesmos termos e condições da venda realizada pelo sócio majoritário.

Em relação à cláusula de antidiluição, esta busca evitar a perda de participação em casos de aumento posterior de capital da empresa, evitando, assim, a diminuição do percentual do capital da sociedade pelos sócios investidores. A cláusula de lock up proíbe a venda de ações ou cotas por um determinado acionista durante um certo período. Essa cláusula geralmente é utilizada visando à proibição de retirada de um sócio da empresa por um determinado tempo, sendo muito utilizada como um instrumento essencial à proteção do know how da empresa.

A cláusula de first refusal dá o direito ao seu titular de tomar conhecimento de todas as ofertas formuladas em face do patrimônio societário a ser alienado. Essa cláusula também dá o direito ao seu titular de realizar a compra da participação societária negociada pelo mesmo valor da maior oferta, obrigando o sócio alienante a vender sua participação para o sócio detentor do direito de first refusal.

Em sentido semelhante, a cláusula de first offer estipula o direito do detentor dessa cláusula a realizar uma primeira oferta de compra no caso em que um outro sócio queira alienar sua participação societária. Essa cláusula geralmente é imposta com o objetivo de reduzir os custos transacionais de uma operação de compra e venda de cotas.

A cláusula de put a R\$1,00 (um real) se refere ao instituto da put option, ou seja, estabelece o direito a obrigar os demais sócios a comprarem as cotas dos investidores. Isso porque, tratando-se de investimento de risco, para que os sócios investidores não sejam responsabilizados e vinculados ao fracasso do empreendimento, estabelece o direito dos sócios investidores a se retirarem da sociedade de forma rápida e segura, vendendo suas participações societárias por um preço pré-fixado.

Dessa forma, após escolhido qual contrato de investimento será utilizado para aquisição da empresa ou de apenas parte societária do target escolhido, as partes deverão entrar em comum acordo acerca da negociação de cada cláusula e item a ser estipulado no contrato principal, bem como das condições a serem fixadas nos acordos de cotistas e acionistas e dos instrumentos acessórios. Assim, caso optem por levar adiante a negociação, os envolvidos marcam a data

do signing, a assinatura do contrato principal e dos instrumentos acessórios.

No momento da assinatura, também chamada de closing, via de regra, ocorrerá a assinatura e entrega dos documentos de renúncia dos administradores atuais, o envio de certidões negativas da empresa alvo, a assinatura dos documentos para o fechamento do preço estabelecido pelas partes, a mudança de participações acionárias nos livros de registro e de transferência de ações e o pagamento do preço acordado, nas formas previstas no contrato.

No momento pós-closing, a parte adquirente realizará a finalização do processo de M&A, com registro da alteração de sociedade perante os cadastros do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, Fundo de Garantia de tempo de Serviço – FGTS etc. Após o closing, as partes devem realizar todas as medidas necessárias para implementar a operação, sempre dentro dos prazos legais ou contratuais estabelecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste artigo foi identificar e analisar as fases de um processo de M&A, de maneira que se possa compreender o processo de fusão de aquisição, bem como analisar os principais pontos estratégicos do processo de M&A, a fim de entender as características dos contratos e das cláusulas utilizadas durante o procedimento.

Ao longo do presente estudo, foi possível verificar que, ao executar uma fusão ou aquisição de forma estratégica e inteligente, a empresa poderá aumentar sua posição competitiva no mercado. Além disso, o M&A permite aprimorar as relações comerciais, expandir o nicho de atuação, melhorar as ofertas de produtos e serviços, dentre outras possibilidades, a depender da maneira e estratégia utilizadas pela empresa adquirente.

Como foi exposto, o processo de M&A é dividido basicamente em dois períodos, sendo eles, o momento de negociação preliminar e o momento de negociação avançada. Viu-se que o processo do M&A se iniciará com uma fase de desenvolvimento da estratégia de aquisição e de análise das condições atuais do mercado.

Em sequência, será definido os critérios de pesquisa da empresa alvo com a consequente busca pelo target. Após encontrada a empresa-alvo do processo de M&A, inicia-se o planejamento para aquisição do alvo. Nesse ponto, são realizados o primeiro contato com a empresa target e firmados os primeiros contratos preliminares que servirão como base para instruir a realização dos negócios.

Ato contínuo, após a troca de informações preliminares e esclarecidos os objetivos de cada empresa, é assinado o NDA. Caso as partes manifestem interesse em prosseguir com a negociação, é dado início à realização da due diligence, instrumento essencial para a realização dos processos de fusão e aquisição de empresas. Conforme estudado, esse documento deve ser capaz de permitir às partes verificarem alguma possível red flag que lhe façam desistir do negócio.

Cientes de riscos, características, balanços e demais informações prestadas para que seja realizada a conclusão das negociações, o próximo passo é a assinatura do contrato de compra e venda ou subscrição de cotas, ações ou ativos e demais contratos acessórios como o acordo de cotistas.

Após o closing, conforme anteriormente analisado, conclui-se ser essencial que as partes realizem as medidas necessárias para implementação do negócio firmado, efetuando, ainda, uma análise total da negociação com o intuito de verificar algum ato de invalidez ou que prejudique a negócio firmado.

Nesse sentido, verifica-se que, apesar de existir um caminho essencial no processo de M&A, há inúmeras possibilidades de operações societárias que podem ser exploradas para benefício da atividade empresária, o que demonstra ser essencial o auxílio de equipe de advogados e contadores ao decorrer das operações. Afinal, em que pese o processo de M&A parecer, de certo modo, simples e fácil, é um processo complexo e deve ser sempre bem elaborado e estruturado, podendo levar muito tempo para acontecer, tendo em vista que envolve muitas formalidades e procedimentos devidos.

Desse modo, conclui-se que as fusões e aquisições desempenham um papel muito importante no ambiente operacional empresarial, trazendo muitos benefícios tanto para o adquirente,

quanto para a empresa-alvo, permitindo que ambos possam ter um crescimento sinérgico. Sendo assim, diante do atual cenário de globalização e aumento da competitividade em todos os ramos empresariais, as empresas devem buscar formas de se manterem competitivas, organizando seus meios de expansão e da redução de custos operacionais. Logo, a busca por operações de M&A acaba se tornando uma ferramenta fundamental dessa estratégia, permitindo às empresas alcançarem esses objetivos de maneira muito mais ágil e menos dispendiosa. Por esse motivo, o processo de M&A sempre deve ser analisado como uma medida estratégica de negócios.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar, 8 ed., 2003.

BRASIL. Lei nº. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

DELL'OSO, Leonardo. Fusões e Aquisições no Brasil. Pricewaterhouse Coopers. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2020/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-fevereiro-20.html#:~:text=Joint%20venture%20caracteriza%2Dse%20por,cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20uma%20nova%20empresa>. Acesso em: 28 mar. 2022.

DePamphilis, Donald M. Mergers and acquisitions basics: negotiation and deal structuring. Academic Press. 2011

GALPIN, T. J., & HERNDON, M. The complete guide to mergers and acquisitions. 2nd ed. San Francisco, CA: Jossey-Bass. 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. Ed. Forense, 22ª edição, Rio de Janeiro, 1999.

MIRANDA, Pontes. Tratado De Direito Privado. Ed. Bookseller, São Paulo, vol. 13. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições De Direito Civil. Ed. Forense, vol. IV, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1984.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 03. Ed. Saraiva, 13ª ed, São Paulo, 1983.

SUDARSANAM, Sudi. Creating value from mergers and acquisitions: The challenges: An integrated and International perspective. London: Financial Times–Prentice Hall. 2003.

CAPÍTULO 6

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 185.702/DF: A POSSÍVEL MITIGAÇÃO DO DIREITO DE FISCALIZAÇÃO DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c6>

Lucas Lacerda Esteves

Advogado no Escritório Ouriques Cruz Advocacia Empresarial. Graduado em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
ORCID: 0000-0002-9048-041X

Marlon Tomazette⁴⁷

Professor de Direito Empresarial no Mestrado e no Doutorado no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
ORCID: 0000-0001-5235-7034

INTRODUÇÃO

Após os controladores da JBS S.A (“JBS” ou “Companhia”) terem assumido, em delação premiada, atos de corrupção passiva, em 2017 e 2018, os acionistas minoritários da JBS S.A iniciaram procedimento arbitral para buscar a reparação dos danos causados à companhia pelos seus controladores. Como foram iniciados dois procedimentos arbitrais, por acionistas minoritários diferentes, sobre a mesma temática, a Câmara de Arbitragem do Mercado reuniu os dois procedimentos em um só pelo instituto da conexão. Ambos procedimentos se iniciaram antes de qualquer debate entre os acionistas da companhia, já que a JBS estava impedida de realizar assembleias gerais.

Assim, após voltar a ter autorização para realizar assembleias gerais, em 30 de outubro de 2020, três anos após o início do referido

47 Sócio de Tomazette, Franca e Cobucci Advogados. Doutor em Direito, Procurador do Distrito Federal, advogado e Professor de Direito Empresarial no CEUB, no IDP e na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal.

procedimento arbitral, a JBS realizou uma Assembleia Geral Extraordinária e aprovou o ingresso de ação de responsabilidade em face dos seus controladores e ex-administradores:

(vi) foi aprovado, por maioria de votos dos presentes, registrando-se as abstenções e que a acionista controladora J&F Investimentos S.A. (“J&F”) não exerceu seu direito de voto, pelas razões constantes em sua manifestação escrita, o ingresso de ação de responsabilidade em face de Wesley Mendonça Batista e Joesley Mendonça Batista, ex-administradores da Companhia, e do controlador direto e/ou indireto da Companhia, na forma dos artigos 159 e 246 da Lei nº 6.404/76. O acionista SPS I Fundo de Investimento em Ações manifestou voto favorável a este item no que diz respeito ao artigo 159 da Lei no. 6.404/76 e rejeitando o item no que diz respeito ao artigo 246; e

(vii) foi aprovado, por maioria de votos dos presentes, registrando-se as abstenções e que J&F se absteve de seu direito de voto, pelas razões constantes em sua manifestação escrita, o ingresso de ação de responsabilidade em face de Florisvaldo Caetano de Oliveira e Francisco de Assis e Silva, ex-administradores da Companhia, na forma do artigo 159 da Lei n. 6.404/76.⁴⁸

Diante dessa decisão, em 08/01/2021, o Conselho de Administração se reuniu e decidiu por iniciar procedimento arbitral em face dos controladores e ex-administradores da JBS pelos dos danos que estes causaram à companhia:

O Sr. Gilberto Meirelles Xandó Baptista informou que, por unanimidade de votos, os membros do Comitê Independente decidiram recomendar aos membros do Conselho de Administração que, a despeito dos riscos potencialmente envolvidos, seja instaurado procedimento arbitral pela JBS perante a

48 ATA DE ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA DA JBS S.A. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/043a77e1-0127-4502-bc5b-21427b991b22/60271b67-bb4e-5a34-4068-425dad75523?origin=1>. Acesso em: 21/04/2022

Câmara de Arbitragem do Mercado da B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão em face de JMB, WMB, FCO, FAS e J&F (“Procedimento Arbitral”), dando cumprimento à deliberação realizada na AGE de 30.10.2020.

Em seguida, os membros independentes do Conselho de Administração da Companhia aprovaram, por unanimidade, aceitar a recomendação do Comitê Independente. Os membros não independentes do Conselho de Administração se abstiveram de votar.

Por fim, a totalidade dos membros do Conselho de Administração aprovaram a extinção do Comitê Independente mediante a instauração do Procedimento Arbitral.⁴⁹

Por conseguinte, no ano de 2021, existiam dois procedimentos arbitrais, tratando sobre situações semelhantes, bem como dois tribunais arbitrais que, ao serem provocados por esse suposto conflito, entenderam ser competentes para julgar as demandas, o que acabou por fazer a JBS levar a discussão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), levando ao Conflito de Competência nº 185.702/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (CC nº 185.702/DF). Nesse Conflito de Competência, a JBS requereu a suspensão da Arbitragem iniciada pelos acionistas minoritários e, ao final, fosse declarada a competência exclusiva da Arbitragem iniciada pela JBS, para julgar a responsabilidade dos controladores e administradores da companhia (BRASIL, 2022, p. 5).

Ao receber a ação, o Ministro do STJ reconheceu o conflito de competência, de modo que determinou liminarmente a suspensão do procedimento arbitral iniciado pelos acionistas minoritários, enquanto a Segunda Seção do STJ não decida sobre a matéria. Os argumentos do Ministro foram que: (i) a JBS não teria ficado inerte sobre a realização da ação de responsabilidade do controlador, já que havia medida cautelar pré-arbitral impedindo a realização de AGE para decidir sobre a necessidade de instauração de procedimento

49 ATA DE ASSEMBLEIA DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA JBS S.A. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/043a77e1-0127-4502-bc5b-21427b991b22/3f11547a-e0bc-16b0-f16c-93880ee683e2?origin=1>. Acesso em: 21/04/2022

arbitral; (ii) o procedimento arbitral da JBS era mais amplo que o dos acionistas minoritários; e (iii) a JBS, como titular do direito, não participou das escolhas dos árbitros, pois apenas estava constando como interveniente anuente.

Levado o Conflito de Competência à 2ª Seção, por unanimidade, foi decidido que o tribunal arbitral competente seria o iniciado pela JBS, pois entendeu-se que, ao atingir o patrimônio social da Companhia, esta teria prioridade no ajuizamento da ação de responsabilização. Portanto, somente no caso da opção da companhia de não ajuizar a referida ação social, os acionistas teriam a legitimidade ativa para ajuizar a demanda (BRASIL, 2ª SEÇÃO, 2022).

A 2ª Seção também destrinchou o procedimento para permitir o ajuizamento da ação social pelos acionistas, entendendo que o art. 159 e 246 da Lei das S/A devem ser interpretados em conjunto, de forma a se complementarem. Assim a 2ª Seção determinou que:

4.1 Em sendo a deliberação autorizativa, caso a companhia não promova a ação social de responsabilidade de administradores e/ou de controladores nos três meses subsequentes, qualquer acionista poderá promover a ação social ut singili (ut § 3º do art. 159).

4.2 Se a assembleia deliberar por não promover a ação social, seja de responsabilidade de administrador, seja de responsabilidade de controlador, acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social poderão promover a ação social ut singili, com fulcro no § 4º do art. 159 e no art. 246 da LSA.

4.3 Tem-se, todavia, que, nessa última hipótese, no caso de a assembleia deliberar por não promover ação social, em se tratando de responsabilidade do controlador, seria dado também a qualquer acionista, com base no § 1º, a, do art. 246, promover a ação social ut singili, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

4.4 Em todo e qualquer caso, portanto, a ação social de responsabilidade de administrador e/ou de controlador promovida por acionista minoritário (*ut singili*) em legitimação extraordinária, por ser subsidiária, depende, necessariamente, da inércia da companhia, titular do direito lesado, que possui legitimidade ordinária e prioritária no ajuizamento de ação social.

Por fim, o último ponto controverso seria quanto à influência do controlador na ação de responsabilização. A 2ª Seção entendeu que, no caso concreto, não haveria esse risco, pois os controladores haviam sido impedidos de votarem na assembleia.

A situação apresentada não pode ser entendida como uma simples discussão processual, porquanto a relação societária e o papel de cada um – acionistas minoritários e controladores - deve ser considerada para a melhor adequação do futuro de cada arbitragem.

ACIONISTAS CONTROLADORES E MINORITÁRIOS

Durante a elaboração da estrutura das sociedades empresárias como entendemos hoje, um dos pontos marcantes foi a instituição da personalidade jurídica e a construção da separação patrimonial e de vontades entre a sociedade empresária e os seus sócios. Por mais que exista essa separação, a personalidade jurídica necessita, por óbvio, do seu fator “humano” decorrente dos sócios e representantes, para exercer a sua vontade. Assim, também foi necessário identificar e classificar quem exerce permanentemente as decisões dos negócios sociais das sociedades empresárias e possui o poder político da companhia, ou seja, é necessário identificar quem é o controlador.

O art. 116 da Lei n. 6.404/76 conceitua o acionista controlador como sendo a pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por meio de acordo de acionistas ou sob o controle comum, que possua direitos de acionista que assegurem, de modo permanente, a preponderância nas deliberações sociais e, conseqüentemente, o poder de eleger a maioria dos administradores, exercendo o domínio sobre o funcionamento da sociedade, em função do exercício desse

poder. Assim, a identificação do acionista controlador passa por um checklist, porquanto essa qualidade decorrerá do poder permanente de se ter: (i) a posição majoritária, de modo permanente, nas deliberações das assembleias gerais; (ii) a eleição da maioria dos administradores da companhia; e (iii) o controle das atividades sociais, de modo a orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

O acionista controlador possui um grande poder na condução da companhia. Todavia, tal poder vem acompanhado de deveres, pois modernamente não mais se concebe o exercício irresponsável do direito de propriedade. Dessa forma, o poder de controle deve ser exercido tendo em vista a realização do objeto social, sem deixar de atentar para a função social da sociedade, respeitando e atendendo lealmente aos direitos e interesses de todos aqueles vinculados à empresa (empregados, acionistas minoritários, investidores e a comunidade em que atua).

Com tal definição dos acionistas controladores, há que se ter em mente agora quem são os acionistas minoritários. Waldirio Bulgarelli afirma que “a minoria é o acionista ou conjunto de acionistas que, na assembleia-geral, detém uma participação em capital inferior àquela de um grupo oposto” (BULGARELLI, 1998, p. 40). De modo similar, afirma Fábio Konder Comparato, “minorias e maioria são noções que só fazem senso quando referidas ao direito de voto, a assembleias deliberativas ou a colégios eleitorais” (COMPARATO, 1983, p. 242).

Diante de tais lições, o conceito de acionistas minoritários estaria ligado aos titulares das ações com direito a voto, que não fizessem parte do grupo que determina a vontade social. Desse modo, tecnicamente não se pode incluir, no conceito de minoritários, os titulares de ações preferenciais sem direito a voto (AMENDOLARA, p. 14).

Todavia, essa noção técnica de quem são os minoritários não é usada na nossa legislação, que usa a expressão abrangendo todos os acionistas que não são controladores, inclusive os titulares de ações sem direito a voto. Em inúmeros dispositivos da Lei n. 6.404/76, como o art. 117, a tutela assegurada aos minoritários se estende a todos os acionistas que não são controladores, independentemente da existência do direito de voto.

ABUSO DO ACIONISTA CONTROLADOR

O amplo poder de um controlador gera uma necessidade de prevenção, tendo em vista que esse “fator humano” tem o potencial de se corromper. Assim, mesmo que a estruturação das companhias tenha sido feita para permitir que os sócios, principalmente os controladores, possam empreender de forma segura, essa separação também criou riscos, em que esses sócios possam começar a utilizar a companhia para fins pessoais ou para cometerem atos ilícitos.

Em que pese a atuação do controlador, a Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas ou Lei das S.A), estabeleceu o que seria considerado abuso de controle nas companhias:

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

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (2017, p. 610-611) analisam que, na realidade, ao descrever o rol acima sobre abuso de poder, a Lei das S.A trata essa matéria considerando o abuso de direito e desvio de poder. Assim, o abuso de poder se apresenta quando o controlador utiliza da companhia para atingir fins pessoais, o que é amplamente vedado, já que este também é responsável pela administração das ações dos outros acionistas, por ter esse amplo poder político. A ideia, portanto, é que o controlador acaba por se confundir com a própria companhia.

Em outras, há abuso do poder de controle quando o “agente não exerce moderadamente a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com objetivo de causar-lhes danos, através do cerceamento do exercício de direitos destes terceiros... o controlador não atende ao interesse público e societário, mas sim, ao seu próprio interesse” (BLOK, 2012, p. 109).

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS CONTROLADORES

Ao ser identificado o abuso de controle, a Lei das S.A estabeleceu a ação de responsabilidade do controlador possibilitando a anulação dos atos dos controladores e a reparação de perdas e danos, caso o abuso de controle tenha gerado algum prejuízo à companhia.

Essa ação de responsabilidade dos controladores é uma ação social, sendo o objetivo final a reparação do patrimônio da companhia. Por esse motivo, a Lei das S.A permite que os acionistas possam ajuizar a ação visando a essa reparação como substitutos processuais da companhia (BUSCHINELLI; BRESCIANI, 2015).

Contudo, antes de substituírem processualmente a companhia, os acionistas minoritários deveriam representar pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social da companhia, de modo que esse é um “número mágico” – que pode ser observado em outros dispositivos da Lei das S/A – que o legislador optou para representar a vontade dos acionistas minoritários. Caso não representem pelo menos 5% (cinco por cento), deveriam ter que prestar caução pelas custas e honorários de advogado, no caso de a ação de responsabilização ser julgada improcedente.

Importante notar que a possibilidade de um acionista isolado ser um substituto processual é vista com cuidado pelo legislador, que cria o entrave da caução, para desestimular o strike suit (EIZIRIK, 2015, 262), ou seja, o ajuizamento de ações sem o real propósito de buscar a reparação da companhia.

O strike suit representa uma das modalidades de abuso de minoria, em que o sócio ajuíza ação – ou inicia procedimento arbitral – com o simples intuito de obstruir o negócio social, para obter vantagem pessoal (ADAMEK, 2014, p. 205-207). Assim, como o acionista, quando utiliza do strike suit, não busca que o seu pedido seja julgado procedente, mas apenas busca que o simples ajuizamento já gere uma vantagem a ele, a necessidade de prestar caução gera um desestímulo, já que não poderá se esquivar de pagar todos os custos que a sua ação gerou.

A INTERPRETAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS CONTROLADORES A LUZ DO ENTENDIMENTO DO STJ

Ao tratar da temática sobre a ação de responsabilidade de controladores e administradores. Em uma análise sobre os julgados do STJ⁵⁰ e possível observar que: (i) os acionistas podem atuar como substitutos processuais da companhia, não necessitando respeitar o rol descrito no art. 117 da Lei das S/A que descreve os abusos de controle (BRASIL, 2018); (ii) os artigos 159 e 246 da Lei das S/A devem ser lidos em paralelo; e (ii) o dano direto ao acionista é requisito para garantir a sua legitimidade para buscar a reparação do dano;

Quanto ao primeiro ponto, a Terceira Turma do STJ apresentou posicionamento, que o abuso de controle segue o rol exemplificativo do art. 117 da Lei das S/A, o que faz com que, ao buscar a responsabilização do acionista controlador, a companhia ou os acionistas minoritários não tenham que enquadrar o ato do controlador nas alíneas do §1º do art. 117 da Lei das S/A⁵¹. Isso porque, ficou entendido que o referido § 1º apresentou os principais meios de abuso de controle nas Sociedades Anônimas.

No que tange a necessidade de leitura concomitante dos arts. 159 (Ação de Responsabilidade do Administrador) e 246 (Ação de

50 REsp n. 1.814.089/SP; REsp n. 1.002.055/SC; REsp 1.214.497/RJ; REsp 1337265/SP; REsp 1741678/SP

51 § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

Responsabilidade do controlador) ficou estabelecido pelo STJ que era, ao tratar sobre a responsabilização do controlador, seria necessário também utilizar o art. 159, tendo em vista que o poder de gestão dos negócios sociais é premissa do administrador e controlador (BRASIL, 2014). Assim, ficou entendido que o art. 246 da Lei das S/A foi silente, ao não mencionar sobre a necessidade de manifestação assemblear para o ajuizamento da ação de responsabilidade em face do controlador, e não isso não poderia ser a opção do legislador, justificando a aplicação do art. 159 da Lei das S/A.

Consequentemente, o terceiro tópico, é explicado pelo entendimento do segundo. Isso porque, ao entender pela aplicação concomitante do art. 159 na responsabilidade do controlador, o acionista só poderia ajuizar ação contra controlador, caso tenha sofrido dano direto, não sendo legítimo para requerer dano indireto.

O Ministro Raul Araújo, em seu voto (BRASIL, 2014), entende que a ação *ut universi*, a qual seria utilizada pelos acionistas como substitutos processuais da companhia, só poderia ser utilizada nos casos de inércia da companhia ou na recusa desta em ajuizar a ação contra os controladores. Portanto, o dano indireto, na visão do STJ, é um impeditivo para o acionista atuar como substituto processual da companhia, inclusive, nas ações de responsabilidade do controlador.

Ao tempo que o STJ relativiza o rol sobre o abuso de controle, permitindo que a legislação acompanhe a evolução do mercado e não trave novas atuações de abuso; também estabelece uma releitura do art. 246 da Lei das S/A para priorizar a companhia a buscar a reparação dos abusos de controle, enquanto os acionistas só poderiam atuar, apesar do seu direito de fiscalização, na omissão daquela.

CC Nº 185.702/DF: A FISCALIZAÇÃO DOS MINORITÁRIOS POR MEIO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE – UM CONTRAPONTO AO ENTENDIMENTO DO STJ

Como o controlador acaba se tornando o gestor dos negócios sociais, a Lei das S.A determina que é direito dos acionistas a fiscalização da gestão desses negócios, para coibir atos irregulares dos controladores. Durante essa fiscalização, ao identificar qualquer irregularidade, os acionistas poderão atuar como verdadeiros substitutos

processuais da companhia em busca da anulação dos atos ilícitos e a reparação dos danos causados pelo controlador, coibindo o abuso de controle que venha a ser cometido, sem necessidade inclusive de qualquer deliberação em assembleia geral pela leitura isolada do art. 246 da Lei das S/A.

Em paralelo, para fins de comparação, na responsabilização do administrador, a Lei das Sociedades Anônimas não garante uma liberdade tão ampla ao acionista minoritário, porquanto o art. 159 desta lei primeiro determina que a companhia tem a oportunidade, mediante prévia deliberação assemblear, de decidir se irá buscar a responsabilização do administrador ou não. Caso a companhia decida não prosseguir com a responsabilização, os acionistas minoritários, que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, poderão buscar essa responsabilização.

Pela leitura isolada dos dois artigos, a opção do legislador parece ser de dar autonomia aos acionistas minoritários, para buscarem a responsabilização do controlador. Isso porque, em razão do poder de controle, o legislador admite que a busca da responsabilização pela Companhia pode ser afetada pela influência do controlador, já que o poder de controle se caracteriza exatamente pelo seu exercício permanente nas tomadas de decisões da Companhia; decisões essas que não são apenas interna corporis, mas se externalizam em todo o ambiente ao qual a companhia se encontra (LAMY FILHO; BULHÕES PEDREIRA, 2017, p. 608).

Engana-se quem pensa que o controlador tem poderes apenas nas assembleias, pelo contrário, esse tem poder, por meio inclusive da influência, para decidir a vida da companhia perante a sociedade mesmo sem exercer seu poder político na assembleia de acionistas.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2014) têm posicionamento parecido quanto à forma de manifestação do poder de controle, de modo que o dividem em duas partes: (i) intraempresarial, em que o controlador exerce o seu poder para atingir os interesses dos participantes na empresa; e (ii) extraempresarial, que tratam sobre “à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa”.

Além disso, etimologicamente a palavra “poder” é definida como a capacidade de se conseguir algo “quer seja por direito, por controle ou por influência. O poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter certo resultado” (BLACKBURN, 1997, p. 301).

Por essa definição é possível observar que, pela forma como o poder de controle se expõe, quanto mais requisitos se imponha para que o acionista minoritário garanta que a companhia não esteja sendo prejudicada pelos controladores, mais mitigado será o seu direito de fiscalização. Novamente, o legislador já criou barreiras, a fim de evitar abusos, para que o acionista possa buscar a responsabilização, de modo que esse rol deve ser entendido como taxativo, evitando que o controlador ou a própria companhia consiga frear o exercício dos direitos dos minoritários. A lógica aqui, portanto, deve ser a inversa, a meta não deveria ser criar mais requisitos para dificultar a legitimidade do acionista, mas deveria ser, cada vez mais, instrumentalizar o processo, no sentido de criar facilitadores a melhor atuação em prol da companhia, evitando-se tecnicidades que, na verdade, são impeditivas de direito dos acionistas (WAISBERG, 2019, p. 162).

Essa leitura também pode ser entendida pelos direitos essenciais dos acionistas, bem como pelo próprio artigo 291 da lei das S.A que permite à CVM, em relação às companhias abertas, a diminuir as exigências determinadas na lei, caso na prática se demonstrarem bastante limitadoras de direito, tendo em vista o ambiente pulverizado das ações (BARBOSA, 2017, p. 237). Ou seja, a CVM tem poder para diminuir, por exemplo, a porcentagem de 5% (cinco por cento) referente ao requisito para ingressar com ações de responsabilização, caso entenda que essa porcentagem vem prejudicando o exercício dos direitos acionários.

Não só isso, analisando o sistema econômico, o poder de controle gera uma assimetria nas relações, demonstrando-se necessária a instrumentalização do mercado para a diluição do poder de controle, de forma a equilibrar as relações e diminuir essas assimetrias (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014), sendo possível observar essa instrumentalização na governança corporativa e nas normas antitruste, por exemplo. Outrossim, é evidente que o art. 246 da Lei das S.A apresenta-se também como um instrumento na diluição do

poder controle, inclusive, ao permitir que os acionistas atuem, sem qualquer manifestação em assembleia, como substitutos processuais da companhia.

A leitura do art. 246 da Lei das S.A feita desta forma não exclui o princípio majoritário. Como todo princípio, o majoritário não pode ser entendido como absoluto, caso assim fosse, o acionista minoritário estaria isolado de qualquer decisão da companhia e a sua proteção estaria por si só enfraquecida.

Interpretar o art. 246 da Lei das S/A de forma ampliativa e garantir que a companhia tenha a primazia na busca da responsabilização do controlador, poderá representar precedente perigoso aos acionistas minoritários. Isso porque, significaria retirar um instrumento escolhido pelo legislador, de modo a reduzir as assimetrias no poder de controle.

O presente artigo busca refletir a atuação dos minoritários na fiscalização dos controladores baseando-se nas problemáticas apresentadas no CC nº 185.702/DF. Assim, a interpretação dos arts. 159e 246 da Lei das S/A não foram o único entrave, mas também a discussão arbitral gerou um empecilho aos acionistas minoritários.

Em relação a não escolha dos árbitros pela companhia no procedimento iniciado pelos acionistas minoritários, inicialmente, parece não causar qualquer prejuízo à companhia. Como já foi falado no início do artigo, a análise aqui não pode ser levada apenas pelo âmbito processual/procedimental; o fato de a companhia não ter escolhido os árbitros dos procedimentos arbitrais não deverá ser entendido como dano suficiente para quebrar a confiança na decisão arbitral e extinguir os procedimentos dos minoritários, pois estes possuem o mesmo interesse da companhia, qual seja, reparar os danos causados pelos atos do controlador.

Não se ignora aqui o fato de que a arbitragem se dá por opção das partes e que esta opção as garante o direito de nomear os árbitros e definir as regras de regência. Contudo, a atuação como substituto processual pelos acionistas não poderia ser considerada como uma violação às regras arbitrais. A atuação direta no processo necessita ser analisada com base no contexto fático que evidenciará a melhor representação processual. Nesse caso, voltamos para a

instrumentalização do processo, nos termos da representatividade adequada, em que o ato de representação deve ser entendido como um instrumento (VITORELLI, 2019, p. 213) a relativizar a necessidade de participação do titular do direito na demanda.

Pela leitura do art. 246 da Lei das S/A principalmente ao comparar o art. 159 da mesma lei, a representação do acionista vem sendo considerada, permitindo que seja entendido que não haveria qualquer prejuízo para a companhia e que o acionista seria capaz de fornecer a melhor defesa dos interesses envolvidos, conhecendo dos fatos e tendo a técnica para buscar a responsabilização do controlador. Caso assim não fosse, a redação do artigo sobre a Ação de Responsabilização do Controlador deveria ser necessariamente semelhante à Ação de Responsabilização do Administrador.

Nesses casos, a escolha dos árbitros, por mais que seja uma fase importante no procedimento arbitral, não pode ser entendido como uma presunção de mácula do procedimento arbitral, sendo necessário analisar o caso concreto, comprovando-se a má-fé dos acionistas que estão atuando como substitutos processuais da companhia, para então extinguir o procedimento arbitral ou, caso concluído esse procedimento, para exigir a ineficácia da coisa julgada.

Assim, permitir, de pronto, que a qualquer momento a companhia consiga interferir no procedimento arbitral dos acionistas minoritários, de certa forma, poderá criar um desincentivo para que estes iniciem o procedimento, já que, além de não poderem efetivar a sua fiscalização, os acionistas ainda ficarão no prejuízo dos custos arbitrais já pagos, que conhecidamente são altos e, caso esse procedimento arbitral não tenha sido iniciado por 5% (cinco por cento) dos acionistas minoritários, o acionista ainda ficará com o prejuízo superior já que prestou caução pelas custas e honorários de advogado devidos.

Além disso, o próprio dever de fiscalização fica mitigado, pois o acionista não teria mais qualquer segurança que esse direito teria real efetividade, pois poderia ser podado pela própria companhia a qualquer tempo, levando a um conflito direto com as boas práticas corporativas, que propõem a preservação do mercado, quanto a sua imagem e reputação (BARROS NETO, 2016).

A inexistência de norma arbitral que englobe essa situação talvez seja o real problema a ser solucionado. É papel da Câmara de Arbitragem do Mercado atualizar o seu regulamento, porém, no âmbito do STJ, extinguir o procedimento arbitral dos acionistas minoritários gera uma relativização do direito de fiscalização. Talvez, o mais adequado, em relação ao caso da JBS, seria que a companhia mantivesse a discussão sobre a responsabilidade dos administradores, enquanto os acionistas minoritários continuem discutindo a responsabilidade do administrador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O leading case apresentado no CC nº 185.702/DF traz um caso peculiar sobre conflito de competência entre câmaras arbitrais, porém rediscute a ação de responsabilidade do controlador, o que permite a utilização do caso concreto para apresentar uma nova ótica sobre essa ação social e colocar em debate o entendimento do STJ sobre a matéria.

Ao debater sobre a ação de responsabilidade do controlador, o STJ se posiciona e empresta a redação do art. 159 da Lei das S/A para resolver a questão do art. 246 da Lei das S/A no que tange a legitimidade dos acionistas minoritários como substitutos processuais da companhia.

Assim, mesmo não constando no art. 246 da Lei das S/A, o STJ dá à companhia primazia no ajuizamento da ação de responsabilidade do controlador, sendo que o acionista minoritário somente poderia ajuizar essa ação: se não tiver sido proposta a ação, após 3 meses da assembleia; ou (ii) se for decidido, em assembleia, que não será ajuizada ação.

O STJ, portanto, da equivalência entre controlador e administrador, pois entende que ambos são responsáveis pela gestão dos negócios sociais da companhia.

O presente artigo traz um contraponto ao entendimento do STJ, ao buscar descrever o poder de controle e apresentar nova leitura ao art. 246 da Lei das S/A. Pelo apresentado no artigo, os acionistas merecem ter maior autonomia quanto à responsabilização do controlador, em razão da natureza do controle social que não só

afeta as decisões assembleares, mas também as relações externas da companhia.

No tocante ao CC nº 185.702/DF, a 2ª Seção do STJ entende que a JBS neutralizou a possibilidade de influência dos controladores, já que esses foram impossibilitados de votarem na assembleia que deliberou a propositura das arbitragens. Contudo, o temor que se apresenta são as influências ocultas e/ou posteriores que o poder de controle poderá exercer, afinal, é o controlador que tomará a decisão definitiva para o prosseguimento da companhia.

O poder de controle, portanto, seria combatido pelo direito de fiscalização dos acionistas, sendo que o art. 246 da Lei das S/A deve ser interpretado pela sua literalidade e não como se tivesse silente quanto à legitimidade dos acionistas minoritários. Assim, pela forma como o poder de controle vem se materializando, estipular uma ordem para iniciar ação em face do controlador pode gerar uma instabilidade para os minoritários no exercício e na concretização do poder de fiscalização.

REFERÊNCIAS

AMENDOLARA, Leslie. Os direitos dos acionistas minoritários: com as alterações da Lei n. 9.457/97. São Paulo: STS, 1998.

BARBOSA, Marcelo. Direitos dos acionistas. In: Direito das companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Ed. 2ª. atual. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 237.

BARROS NETO, Pedro Martins de. Problemas no ressarcimento do investidor prejudicando no direito brasileiro, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, volume 72. 2016.

BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BLOK, Marcella. Abuso do poder de controle do acionista controlador nas sociedades anônimas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 93-168, abr./jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Decisão Monocrática). Conflito de Competência 185.702/DF. Suscitante: J.B.S S.A. Suscitados: Câmara de Arbitragem do Mercado - Tribunal Arbitral do Procedimento Arbitral CAM 186/21; Câmara de Arbitragem do Mercado - Tribunal Arbitral nos Procedimentos CAM 93/17 e 110/18. Relator Ministro: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202200232916. Acesso em: 24/04/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1.214.497/RJ. Recorrente: Rádio Clube de Pernambuco S/A e Outros. Recorrido: Martinho de Luna Alencar – Espólio. Relator: Raul Araújo. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16502707&num_registro=201001717553&data=20141106&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 07/07/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.337.265/SP. Recorrente: Neuza Helena Sciarini Ciccala e Outro. Recorrida: Banque Sudameris S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201616593&dt_publicacao=07/12/2018. Acesso em: 07/07/2022.

BULGARELLI, Waldirio. Regime jurídico de proteção às minorias: de acordo com a reforma da Lei n. 6.404/76. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik ; BRESCIANI, R. H. . Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade do Controlador movida por Acionista Titular de menos de 5% do Capital Social (art. 246, 1, b da Lei n. 6.404/76). In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. (Org.). Processo Societário, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 249-304.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. Ed. 6ª. atual e revisada. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Livro digital.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direitos dos acionistas. In: Direito das companhias. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Ed. 2ª. atual. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WAISBERG, Ivo. A posição dos investidores e acionistas na execução e recebimento do dano – notas sobre o art. 2º da Lei nº 7.913/89. In: ABRÃO, Carlos Henrique; Carvalhosa, Modesto; LUCON, Paulo Henrique do Santos (coord.). A Tutela Coletiva do Acionista Minoritário. Os 30 anos de vigência da lei 7.913/89: uma visão prospectiva construtiva. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CAPÍTULO 7

O CREDOR FIDUCIÁRIO NO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c7>

Tania Bahia Carvalho Siqueira

Doutora e Mestre em Direito Comercial pela PUCSP. Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito da FGV e em Direito Contratual pela PUCSP

<https://orcid.org/0000-0002-9296-6122>

INTRODUÇÃO

A incapacidade de as empresas cumprirem as obrigações assumidas é uma situação indesejável, mas que pode ocorrer, seja por conta de desempenho operacional fraco, seja pela insolvência de fornecedores e clientes, seja em decorrência de conjuntura econômica desfavorável, contingências, ou mesmo por problemas de gestão. Ou seja, os agentes econômicos estão sujeitos a riscos no desempenho das suas atividades gerados pelo ambiente de incertezas que cerca o curso normal de sua atuação, com impacto nas estratégias de negócios. Portanto, variados fatores, endógenos e/ou exógenos, podem levar as empresas a enfrentar uma crise financeira e econômica.

Nesse contexto, o sistema de insolvência desempenha um importante papel para a preservação da estabilidade da ordem econômica através da criação de mecanismos capazes de lidar com a crise, estabelecendo procedimentos que viabilizem a renegociação concursal de dívidas e alinhem regras de mitigação das perdas que a crise gera para a economia.

Dentre as técnicas, a Lei nº 11.101/2005 passou a oferecer as modalidades de recuperação judicial e a extrajudicial para empresas viáveis, ao mesmo tempo que se preocupou em maximizar as bases para uma eficiente liquidação das empresas inviáveis, medida que,

sem dúvida, acaba gerando benefícios para a economia por meio da alocação mais eficiente dos ativos do falido para outro empresário.

Enfim, o sistema tem por finalidade proteger interesses sociais, instrumentalizando condições que minimizem os impactos negativos da crise da empresa sobre a economia, a fim de serem alcançados resultados econômicos mais eficientes, refletidos no estímulo à atividade econômica, na trilha da maximização de riqueza. Nesse sentido, indispensável que o arcabouço legal albergue a coordenação de interesses dos personagens envolvidos na situação de crise balanceado por normas claras a respeito do cumprimento dos contratos e das garantias, assim como do direito de propriedade, tema do qual se ocupa o presente estudo.

O equilíbrio entre os interesses de titulares de direitos distintos e a disponibilização de mecanismos que sejam capazes de apoiar a superação de uma crise econômico-financeira⁵² é, sem dúvida, uma das funções da lei com o objetivo de proporcionar maior segurança para as relações jurídicas e, particularmente, para o mercado de crédito. Inegável a correlação entre o desenvolvimento econômico de um país e um mercado de crédito estável e acessível em termos de custo.

É fundamental não perder de vista que o regime jurídico da insolvência objetiva contribuir com a redução do custo do capital, vertente indissociável da forma pela qual a empresa financia suas atividades: se por intermédio de recursos próprios e/ou capital de terceiros (via empréstimos tomados de instituições financeiras, por exemplo). A fonte de financiamento vai, logicamente, responder pelo nível de risco da operação, e aqui entra o fator garantia. Os fornecedores de capital financeiro geralmente exigem garantias reais para a concessão de crédito. A garantia exerce o papel de mitigador de riscos para o credor ao mesmo tempo que atua na redução do custo do crédito.

Evidentemente, as informações financeiras da empresa tomadora impactam na análise de risco associado à concessão do crédito, assim como o seu nível de endividamento, a capacidade de geração

52 Entenda-se crise de fluxo de caixa da empresa, isto é, comprometimento dos recursos necessários para o cumprimento das obrigações financeiras.

de resultados, a liquidez dos ativos dados em garantia, e, certamente, o histórico de adimplemento de obrigações financeiras.

Nessa perspectiva, um sistema normativo de insolvência que confira mecanismos de tutela à relação entre provedores e empresas tomadoras de crédito se mostra mais efetivo por contribuir para a redução do custo do capital. Essa proteção é conferida pela Lei 11.101/2005, por exemplo, (i) através do melhor posicionamento dos credores com garantia real sobre outras classes de credores; (ii) na necessária aprovação do credor com garantia real para alienação do bem, supressão da garantia ou sua substituição; (iii) na exclusão do crédito do titular de propriedade fiduciária em garantia dos efeitos da recuperação judicial do devedor, assegurando ao credor – geralmente provedor de financiamento - o exercício de seus direitos contratuais e reais, observados os seus atributos originais.

Sob o ponto de vista normativo, portanto, a preservação da posição do credor fiduciário é questão não só de organização de interesses diversos, como de política pública.

Nessa vertente, o recorte para fins da análise procedida neste estudo diz respeito a garantia fiduciária vinculada a financiamentos tomados pela empresa como forma de se capitalizar – momento em que houve transferência de riqueza de um agente de mercado para outro - e o tratamento previsto na Lei 11.101/2005 com base na lógica de direito aplicáveis à insolvência.

Assim, metodologicamente o estudo vem estruturado em pesquisa bibliográfica e entendimento dos tribunais acerca do tema, com análise qualitativa quanto ao enfoque do direito e economia. Com efeito, a motivação decorre da necessária reflexão acerca da compatibilidade entre o cumprimento de obrigações que expressam respeito ao sistema de garantias e a tutela jurídica do crédito.

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

Primeiramente, explicita-se que a alienação fiduciária é a expressão contratual da propriedade fiduciária, como observa José Carlos Moreira Alves (1998, p. 41):

[...] a alienação fiduciária em garantia é, tão somente, o contrato que serve de título

à constituição da propriedade fiduciária, que – esta sim, é a garantia real criada, em nosso direito, pelo art. 66 da Lei nº 4.278, modificado, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 911. Portanto, como ocorre no sistema jurídico brasileiro com as garantias reais até então conhecidas, há, de um lado, o contrato que serve de título a ela (contrato de penhor, contrato de hipoteca, contrato de anticrese, alienação fiduciária em garantia) e, de outro, a garantia real cujo título é um desses contratos (o penhor, a hipoteca, a anticrese, a propriedade fiduciária).

É a propriedade fiduciária um direito real de garantia – acessório, limitado e temporário- que se constitui a partir de uma relação jurídica fiduciária, cujo título de aquisição é o contrato. A constituição da propriedade sobre a coisa dada em garantia opera-se com o registro do contrato, posicionamento assumido pelo Código Civil⁵³, e aplicável a quaisquer garantias fiduciárias, conforme exposto adiante.

Define-se propriedade fiduciária como aquela em que “o titular (fiduciante) atribuiu ao adquirente (fiduciário), por testamento ou mediante negócio jurídico de transmissão condicional, pelo qual este se obriga a empregar o bem ou direito em determinada função e, uma vez cumprida, retransmiti-lo ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário” (CHALHUB, 2021, 39) admitindo-se a propriedade fiduciária para situações envolvendo administração de patrimônio ou de garantia do cumprimento de uma obrigação principal.

A propriedade fiduciária com a finalidade de garantia, objeto do nosso interesse⁵⁴, é uma modalidade do gênero negócio fiduciário, o que implica transferência de um bem ou direito do fiduciante ao fiduciário, sem que isso repercuta em aumento do patrimônio do fiduciário. Conforme observa Melhim Chalhub (2003, p.309), essa modalidade de transmissão não tem como causa a troca de um bem

53 Art. 1361, § 1º. Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

54 Este estudo volta-se à abordagem específica das garantias fiduciárias, implicando dizer que os negócios fiduciários de administração não comporão o objeto da pesquisa.

pelo equivalente em dinheiro, constituindo apenas a ponte para a consecução de outros negócios. Ou seja, o fiduciante transmite uma coisa (bem móvel ou imóvel) ou um direito (cessão fiduciária de direito creditório) ao fiduciário como garantia de um outro negócio entre eles firmado (por exemplo, um financiamento, um mútuo). Cumprida a obrigação advinda do outro negócio, a coisa ou o direito é restituído ao fiduciante, o que implica dizer que a propriedade fiduciária tem como característica a resolubilidade para o fiduciário.

Aliás, oportuno ponderar que, em termos de estrutura do negócio fiduciário, há quem defenda a tese da composição de dois negócios (teoria dualista), isto é, “no negócio fiduciário ocorreria o fenômeno da conexão de negócios. Dois negócios estariam unidos em uma relação de contemporaneidade para a consecução do mesmo resultado econômico-social ou prático jurídico” (GOMES, 1995, p.351), quais sejam: um contrato real, cujo objeto é a transferência do direito de propriedade ou do direito de crédito (negócio translativo), e o pacto obrigacional (pacto de fidejussão), pelo qual o fiduciário se obriga a restituir a coisa, uma vez cumprida a prestação. Por outro lado, há os defensores da teoria unitária que entendem por um único negócio jurídico gerador de efeitos reais e obrigacionais (CHALLUB, 2009, p. 42)

Em que pesem divergências, inegável que a configuração do negócio fiduciário propriamente dito, depende da concomitante conjugação dos elementos translativo e do pacto fiduciário: a transmissão do domínio mediante a convenção obrigacional de restituição ao fim do contrato, notadamente quando se trata da espécie de negócio fiduciário consistente na alienação fiduciária em garantia.

Tratemos, a partir de então, do escopo do presente estudo, que é o negócio fiduciário com finalidade de garantia, mais especificamente, da alienação fiduciária em garantia, contrato do qual decorre um direito real de garantia para o cumprimento de uma obrigação principal, e a cessão fiduciária de direitos creditórios. Antes, contudo, importante visitar, ainda que brevemente, o panorama normativo das garantias fiduciárias.

Nesse contexto, temos que o instituto da alienação fiduciária foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei do Mercado de

Capitais – Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 - tendo se tornado rapidamente modalidade comum em financiamento de bens de consumo. Em sua redação original, o art. 66 da referida Lei assim dispunha: “Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.” A Lei n. 4728/65 teve vários dispositivos derogados em 2004 pela Lei n. 10.931, substituindo o art. 66 e o art. 66-A pelo art. 66-B, passando a prever a aplicação da alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais. O caput do art. 66-B passou a estatuir:

O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

Ainda no ano de 1965 foi editada a Lei n. 4.864 que, com a finalidade de estimular a indústria de construção civil, trouxe a figura da cessão fiduciária de direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado (art. 22).

Pela edição do Decreto-Lei 413, de 09 de janeiro de 1969, foi criada a cédula de crédito industrial com a possibilidade de ser garantida por alienação fiduciária (art. 19, II).

Na sequência, objetivando dirimir dúvidas quanto a execução e efetivação da garantia, adveio o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, estabelecendo normas de processo sobre alienação fiduciária. A esse respeito, a Lei n. 13.043/2014, dando nova redação a dispositivos do Decreto-Lei 911/69, deixou clara a possibilidade de venda extrajudicial da coisa alienada fiduciariamente. O art. 2º, com sua nova redação, passou a anunciar:

No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública,

avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

Promulgada em 1976, a Lei n. 6.404 – Lei das Sociedades por Ações- previu a alienação fiduciária de ações (art. 40).

A propriedade fiduciária de aeronaves, para fins de garantia, veio expressa na Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que em seu art. 148 assim dispõe:

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da aeronave ou de seus equipamentos, independentemente da respectiva tradição, tornando-se o devedor o possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Em 1994 foi a vez da cédula de produto rural, instituída pela Lei nº 8.929, de 22 de agosto. Passou a lei a permitir a propriedade fiduciária de produtos agropecuários e seus subprodutos, sobre bens presentes ou futuros, fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou não (art. 8º e seus parágrafos, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.986/2020, conhecida como Lei do Agro).

Quanto aos bens imóveis, a alienação fiduciária em garantia passou a ser admitida a partir da promulgação da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, como forma de incentivar o financiamento de imóveis e, assim, fortalecer o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI.

Outro diploma normativo que trata de garantia fiduciária é o Código Civil, promulgado em 10 de janeiro de 2002, inicialmente aplicável a bens móveis infungíveis, não sendo o credor instituição financeira⁵⁵. Na verdade, as normas do Código Civil têm aplicação subsidiária às demais espécies de propriedade fiduciária ou de

55 Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

titularidade fiduciária, conforme deixa expresso o art. 1.368-A⁵⁶, incluído pela Lei nº 10.931/2004. Assim, a garantia fiduciária de imóveis e créditos imobiliários para qualquer credor é regulada pela Lei nº 9.514/97, assim como a garantia fiduciária (coisas móveis fungíveis e cessão fiduciária de direitos, fungíveis ou infungíveis) para credor instituição financeira mantém-se regulada pela Lei nº 4.728/65. Há de se levar em conta essa circunscrição normativa, exercendo o Código Civil o papel de fonte geral, ou seja, “vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e solução ofertada pela ‘lei geral’ não se contrapuser às especificações do instituto por aquela regulada. [...]”⁵⁷

Resta, ainda, consignar a Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, que, ao instituir o Certificado de Depósito Agrapecuário – CDA – e o Warrant Agrapecuário – WA – facultou a cessão fiduciária em garantia de direitos creditórios do agronegócio, em favor dos adquirentes de Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA).

Em 2005, por intermédio da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, passou-se a admitir a cessão de quotas de fundos de investimento em garantia de locação de imóveis (art. 88). Já em 2008, a Lei que tratou do Sistema de Consórcios – Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008 - disciplinou a alienação fiduciária em consórcios, de bens móveis ou imóveis (art. 14, §§ 6º e 7º).

Tratando-se, sem dúvida, de institutos constituídos com o objetivo de fomentar a celebração de negócios e proporcionar um ambiente de maior segurança aos agentes, examina-se nas próximas linhas, propositadamente de forma sintética, as garantias fiduciárias pertinentes ao objeto deste estudo.

56 Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

57 STJ, Recurso Especial 1.559.457/MT, relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17.12.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.07.2022

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A doutrina define a alienação fiduciária em garantia como um negócio jurídico bilateral que visa a transferência do direito de propriedade, embora limitado pela finalidade da garantia (ALVES, 1998, p. 53). Trata-se do contrato por meio do qual o fiduciante transfere, com fins de garantia, a propriedade de uma coisa⁵⁸, sob condição resolutiva, pois a coisa lhe será restituída quando da solução da dívida garantida. A propriedade sobre a coisa é transmitida ao credor que, em contrapartida, permanece com a posse direta do bem.

Cumprida a obrigação que deu ensejo à alienação fiduciária, resolve-se a propriedade do credor-fiduciário, retornando a coisa à propriedade plena do fiduciante. Logicamente que, caso inadimplida a obrigação, a propriedade se consolida em favor do credor-fiduciário que, portanto, por meio da excussão da garantia, irá satisfazer o seu crédito.

Uma questão importante que decorre da propriedade fiduciária instrumentalizada no contrato de alienação fiduciária em garantia diz respeito a impossibilidade de eventuais credores do fiduciante penhorar o bem dado em garantia fiduciária. Isso porque o titular da propriedade não é o fiduciante, mas o credor fiduciário, embora a propriedade seja resolúvel.⁵⁹

Outro aspecto de relevo relaciona-se ao fato de que o bem alienado fiduciariamente não se sujeita aos efeitos da insolvência, seja do credor-fiduciário ou do devedor-fiduciante. Nesse sentido, a teor do que dispõe o § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, o crédito garantido por alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis não se submete ao regime recuperacional do devedor fiduciante, admitidas as medidas de expropriação pelo credor titular

58 A referência diz respeito a bens corpóreos – móveis ou imóveis - e ações representativas de capital social.

59 AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de execução de despesas condominiais – Insurgência contra decisão que indeferiu pedido de penhora do imóvel gerador das despesas condominiais – Impossibilidade de penhora de bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor – Decisão recorrida que se revela em harmonia com a jurisprudência pacífica do STJ – Construção obstada, inclusive, pelo princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que a proprietária da res não é parte no processo – Precedentes – Confirmação da decisão agravada – Recurso improvido. (TJSP, Agravo de Instrumento 2128790-02.2022.8.26.0000, Relator Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, 32ª. Câmara de Direito Privado, julgado em 23

da propriedade fiduciária⁶⁰. E mais: nos termos do art. 119, IX, da mesma Lei 11.101/2005, está excluído do procedimento falimentar os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, ou seja, segregando-se bens para satisfação de uma determinada obrigação, os quais deixam de se comunicar com os demais bens do devedor insolvente. Falindo o credor fiduciário, a massa falida assume a posição de credor, e falindo o devedor fiduciante “fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.” (art. 7º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969), caso o administrador judicial entenda pela conveniência de a massa falida dar cumprimento à obrigação garantida pela alienação fiduciária, e não pela resolução do contrato, na forma disposta pelo art. 117 da Lei 11.101/2005.⁶¹

Quanto aos requisitos para a constituição da propriedade fiduciária, a observância à formalidade do contrato é, logicamente, essencial, bem como a especificação da coisa transferida ao credor em garantia⁶². O devedor fiduciante deve ser, logicamente, o efetivo proprietário da coisa dada em garantia para que se opere a eficácia do negócio fiduciário, “vale dizer: o pacto de alienação fiduciária feito por quem não é titular do bem não é nulo e obriga os contratantes,

60 Recuperação judicial. Tutela cautelar incidental, ajuizada por recuperandas para obstar excussão de imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia. Ação extinta sem resolução do mérito. Apelação das recuperandas. Crédito extraconcursal pois garantido por alienação fiduciária em garantia de imóvel. Possibilidade de excussão de garantia fiduciária, pois findo o ‘stay period’. Enunciado III do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial: ‘Escoado o prazo de suspensão de que trata o § 4º, do art. 6º da Lei 11.101/05 (‘stay period’), as medidas de expropriação pelo credor titular de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor, poderão ser retomadas, ainda que os bens a serem executados sejam essenciais à atividade empresarial.’ Precedentes das Câmaras Empresariais. Manutenção da sentença recorrida. Recurso de apelação desprovido. (TJSP, Apelação 1001047-06.2019.8.26.0073, Relator Des. Cesar Ciampolini, 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 30.05.2022). Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 03.07.2022

61 Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

62 Art. 1.362, CC: “O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá: [...] IV – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.”

mas no tocante à coisa dada em garantia somente produz efeito a partir da aquisição do domínio pelo devedor fiduciante.”⁶³

Outro requisito é o registro, elemento constitutivo da propriedade fiduciária, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil⁶⁴ do art. 23 da Lei nº 9.514/97⁶⁵. No plano do direito real, portanto, a propriedade fiduciária constitui-se com o registro. Nesse sentido, menciona-se a Súmula 60 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.”

Ou seja, no regime especial da Lei nº 9.514/97 e no regime do Código Civil, o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia tem natureza constitutiva, tratando-se de elemento justificador do procedimento expropriatório em caso de inadimplemento da obrigação contratada.

No entanto, necessário, desde já, mencionar a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao registro do contrato de alienação fiduciária em garantia, regulado pela Lei nº 4.728/95, para fins de análise quanto a sua submissão, ou não, à recuperação judicial do devedor fiduciante. O assunto parecia pacificado em torno da finalidade constitutiva do registro até sobrevir posicionamento da Corte Superior pelo caráter de publicidade do registro, ou seja

[...] a constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos

63 TJSP, Apelação Cível 1023051-12.2020.8.26.0361, Relator Des. Fabio Tabosa, 29ª. Câmara de Direito Privado, julgado em 22.06.2022. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 06.07.2022

64 Art. 1.361. [...] § 1º. Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículo, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

65 Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.⁶⁶

Vale mencionar que a Lei nº 4.728/65 não traz disposição expressa quanto a exigência do registro.

CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS

Conforme já anotado, a cessão fiduciária com fins de garantia é negócio fiduciário, operado pela transferência do crédito e, portanto, com caráter de direito real, embora a titularidade do crédito em favor do credor-fiduciário seja temporária, ou seja, persiste enquanto a obrigação principal não for satisfeita. Os direitos creditórios, instrumentalizados ou não em títulos de crédito, são bens móveis incorpóreos.

Encontra previsão na Lei nº 4.728/1965, a chamada Lei do Mercado de Capitais⁶⁷, assim como na Lei nº 9.514/1997⁶⁸. Interessante reafirmar a aplicação subsidiária do Código Civil, por expressa determinação do § 5º, art. 66-B, da Lei nº 4.728/196⁶⁹, o que significa dizer que, em caso de inadimplemento da dívida garantida ou falência do devedor fiduciante, haverá vencimento antecipado (art. 1.425, III, C.C.) permitida a utilização do crédito cedido para saldar a dívida inadimplida.

Basicamente, através do contrato de cessão fiduciária, o cedente fiduciante cede direitos de crédito de que é titular ao cessionário fiduciário, como garantia de uma obrigação assumida, isto é, como garantia de outro negócio jurídico. Assim, o cessionário fiduciário

66 STJ, Recurso Especial 1559457/MT, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17.12.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06.07.2022

67 Art. 66-B. [...] § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto de propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independentemente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

68 Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por: [...] II – cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

69 Art. 66-B [...] § 5º. Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

passa a atuar como credor, com legitimidade para, inclusive, executar o crédito, se vencido, retendo o valor até que o cedente fiduciante cumpra a obrigação principal. Os créditos cedidos passam a integrar a esfera patrimonial do cessionário. Caso não haja cumprimento da obrigação garantida – satisfação da dívida, poderá o cessionário liquidar a dívida com o crédito recebido. Logo, o crédito cedido fiduciariamente está abrangido no conceito de propriedade fiduciária.

Aliás, os direitos de crédito objeto da cessão fiduciária podem, inclusive, se referir a crédito futuro (recebíveis), isto é, admite-se a cessão de um crédito ainda não constituído quando convencionado o contrato que o representa (impassíveis de especificação, portanto), figura conhecida na ciência da economia como “crédito a performar”.

A par de posicionamentos divergentes⁷⁰, o reconhecimento da possibilidade de cessão de direito futuro é extraído, primeiramente, do Código Civil⁷¹ ao prever que “a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.” (art. 1361, § 3º). Também há expressa referência na Lei n. 10.931/2004, prevendo o seu art. 31 que

“a garantia de Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal”.

Na prática, em se tratando de cessão de recebíveis futuros, a contratação implica vinculação de uma conta específica para o depósito dos recebíveis, objeto da garantia. Assim, o credor fiduciário tanto poderá “apoderar-se diretamente do crédito constante em conta vinculada (‘trava bancária’) ou receber o respectivo pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante).”⁷²

70 Cite-se a doutrina de Orlando Gomes ao sustentar a impossibilidade de transferência de créditos que não possam ser devidamente individualizados no momento da celebração do contrato (GOMES, p. 207)

71 É sempre importante lembrar que o Código Civil se aplica aos bens móveis infungíveis.

72 STJ, Recurso Especial 1797196/SP, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09.04.2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.07.2022

Reconhecida, portanto, a validade da cessão fiduciária de créditos futuros, que venham a ser consubstanciados em título ainda não emitido no momento da cessão, o que inviabiliza, logicamente, a sua exata especificação no título representativo do crédito cedido, mas não a sua identificação no contrato. Tratando-se de crédito a performar, isto é, ainda não contraído por ocasião da cessão, estaria, ainda assim, sujeito à exceção prevista no § 3º, do art. 49, da Lei nº 11.101/2005? Se o crédito ainda não é existente quando da celebração do contrato principal (financiamento) e do contrato de cessão, ainda assim há propriedade fiduciária constituída, a ponto de não se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial que venha a ser ajuizada neste período? Quanto aos créditos performados não há dúvida em estarem abarcados pelo § 3º, do art. 49. O questionamento é quanto a situação dos recebíveis sobre os quais sequer o fiduciante tem a titularidade ou disponibilidade. Se o crédito cedido não chegar a existir até a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, sustenta balizada doutrina a ineficácia da garantia.

Nesse sentido:

Ocorre que, o caput do art. 49 da Lei 11.101/2005 estabelece como marco para averiguação da classificação do crédito a data da distribuição do pedido de recuperação judicial. E no caso da cessão fiduciária de créditos futuros, se o bem dado em garantia (o crédito) ainda não existir nesse momento, a ineficácia da garantia deve ser reconhecida com a classificação do crédito como quirografário. (SATIRO, 2016, p, 175).

A questão também foi aventada em voto vencido proferido recentemente em julgamento ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo. Concluiu o julgador que:

[...] em caso de cessão fiduciária de crédito futuro, a propriedade do credor fiduciário e, conseqüentemente, as retenções que ele pode efetuar a fim de satisfazer seu crédito, se limitam ao produto dos créditos cedidos fiduciariamente em garantia e constituídos (performados) até a data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, observado o limite da garantia. A garantia fiduciária resta

ineficaz em relação a créditos constituídos (performados) após o pedido de recuperação judicial. O produto desses créditos pertence, portanto, à devedora em recuperação e não pode ser apropriado e/ou de outro modo retido pela casa bancária.⁷³

Quanto a indispensabilidade do registro do contrato de cessão fiduciária de créditos no Registro de Títulos e Documentos para fins de conferir o efeito constitutivo da titularidade fiduciária (e, assim, produzir efeitos de direito real) encadeou-se atual polarização. Enquanto prestigiada doutrina sustenta a exigência do registro (SACRAMONE; PIVA, 2016, p.140), as Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça passaram a sustentar que

[...] a cessão fiduciária de título de crédito, nos termos da disciplina específica da Lei 4.728/95, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, não depende de registro em cartório de títulos e documentos para ser constituída, não se lhe aplicando a regra do § 1º do art. 1.361 do Código Civil, regente da cessão fiduciária de coisa móvel infungível.⁷⁴

Nessa perspectiva,

[...] a efetivação da transferência da titularidade dos direitos dados em garantia ao credor fiduciário ocorre a partir da contratação da cessão de créditos ou de títulos de créditos, estando os bens correlatos excluídos do plano de recuperação judicial do devedor cedente, independentemente de seu registro no Cartório de Títulos e Documentos.⁷⁵

Para a Terceira Turma do STJ, “a partir da contratação da cessão fiduciária – e não de seu registro – nos termos da lei de regência, há

73 TJSP, Agravo de Instrumento 2017363-34.2021.8.26.0000, Relator Des. Sérgio Shimura, 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 08.06.2022. Disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10.07.2022

74 STJ, Recurso Especial 1629470/MS, Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 30.11.2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.07.2022

75 STJ, AgInt no Agravo em Recurso Especial 1552342/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20.04.2020. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.07.2022

a imediata transferência (sob condição resolutiva) da titularidade do bem dado em garantia (direitos creditícios) ao credor fiduciário, tornando o referido bem automaticamente alheio aos efeitos da recuperação judicial e, como tal, sem nenhuma repercussão na esfera de direitos dos demais credores da recuperanda.”⁷⁶

Verifica-se que o posicionamento do STJ reverte em tratamento diverso a institutos iguais, conforme bem salientou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em voto vencido:

[...]portanto, se a alienação fiduciária e a cessão fiduciária são, na essência, o mesmo negócio jurídico, distinguindo-se apenas quanto à materialidade do objeto dado em garantia pelo devedor, não há justificativa para tratamento diferenciado dos credores garantidos pela alienação e pela cessão.⁷⁷

Nessa linha, com todo respeito aos julgados do Superior Tribunal, parece-nos que a constituição da propriedade fiduciária vincula-se ao registro do contrato de cessão, a fim de gerar eficácia perante terceiros.

Apesar da dimensão e relevância do tema, a pretensão deste estudo é lançar o olhar sobre o enquadramento da alienação fiduciária e da cessão fiduciária em garantia de direito creditório ou de título de crédito na regra do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, norma que tem por escopo atribuir segurança ao sistema de crédito. Voltemo-nos, pois, a analisar a sua não sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

O PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR FIDUCIANTE

Garantias de natureza fiduciária – alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios - não se submetem ao processo de recuperação judicial, isto é, o crédito não é negociável no

76 STJ, AgInt no Agravo em Recurso Especial 1756602/SP, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22.06.2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.07.2022

77 STJ, Recurso Especial 1412529/SP, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relator p/acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17.12.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.07.2022.

plano de recuperação. Trata-se, portanto, de crédito extraconcursal⁷⁸ que, grande parte das vezes, é detido por instituições financeiras. O titular do direito real em garantia tem a propriedade fiduciária sobre o bem, isto é, o credor assume a posição de proprietário e, com relação ao específico bem sobre o qual incidiu a garantia, fica fora do âmbito da recuperação judicial do devedor. Não se trata de privilégio a ponto de merecer tratamento tal como os créditos assegurados por garantia real. Há de se ponderar os efeitos negativos de eventual submissão do crédito, dentre eles o aumento na taxa de juros, já que a intenção do legislador foi “conferir maior segurança na concessão do crédito diminuindo o spread bancário.”⁷⁹

A exclusão do crédito cedido, sob alienação fiduciária, da órbita da recuperação judicial é explicada pela doutrina a partir da necessária redução dos riscos de crédito:

O princípio da redução do custo do crédito no Brasil consta expressamente no relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71, de 2003, oriundo do PL n. 4.376, de 1993, que originaram a Lei n. 11.101, de 2005, nos seguintes termos: ‘é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico’. (FERNANDES, 2009, p. 191)

78 O objeto da garantia, segundo julgados do STJ, traça os limites da extraconcursalidade do crédito. Ou seja, os credores titulares da posição fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial somente quanto ao bem alienado fiduciariamente, sobre o qual se estabelece a propriedade resolúvel. O valor de liquidação da garantia para satisfação da obrigação principal é o piso que assegura a extraconcursalidade. Se, consolidada a propriedade, “o valor apurado com a venda do bem não for bastante para extinguir a obrigação, o restante do crédito em aberto não mais poderá ser exigido fora da recuperação judicial do devedor, pois não mais existirá a característica que diferenciava o credor titular da posição de proprietário fiduciária dos demais.” (STJ, Recurso Especial 1953180/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.11.2021). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.07.2022

79 STJ, Recurso Especial 1338748/SP, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02.06.2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.07.2022

A intenção do legislador, portanto, ao prever a exclusão do credor titular da posição fiduciária dos efeitos da recuperação judicial, foi remeter o provedor do crédito a uma álea de maior segurança, proporcionando, por outro lado, fomento da atividade empresarial pela expansão do crédito. Ademais, parece-nos inaceitável enxergar a viabilidade da recuperação de uma empresa pelas lentes da ofensa a direitos dos credores, particularmente aqueles titulares de propriedade fiduciária.

Enfim, a preocupação com a possibilidade de os credores fiduciários reaverem os bens de sua propriedade que se encontrem com o devedor fiduciante no exercício da sua atividade econômica, levou o legislador a buscar um ponto de equilíbrio e, assim, a conciliação de interesses – o titular da propriedade fiduciária de um lado e o devedor fiduciante em recuperação judicial de outro. Nesse contexto, o Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos n. 534, de 10.06.2004, propôs a suspensão das ações relativas aos direitos dos credores proprietários durante o stay period para que o devedor em recuperação judicial tivesse tempo hábil para a formulação e aprovação do plano. Passou-se a distinguir os bens em geral dos bens essenciais à manutenção da atividade. E, assim, assumiu o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, a seguinte redação final:

Art. 49, § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Apesar de o fiduciário ser titular da propriedade, durante o prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor (stay period)⁸⁰ os bens de capital considerados essenciais à viabilização da recuperação judicial, não podem ser retirados da posse direta do devedor⁸¹. Aliás, do ponto de vista prático, a suspensão dos direitos do proprietário de reaver seus bens diante do inadimplemento da dívida pelo fiduciante, implica socialização do custo da recuperação judicial, na medida em que o devedor permanece se utilizando de bem de terceiro que seja indispensável ao seu processo produtivo, embora limitado ao stay period.

Desta premissa decorrem alguns questionamentos: o que se entende por “bens de capital essenciais à atividade empresarial”? E quanto aos direitos de crédito cedidos fiduciariamente, inclui-se o dinheiro na definição de “bens de capital”, mesmo considerando que a posse direta dos créditos cedidos fiduciariamente é detida pela instituição financeira? Chamado a se pronunciar a respeito da possibilidade de retirada de bens do estabelecimento do devedor, o STJ esclareceu que

“por bem de capital, deve-se compreender aqueles imóveis, máquinas e utensílios necessários à produção. Não é, portanto, o objeto de comercialização da pessoa jurídica em recuperação judicial, mas o aparato, seja bem móvel ou imóvel, necessário à manutenção da atividade produtiva, como veículos de transporte, silos de armazenagem, geradores, prensas, colheitadeiras, tratores, para exemplificar alguns que são utilizados na produção dos bens ou serviços.”⁸²

Tratam-se, portanto, de bens utilizados no processo de produção que, sem alterar a regra da sua não submissão aos efeitos da recuperação judicial, permanecerão na posse da recuperanda durante

80 O prazo de suspensão – 180 dias - pode ser prorrogado por igual período, nos termos do § 4º, art. 6º, da Lei 11.101/2005

81 Conforme prevê o § 7º-A, do art. 6º, da Lei nº 11.101/2005, é competência do juízo recuperacional intervir em constrições fundadas no art. 49, § 3º que, enfatize-se, está circunscrito aos bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial.

82 STJ, Conflito de Competência 153473/PR, Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 09.05.2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.07.2022

o stay period a fim de manter a atividade produtiva econômica. Por esta lógica, os títulos de crédito transferidos ao titular da propriedade resolúvel, não se enquadram no conceito de “bens de capital”. Constatou do voto da relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, que dinheiro ou commodities são ativos fungíveis, destinados à circulação, não podendo ser definidos como bens de capital essenciais à atividade empresarial. No mesmo sentido, o posicionamento firmado quando do julgamento do recurso especial 1.758.746, com a observação de que “a exigência legal de restituição do bem ao credor fiduciário, ao final do stay period, encontrar-se-ia absolutamente frustrada, caso se pudesse conceber o crédito, cedido fiduciariamente como sendo ‘bem de capital’.”⁸³

Percebe-se que o fundamento é não só tutelar o direito de propriedade do credor, como também proporcionar segurança ao sistema das garantias que, inegavelmente, impacta no mercado de crédito. O ambiente de negócios, e particularmente a relação “crédito x garantia”, exige dinamismo, eficiência, segurança e redução de custos, aspectos vitais quando se pensa na estruturação do sistema legal de insolvências. Não por acaso, com a meta de facilitar a obtenção de crédito, foi proposto o Projeto de Lei 4.188, de 2021, conhecido como marco legal das garantias, recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado para apreciação pelo Senado Federal.

As providências de natureza normativa e os posicionamentos dos tribunais, no caso, colocam em destaque a força vinculativa do contrato, o direito de propriedade e a segurança jurídica, integrantes base dos deveres de fidúcia. Esta ênfase certamente leva em conta que o conteúdo das normas impacta nos projetos de investimento e também nas decisões dos provedores de recursos financeiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção do presente estudo foi provocar reflexão sobre a interatividade entre financiamento, como forma de capitalização, e o regime jurídico aplicável à insolvência das empresas, reforçando que o modelo aplicável à insolvência deve, em última análise, incentivar

83 STJ, Recurso Especial 1.758.746/GO, relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25.09.2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.07.2022

o crédito como fomento ao sistema produtivo. A manutenção e ampliação das atividades do agente econômico se viabilizam pelo acesso ao crédito.

Nessa perspectiva pretendeu-se demonstrar que o cabe ao Direito oferecer mecanismos adequados à proteção dos proprietários fiduciários com vistas a reduzir o grau de incertezas e assegurar força vinculante aos contratos validamente firmados com garantia fiduciária. Aliás, o respeito aos contratos e garantias já consolidados atua, inclusive como fator de incentivo ao financiamento extraconcursal – DIP⁸⁴, na medida em que esse grupo de credores seria potencial – e provável - candidato à concessão de novo financiamento para a empresa em recuperação.

O tratamento conferido pela Lei nº 11.101/2005 aos credores titulares de propriedade sobre bens alienados fiduciariamente, na nossa percepção, toma por base o balanceamento entre o impacto econômico que o desrespeito à garantia é capaz de gerar sobre o mercado de crédito e o conflito de interesses que emerge da crise financeira da empresa. As normas que disciplinam a insolvência geram efeitos sobre o mercado de crédito⁸⁵ e, conseqüentemente, afetam o sistema econômico como um todo.

Admitir-se que a eficácia da recuperação judicial dependa do esvaziamento das garantias, com submissão do credor titular da posição fiduciária aos efeitos da recuperação judicial, torna inviáveis as políticas de financiamento e o acesso ao crédito, o que, ao final, acaba por afetar o pilar da preservação da empresa. Com efeito, o curso ordinário dos negócios, inclusive da empresa em recuperação judicial, demanda fluxo de decisões relacionadas a financiamento e investimento na atividade empresarial. Portanto, a solução legislativa a que se reporta nos limites deste estudo, foi construída para prestigiar o sistema econômico.

84 Financiamento DIP (Debtor in Possession Financing), previsto no art. 69-A da Lei nº 11.101/2005

85 Inegável que o custo do capital associado ao financiamento é impactado pelo conjunto de mecanismos capazes de assegurar ao mutuante - considerado regular cálculo de risco - a satisfação da obrigação assumida pelos tomadores de crédito. Daí porque grande parte do financiamento, via mútuo bancário, se opera mediante oferta de garantias reais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. Campinas: Millenium, 1998

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis em garantia. In: BORGES, Marcus Vinicius Motter (Coord.) Curso de Direito Imobiliário Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021

_____. Propriedade Fiduciária de Bens Móveis em Garantia. In: Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, ano 6, nº 21, jul-set 2003, p. 309

_____. Negócio Fiduciário. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2009

FERNANDES, Jean Carlos. Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito. A posição do credor fiduciário na recuperação judicial da empresa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.351

_____. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 11ª ed., 1996

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial: requisitos e limites à luz da jurisprudência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v.72, abr./jun. 2016, p. 133-155

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

SATIRO, Francisco. Recuperação judicial e a excepcionalidade dos créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos futuros. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). 10 anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: editora FI, 2016, pp. 159-181

CAPÍTULO 8

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c8>

Ciro Portella Cardoso

Mestre em práticas socioculturais e desenvolvimento social pela Universidade de Cruz Alta/RS, Especializando em Direito Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS e Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta/RS.

<https://orcid.org/0000-0002-2233-359X>

INTRODUÇÃO

A recuperação de empresas se caracteriza como um ramo do Direito Empresarial que versa sobre as atividades econômicas das empresas quando entram em estado de crise econômico-financeira. Atualmente, a empresa é tida como uma estrutura de grande importância socioeconômica para o país, pois além de movimentar a economia como um todo, através da produção de bens e serviços, gera empregos diretos e indiretos. Diante deste contexto, justamente por ocupar um importante espaço na sociedade, a empresa deve ser preservada.

A Lei de Falências e Concordatas (Decreto-Lei nº 7.661/1945) considerava como atos de falência qualquer tentativa do empresário ou da sociedade empresária, em meio a uma situação de crise econômica, de reunir seus credores para renegociação da dívida. No ano de 2005 entrou em vigor, em nosso ordenamento jurídico, a Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências (Lei nº 11.101/2005), tendo revogado o (Decreto-Lei nº 7.661/1945) (Lei de Falências e Concordatas). Com a nova lei, este quadro muda, uma vez que o

artigo 47⁸⁶ prevê a recuperação judicial como uma alternativa de preservar a unidade produtiva da empresa e a prevenção da falência.

O objetivo central deste artigo científico é analisar o instituto da recuperação judicial da empresa a partir do advento da (Lei nº 11.101/2005), em comparação com o instituto da concordata, que havia sido regulado pelo (Decreto-Lei nº 7.661/1945), atualmente revogado.

ANÁLISE HISTÓRICA DAS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO E DA TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO

No contexto da sociedade mercantilista europeia, o homem passou a viver de forma mais organizada, desafiado por obrigações derivadas do comércio da época, que era feito com base na troca de mercadorias e com uma forte intervenção do Estado. Deste modo, o devedor inadimplente de suas obrigações sofria sanções punitivas de acordo com as leis vigentes (JARDIM; MILANO, 2017).

Na idade média, surgiu a figura das Corporações de Ofício, tipo de instituição semelhante aos grêmios, onde se incorporam indivíduos da mesma profissão ou ofício, com o intuito de manter a solidariedade entre os integrantes, garantindo ajuda recíproca. Essa instituição já trazia o pacto coletivo das condições de trabalho, o direito de fixar jornada, o descanso semanal por motivo religioso, a fixação de salários e as condições contratuais entre aprendizes e mestres (RODRIGUES, 1981).

As corporações de ofício exerceram funções de sedimentação dos costumes comerciais, regras das quais os comerciantes participantes podiam se valer dos costumes, por isso, imagina-se, deve ser maior antes da formulação das regras pelas corporações, e menor após a elaboração escrita (BENSON, 1989, p. 647).

Segundo Ogilvie (2004, p.1), as Corporações de Ofício eram “associações privilegiadas de atacadistas, e foram importantes na economia europeia do século XI ao século XIX”. Por outro lado,

86 Artigo 47 da (Lei 11.101/2005): A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ogilvie (2004, p.3) afirma que as referidas Corporações praticavam discriminação e protecionismo exacerbado ao assegurar privilégios legais que davam direito exclusivo de comerciar para setores em particular, excluindo a possibilidade de associação mulheres, judeus, imigrantes, grupos étnicos diversos e camponeses. As Corporações de Ofício passaram a afetar de forma negativa a qualidade, a falta de competição, conseqüentemente, técnica e inovação, procurando através do protecionismo e monopólio, a garantia de seus mercados consumidores.

De acordo com Martins (2007, p. 5), as corporações de ofício perduraram desde a alta Idade Média até a Idade Moderna, e com o advento do liberalismo, em 1791, a “Lei Le Chapelier”⁸⁷ definitivamente as extinguiu na França, tendo início o trabalho livre, a liberdade de ofício e de contratar, derivadas dos ideais revolucionários franceses, e que gerou novas castas de trabalhadores, bem como de artesãos, padeiros, ferreiros, entre outros pequenos profissionais que detinham meios de produção, buscando novos cenários do trabalho. Surgiam aí, concomitantemente, o operário, que iria trabalhar nas novas fábricas, e o pequeno empresário.

O Direito Comercial com o passar dos anos evoluiu, podendo ser delimitado em três fases. A primeira, apontada como período subjetivo antigo, surgiu na Idade Média. De acordo com essa teoria o comerciante era aquele inscrito em uma corporação de comerciantes, que julgavam as desordens existentes entre si. A segunda fase, distinguida como período objetivo, era representada pela teoria dos atos de comércio, que ganhou força com o Código Civil de 1804 e o Código Mercantil da França, outorgado por Napoleão Bonaparte em 1807. A última fase, em que prevalece a teoria moderna da empresa, é conhecida como período subjetivo moderno (FAZZIO JÚNIOR, 2015). A importância do Código Comercial Francês é enorme como afirma Rocco (2003, p. 32):

Este código teve o alcance e o valor da inovação não se podem apreender são se seguir, através dos trabalhos preparatórios, as vicissitudes

87 A Lei de Le Chapelier era uma lei francesa, vigente no início da Revolução Francesa, em 14 de junho de 1791. Foi escrita e defendida por Isaac René Guy Le Chapelier, proibindo os sindicatos, as greves e as manifestações dos trabalhadores.

que levavam à redação dos artigos 631, 632 e 633, nos quais é, precisamente, consagrado o sistema pelo qual o direito comercial deixou de ser o direito dos comerciantes e se tornou o direito dos atos de comércio.

Ansoff (1998, p. 19-21) menciona que as empresas são, de fato, organizações a serviço da sociedade, ou a serviço do ambiente. Há uma ideia de que as empresas privadas são organizações comerciais ‘com fins lucrativos’, e que produzem bens para a sociedade, e que as empresas estatais são organizações públicas ‘sem fins lucrativos’, e que prestam serviços à sociedade. Por outro lado, a empresa privada pode ser menos focada no lucro, e sirva melhor suas funções sociais, e as organizações públicas atenuem sua burocracia e sigam modelos eficientes, como os vistos nas empresas privadas, e ofereçam um melhor serviço, com um menor preço ao contribuinte.

TEORIA MODERNA DA EMPRESA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Apesar das menções da palavra “empresa”, os franceses não tiveram progressos sobre uma visão concreta deste conceito. A dificuldade da teoria da empresa era justamente estabelecer o conceito jurídico da empresa. O Código Civil italiano de 1942 reconheceu que o direito ainda não havia conseguido formular o conceito jurídico de empresa, apenas conceituou a pessoa do empresário no artigo 2.082, segundo o qual é “[...] É empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (ITÁLIA, 1942).

A recepção da empresa, no ordenamento jurídico através das leis ou do chamado Estatuto Geral do Empresário (como os italianos chamavam a regulamentação jurídica da empresa, no Código Civil de 1942), desenvolveu um fenômeno existente até hoje, surgindo novos institutos que requerem ser qualificados no plano jurídico, como, por exemplo, o da pessoa jurídica, o das sociedades unipessoais, o do estabelecimento comercial e seu correlato a universalidade de bens, o de atividade, o de empresário, dos grupos econômicos, o de bens imateriais e assim por diante (BULGARELLI, 1992).

O Código Comercial do Império do Brasil recepcionou a teoria dos atos do comércio até que foi quase inteiramente revogado pelo Código Civil de 2002, que incluiu na sua organização um livro sobre o Direito de Empresa. O instituto da concordata, no Brasil, regulado pelo (Decreto-Lei nº 7.661/1945), já oportunizava aos credores receberem mais do que na falência, conservando a empresa em crise que permanecia potencialmente instauradora de riquezas e de trabalho, e acarretando vantagens ao devedor, que poderia permanecer à frente de seu negócio (FAZZIO JÚNIOR, 2015).

Bulgarelli (1985, p. 100) define a palavra empresa da seguinte forma: “Atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”. A Teoria da Empresa surgiu na Itália, em 1942, época divergente no país devido à guerra e ao domínio do fascismo de Mussolini. Inicialmente, o objetivo desta teoria era acabar com a luta de classes através da intervenção do Estado. O conceito de empresa ingressou na Itália determinado objetivamente como significado econômico, conforme Asquini (1996, p. 113):

Mas, defronte ao direito o fenômeno econômico de empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico.

Para Bulgarelli (1985, n. p.), o Código Civil Italiano de 1942 foi um verdadeiro marco no âmbito legislativo, principalmente dos países que seguiam o sistema da comercialidade, como o Brasil, que já contemplava a empresa através de leis esparsas. O Código Italiano, efetivamente, colocou em vigor o sistema normativo da empresa com estatuto jurídico qualificador do empresário e inclusive seu conceito; um regime e também o seu conceito para a azienda; uma ordenação da atividade empresarial e o regulamento das relações de trabalho no seio da empresa; e ainda em torno dela, porém integrante do

sistema, a unificação obrigacional, tudo complementado por uma lei de falências, em apartado.

Conforme Paciello (1978, p. 41) o legislador italiano relegou à doutrina e à jurisprudência o trabalho de observar os reflexos, no campo legal, desses elementos e verificar até que ponto princípios tradicionais como o objetivo de lucro e a habitualidade são fatores decisivos do conceito de empresa. Ainda de acordo com Coelho (2017, p. 15), a teoria da empresa ao longo do tempo se desvencilhou “[...] das raízes ideológicas fascistas. Por seus méritos técnicos, sobreviveu à redemocratização da Itália e permanece delimitando o Direito Comercial daquele país até hoje”. Com a teoria da empresa, o conceito de comerciante expandiu-se, incluindo a proteção das atividades econômicas como prestação de serviços e atividades ligadas a terra, que estavam excluídas.

Assim, a teoria de empresa, graças ao principal seu precursor Alberto Asquini (1943, p. 104-109), em sua visão, a empresa possuía um perfil poliédrico, assim a empresa teria um perfil: (I) subjetivo, por identificar-se com a figura daquele que exercita profissionalmente a atividade economicamente organizada para produção de bens ou serviços que geram um perfil (II) funcional, pois a empresa constituiria aos fatores de produção organizados a um determinado objetivo, um perfil (III) patrimonial, que identificaria assim a empresa com o conjunto de todos os bens destinados ao exercício da atividade empresarial, assim tomando forma o seu perfil, e por fim um perfil (IV) corporativo, assim constituiria um núcleo social organizado. A expansão deste conceito de comerciante para o de empresário acarretou uma nova visão ao Direito Empresarial, conforme o qual a proteção ao comerciante se estende para a proteção à empresa enquanto atividade.

PRINCÍPAIS ASPECTOS DA CONCORDATA E A LEI Nº 11.101/2005

A Lei de Falências e Concordatas, Decreto Lei nº 7.661, de 21/06/45, vigeu por mais de 50 anos em nosso ordenamento jurídico. Neste período o país desenvolveu e se modernizou. No entanto, a legislação falimentar que era vigente permanecia presa a objetivos

que não mais se compatibilizavam com a nova realidade. De acordo com Abrão (1980), o marco primordial que define uma revolução no tratamento da crise da empresa foi a Jornada de Estudos Jurídicos Jean Dabin, a qual corroborava com dois pontos fundamentais:

- 1.O direito da falência deve deixar de ser um direito profissional de natureza repressiva. Enfim, o Direito das falências entra no Direito Econômico. Separando-se a sorte do empresário em relação à da empresa, considera-se objetivamente qual o melhor destino a dar a esta.
2. Afastando-se da consideração repressiva, está-se numa opção entre uma liquidação desastrosa ou uma formula concordatária (ABRAO, 1980, p. 10).

Neste contexto, a partir da vigência Lei de Recuperação de Empresa que busca realização da superação da crise econômica do devedor, a próxima seção abordará o conceito e as inovações desta lei. A concordata apresentava semelhanças com a atual lei vigente de recuperação de empresas, buscando atender as possíveis situações de insolvência, e procurando garantir a atividade comercial. Nas palavras de Mamede (2016, p. 210):

Em fato, a concordata assumia a condição de intervenção estatal nas relações privadas, que se concluíam sem a participação ou anuência necessária dos credores. Era um benefício que o Estado, por meio do Poder Judiciário, concedia àqueles que preenchessem os requisitos legais, devendo ser acatado pelos credores atingidos.

A nova lei falimentar e de recuperação (Lei nº 11.101/2005), que substituiu a concordata prevista no (Decreto-Lei nº 7.661/1945), reconheceu a importância da empresa no cenário econômico e social, realçando, assim, a relevância da recuperação e da preservação da empresa com a intenção de manter a função produtiva, além de estimular a atividade econômica e promover os princípios constitucionais da livre iniciativa e da concorrência. A nova lei de falências e

recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005) fomentou o conceito de preservação e função social de empresas, ao tratar da recuperação judicial de empresas, conforme art. 47 da vigente lei:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Eram numerosos os prejuízos que os credores sofriam na concordata, pois não tinham o controle sobre as atividades do devedor, que, muitas vezes, “esvaziava” a empresa, preparando-a para a falência. Na falência, então, os prejuízos aos credores permaneciam, uma vez que não era possível a venda da empresa em partes ou em unidades produtivas.

A recuperação judicial tem uma similaridade com a antiga concordata no aspecto de ter por finalidade a recuperação da atividade, distinguindo-se no tocante à participação dos credores. A concordata era dada ao comerciante que preenchesse os requisitos legais, já na recuperação de empresas consubstancia-se em uma negociação entre o empresário devedor e seus credores, negociação essa que poderá ser dar em juízo (recuperação judicial) ou fora dele (recuperação extrajudicial). Nesse sentido, os professores Sanchez e Gialluca (2012, p. 33):

[...] podemos conceituar a recuperação judicial como uma permissão legal que concede ao devedor empresário ou sociedade empresária a possibilidade de negociar diretamente com todos os seus credores ou tão somente com parte destes, de acordo com suas reais possibilidades, ampliando o seu universo de medidas eficazes e suficientes à satisfação dos créditos negociados, mantendo os direitos dos credores não incluídos no plano, garantindo o controle do Poder Judiciário e dos credores por instrumentos próprios, com a finalidade

precípua de recuperar e preservar a empresa viável com a reorganização de seu passivo.

No ano de 2005, com a revogação da concordata, a (Lei nº 11.101/2005) apresentou uma inovação na forma de se tratar as empresas em crise, dando ênfase aos princípios da função social e da preservação da empresa, e ordenando que, quanto à empresa que estiver em crise, deverá ser aplicado o instituto da recuperação judicial, o qual poderá permitir a manutenção da fonte produtora de empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo um novo estímulo à atividade econômica. A instituição desses princípios serviu para promover o valor e a importância da empresa perante a sociedade, compreendendo-se que a recuperação judicial tem o objetivo de assegurar o cumprimento desses princípios (NEGRÃO, 2007).

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a função social da propriedade como um dos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, inciso III⁸⁸), destacando como fundamentos da República a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, cujo objetivo é assegurar a todos uma existência digna (artigo 1º, incisos III e IV).

Ghidini (1978, p. 77) propõe a existência de um Estatuto Geral do Empresário, para melhor compreensão do sistema legal, defendendo o conceito de que a empresa é um organismo produtivo, de fundamental importância social, que deve ser salvaguardada e protegida, enquanto:

1. Constitui o único instrumento efetivo de produção de riqueza;
2. Constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição da riqueza;
3. Constitui um centro de propulsão do progresso, inclusive, cultural da sociedade.

O exercício da empresa compreende também interesses de terceiros, e assim:

88 Artigo 170, inciso III da Constituição Federal de 1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

- a. dos trabalhadores dependentes;
- b. dos clientes-consumidores (adquirentes de produtos, usuários dos serviços);
- c. dos fornecedores e em geral do mercado de crédito;
- d. dos empresários concorrentes.

A empresa em estado de crise, passível de recuperação, de acordo com a (Lei nº 11.105/2005), deve manter regularmente suas atividades há mais de dois anos, além de atender aos seguintes requisitos, cumulativamente: não ter obtido concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos; não ter obtido concessão de recuperação judicial especial com base no plano há menos de oito anos; não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada pelos crimes previstos na lei de falência (SANTIAGO, 2016, p. 4).

Várias são as táticas de recuperação, previstas no art. 50 da nova lei, além da clássica concessão de prazos e descontos que eram previstas na antiga lei. Diversos incisos do referido artigo vêm avigorar que o objetivo da lei é a proteção à empresa, enquanto atividade e, não, ao empresário, que pode ser total ou parcialmente retirado da titularidade ou administração de seu negócio:

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; [...]

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; [...]

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada (BRASIL, 2005).

O ajuizamento da ação de recuperação judicial será realizado pelo empresário ou sociedade empresária, ou seja, por aqueles legitimamente ativos, conforme art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas. Os credores, diferentemente na falência, não podem requerer a recuperação judicial em nome do empresário ou sociedade empresária, as definições de empresário e sociedade empresária estão previstas no Código Civil, artigos 966 e 982.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais (BRASIL, 2002).

O empresário deve focar na circulação de bens e de serviços, visando resultados lucrativos, sendo essa característica decorrente do caráter profissional. É pressuposta também uma estrutura organizada e planejada, exteriorizando a existência de uma empresa conforme os referidos artigos do Código Civil. Conforme Mamede (2012, p. 124), as sociedades empresárias devem ser representadas:

[...] por seu administrador societário. Havendo gerente, ou seja, segundo a definição do artigo 1.172 do Código Civil, um preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência não terá ele legitimidade para formular o pedido, excetuada a hipótese de lhe terem sido outorgados poderes especiais e expressos para tanto, por meio de procuração escrita [...].

Será apresentado o plano de recuperação pelo devedor no prazo de sessenta dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial (SANTIAGO, 2016, n. p.).

Segundo Coelho (2017, p. 169), acerca dos requisitos para requerer a recuperação judicial:

Só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para o de falência. Isto é, somente quem está exposto ao correr o risco de ter a falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial. Como está medida é medida destinada a preservar o devedor da falência, a lei só a defere a quem pode falir.+

A recuperação de uma empresa não atinge somente a pessoa do empresário, responsável pelos meios de produção, mas sim um grande público que usufrui destas atividades, como seus trabalhadores, seus fornecedores, seus credores e até mesmo a arrecadação econômica. Coelho (2009, p. 159) ressalta:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque estão tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para bem da economia como um todos os recursos- materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação de empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo.

Para Claro (2009), o empresário deve atuar preventivamente, rodeando-se de profissionais capacitados a fim de detectar eventual crise e não deixar que ela assuma dimensões irreversíveis. Os credores poderão detectar a crise que se aproxima do devedor e alertá-lo quanto aos rumos do negócio. Ocorrendo recuperação judicial é preciso ser rápido. Nesse sentido Perin Júnior (2006, p. 185) elucida:

Contudo, vale lembrar ainda que, uma das causas de insucesso de muitos processos de recuperação ou de falência nas legislações alienígenas, residiu no seu tardio início, seja porque o devedor não era suficientemente penalizado, seja porque os credores eram

negligentes no requerimento de providências de recuperação ou de declaração de falência [...]

O processo de recuperação judicial possui 3 fases delimitadas pela doutrina empresarial brasileira: fase postulatória, fase deliberativa e fase de execução, conforme ressalta Coelho (2014, p. 342):

O processo da recuperação judicial se divide em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela começa com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada de fase de execução, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo.

A primeira fase é a postulatória do pedido inicial de recuperação judicial, dividindo-se em 2 atos: apresentação da petição inicial e o despacho do Juiz determinando o processamento do processo de recuperação. Ocorrendo tudo conforme está previsto em lei, os atos da fase postulatória ficarão restritos aos dois citados. Entretanto, não observando os requisitos legais, o Juiz poderá determinar a emenda à inicial, conforme defende Coelho (2014, n. p.):

Se a pessoa legitimada para requerer a recuperação judicial instruir adequadamente o pedido, a fase postulatória se encerra com dois atos judiciais: a petição inicial e o despacho que manda processar a recuperação. Se a instrução do pedido não tiver observado a lei, pode arrastar-se o processo pelo período solicitado para apresentação de documentos ou por

determinação do juiz, com base na legislação processual civil, de emenda da petição inicial.

Diante disso, o processo de recuperação pode ocorrer de duas formas. A primeira acontece através de um pedido feito por qualquer dos legitimados. A segunda acontece dentro de um pedido de falência, incluso do prazo da contestação uma vez solicitada à falência do empresário ou da sociedade empresária, segundo o art. 95 da (Lei nº 11.101/2005), que prevê expressamente que: dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial. Conseqüentemente, constata-se que o pedido de recuperação judicial na falência forma uma faculdade e não uma obrigação do devedor. Na segunda fase, a deliberativa discute-se o plano de recuperação judicial, parte mais importante da recuperação. Nesta fase, é analisado o plano de recuperação, devendo conter de forma esclarecida como a empresa ambiciona se recuperar, no prazo de 60 dias de apresentação.

O prazo começa a valer a partir da decisão que deferiu o processamento do procedimento de recuperação judicial. Esse prazo de 60 dias é improrrogável e a não apresentação de forma tempestiva ocasiona a pesada de consequência de haver convolação em falência. Previsto no caput do art. 53 da vigente e respectiva Lei de Recuperação Judicial de Empresas:

O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência (BRASIL, 2005).

Deve-se ter atenção perante o prazo de apresentação do plano de recuperação, há também à necessidade de aprovação do respectivo plano pela assembleia de credores. A assembleia de credores é um dos três órgãos específicos de recuperação judicial, juntamente com o comitê o administrador judicial. A não atuação desse colegiado no processo de recuperação judicial puramente torna-se exequível e, conseqüentemente, não tramita, uma vez que compete a esse órgão a aprovação do plano de recuperação, parte decisiva do procedimento. Nas palavras de Coelho (2014, p. 234),

por óbvio, a Assembleia só podem participar os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial e que tenham sido admitidos ao processo em função da verificação dos respectivos créditos.

Em que pese à soberania dos credores e, conseqüentemente, da assembleia, ser nítida, há mitigação conquanto ao fato de que o Judiciário tem a competência de fazer o respectivo controle judicial dos atos de validade e de seus referidos requisitos legais (SANTOS, 2015). O Supremo Tribunal de Justiça se posiciona assim acerca dessa matéria:

Plano de recuperação judicial. Aprovação pela AGC. Controle judicial. A assembleia geral de credores (AGC) é soberana em suas decisões quanto ao conteúdo do plano de recuperação judicial. Contudo, as suas deliberações - como qualquer outro ato de manifestação de vontade - estão submetidas ao controle judicial quanto aos requisitos legais de validade dos atos jurídicos em geral. REsp 1.314.209, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 22.5.12. 3ª T. (BRASIL, 2012).

O Supremo Tribunal Justiça admite que a assembleia constituída pelos credores não abduz a hipótese de controle judicial no tocante ao plano de recuperação. Desta forma, se ressalta o voto da Ministra Relatora, Nancy Andrighi, seguido por unanimidade pela 3ª turma no julgamento do já mencionado:

A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. [...] A vontade dos credores, ao aprovarem o plano, deve ser respeitada nos limites da Lei. A soberania da assembleia para avaliar as condições em que se dará a recuperação econômica da sociedade em dificuldades não pode se sobrepujar às condições legais da manifestação de vontade representada pelo Plano (BRASIL, 2012).

Uma vez preenchidos os requisitos formais do requerimento de recuperação e tendo seu plano aprovado, conforme menciona

o caput do artigo 49 da (Lei nº 11.101/2005), que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Embora a importância da aprovação e de sua necessária observância aos requisitos de legalidade, o item fundamental do plano de recuperação é o requerente provar que tem meios para sair da crise econômico-financeira.

AS ATRIBUIÇÕES DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O administrador judicial exerce uma função fundamental tanto na recuperação judicial como na falência, pois ele deve cooperar para o desenvolvimento da recuperação judicial ou da falência, seja positivo, de acordo com o caso concreto. Ele procura conservar ativa a atividade econômica da empresa nos casos em que conduz a recuperação, ou em caso de falência, conduzir o processo para amenizar os efeitos negativos que a extinção de uma atividade empresarial poderá trazer. O administrador Judicial, no exercício desta administração exige competência do profissional nomeado, nesta situação delicada que passa a empresa. A continuidade da atividade econômica depende de uma administração competente com apoio de uma equipe. O profissional deve ser idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou seja, pessoa jurídica especializada (SANTIAGO, 2016). Em relação às atribuições do administrador judicial em comparação com as funções da magistratura, Miranda (2011, p. 19) destaca que:

[...] embora exerça temporariamente função pública de auxiliar do juízo, o administrador judicial não é investido das garantias e prerrogativas da magistratura, não constituindo suas decisões comandos emanados da função estatal típica jurisdicional. Tecnicamente, a responsabilidade do administrador não decorreria de ato jurisdicional, mas sim de dolo ou culpa no seu próprio proceder. Asseverase que eventual determinação do juízo para que o administrador judicial realize ato ilegal poderá importar em afastamento de sua

responsabilidade por falta de dolo ou culpa, não havendo falar em qualquer hipótese de irresponsabilidade do administrador por ato de soberania.

A responsabilidade do administrador sempre dependerá da existência e comprovação de dolo ou culpa, não havendo qualquer amparo legal, portanto, para aplicá-la na modalidade objetiva. Desse modo, é possível concluir que a empresa cumpre sua função social ao gerar emprego, tributos e riqueza ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade local, respeitando o meio ambiente, o consumidor e as leis estar-se-á cumprindo relevante papel social (COELHO, 2016).

A empresa como o exercício de uma propriedade dos elementos da empresa e considerando que Bastos (1998, p. 210), afirma que “função social da propriedade é o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica recolocar a propriedade na sua trilha normal”, a função social da empresa enquanto propriedade tem a função de colocar a empresa em um trilho sócio coletivo.

As empresas são formadas por meio de contratos sociais também precisam cumprir com sua função social. O artigo 421 do Código Civil prevê que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Os contratantes têm a liberdade de contratar o que for dos seus interesses para o sucesso do negócio jurídico, desde que esta autonomia privada não encontre conflito com as normas da ordem pública, que defendam os interesses da sociedade.

Deste modo, os proprietários das empresas têm liberdade para debater e fixar as cláusulas que estarão presentes em seus contratos sociais, assim como possuem liberdade no momento de explorar a atividade econômica que for dos seus interesses, mas sempre atento ao bem maior, que é bem comum do interesse público, do interesse da sociedade.

É considerada cumpridora da sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis

visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão cumprindo com a pretensão do legislador constituinte (COELHO, 2012, p. 81).

A atividade empresarial é um modo de exercício de propriedade privada, talvez um dos mais importantes, pois atinge uma coletividade. As empresas empregam trabalhadores (que sustentam famílias), geram serviços e produzem bens (que movimentam a economia privada e pública), agem sobre o meio ambiente (muitas vezes, o prejudicando). É um universo que compreende o mundo empresarial, mundo este que precisa cumprir com sua função social. A função social da empresa é necessária para sua própria preservação, pois esta se tornou independente da pessoa do empresário e constituiu-se em uma organização autônoma, com implicações na esfera econômica e social (FACCHINI NETO; ANDRADE, 2016, p. 26).

Assim, a função social não é somente a distribuição do lucro e riqueza distribuída aos que a ela está ligada, a empresa também deve usar os seus direitos para auxiliar na construção de uma sociedade mais justa, solidária e livre. Com o cumprimento da função social confirma que valoriza a sociedade e a implementação de suas garantias constitucionais, criando também um espaço para a sua própria segurança tanto jurídica, quanto financeira, uma vez que desempenhará suas funções no meio de uma sociedade plena.

Os credores também foram beneficiados pelos novos mecanismos que trouxe a (Lei nº 11.101/2005), uma vez que determinam se concedem ou não a recuperação ajuizada pelo devedor, além de serem atuantes nas decisões sobre a forma de alienação do ativo do devedor. Dessa forma, na hipótese de falência, deve-se escolher a alienação da empresa em bloco ou de suas unidades produtivas, como figura de manutenção da atividade empresarial, preservando-se, assim, a arrecadação de tributos, os postos de trabalho e principalmente a função social da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Empresarial se transformou em um instrumento de desenvolvimento econômico e social. Deste modo, ao tratar do procedimento judicial pelo qual uma empresa pode se recuperar, foi possível identificar que esse é um dos mecanismos mais promissores para garantir que a empresa prossiga com suas atividades de comércio ou prestação de serviço, mantendo sua preservação e função social, e resguardando os interesses da coletividade, afastando a ideia de que a falência seria a melhor e última opção das empresas em épocas de crises. Cabe destacar o instituto da recuperação judicial como um instrumento capaz de reestruturar uma empresa em crise, permitindo sua sobrevivência.

Diante da importância do papel social da empresa compete ressaltar que o empresário não pode ser descuidado, porém deve estar precavido aos primeiros sinais de crise em seu negócio e analisar o quanto antes a possibilidade de ajuizar a ação de recuperação judicial, pois muitas vezes somente assim poderá impedir sua falência.

No processo de recuperação judicial o empresário em situação de crise econômico-financeira pode procurar a recuperação de sua empresa ou impedir que sua falência seja decretada por qualquer credor. Ao comparar os altos números de pedidos de falência e os números de falências decretadas é possível compreender que o requerimento de falência tem sido usado como um meio imprescindível de cobrança do credor sobre o devedor. Contudo, perante a instabilidade econômica é possível verificar que os números de requerimentos de recuperação judicial ficam oscilando de acordo com o andamento econômico do país e do mundo. De tal modo, em momentos críticos da economia os números de requerimentos de recuperação judicial tendem a crescer, enquanto que no momento econômico mais equilibrado a quantidade de pedidos de recuperação será menor.

Cabe destacar que o instituto da recuperação judicial é uma ferramenta capaz de reestruturar uma empresa em crise, permitindo sua sobrevivência. Apesar disso, cabe ressaltar que se faz necessário buscar a diminuição dos custos do processo de recuperação judicial

como um meio de transformá-lo em um mecanismo mais acessível e menos oneroso para o devedor.

Portanto, pode-se concluir que a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005) vem exercendo sua finalidade, que é preservar a atividade econômica empresarial e a função social. Através do mecanismo da recuperação judicial se pode proporcionar mais fôlego à empresa em dificuldades, permitindo sua existência por mais tempo, garantindo os postos de trabalho, a geração de renda e a expansão do mercado de crédito.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. O novo direito falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa. São Paulo: Rumo Gráfica, 1980.

ANSOFF, H. Igor. Administração Estratégica. São Paulo: Atlas, 1998.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. In: Rivista del Diritto Commerciale. Milão, v. 41, 1943.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENSON, Bruce L. The spontaneous evolution of commercial law. Southern Economic Journal. v. 55, jan. 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 5 out 2017.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 498. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-498-do-stj-2012,37393.html>. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Resp n. 1.314.209-SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. j. 22/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1149022&sReg=201200531307&sData=20120601&formato=PDF. Acesso em: 21 maio 2019.

BULGARELLI, Waldírio. Atualidade do Direito Empresarial. São Paulo, 1992.

–BULGARELLI. A Teoria Jurídica da Empresa. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1985.

CAMARGOS, Mirela Castro Santos; RODRIGUES, Roberto Nascimento; MACHADO, Carla Jorge. Idoso, família e domicílio: uma revisão narrativa sobre a decisão de morar sozinho. Brasileira de Estudos de População, v. 28, n. 1, 217-230, 2011.

CLARO, Carlos Roberto. Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa. São Paulo. Editora LTr. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 1: direito de empresa – 18ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 11ª ed. São Paulo: RT, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 29ª ed. São Paulo: RT, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A Funcionalização do Direito: A Empresa e sua Função Social. Curitiba: Juruá, 2016.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GERMANO, Rogério Tadeu. A recuperação judicial e a Oi: Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50000/a-recuperacao-judicial-e-a-oi>. Acesso em: 18 out 2018.

GHIDINI, Mário. Lineamenti del diritto dell'impresa, Milano, Giuffrè, 1978.

ITÁLIA. Código Civil Italiano. 2ª edição. Associacion Danthe Alighieri: Buenos Aires, 1942.

JARDIM, Maria Augusta Bley Cartaxo; MILANO, Ingrid Althaus: A aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa na recuperação judicial. Curitiba, 2017.

JÚNIOR, Armindo de Castro. As diferenças entre a teoria dos atos de comércio e a teoria das empresas sob a ótica do direito falimentar. Revista Diorito, v. 2, n. 1. Jan./Jun.2018

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, v. 4, 2006.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial, v. 1, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, 8ª ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2016.

MIRANDA, Caio Albuquerque Borges, Responsabilidade Civil do Administrador Judicial na Falência, 2011: Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/CaioAlbuquerqueBorgesdeMiranda.pdf. Acesso em: 07 maio 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2007.

OGILVIE, Sheilagh. Institutions and European Trade: Merchant Guilds, 1000-1800. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v.17, 1978.

PERIN JÚNIOR, Écio. Preservação da empresa na Lei de Falências. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

ROCCO, Alfredo. Princípio de Direito Comercial. GAMA, Ricardo Rodrigues. Campinas: LZN, 2003.

RODRIGUES, Aluisio. O Estado e o Sistema Sindical Brasileiro. Editora LTr. 1981. São Paulo.

SANCHEZ, Alessandro; GIALLUCA, Alexandre. Direito empresarial IV: Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIAGO, Emerson. Falência, recuperação judicial e extrajudicial. Disponível <http://www.infoescola.com/direito/falencia-recuperacao-judicial-e-extrajudicial/>. Acesso em: 4 out. 2016.

SANTOS, J. H. A dos. Recuperação judicial de empresas: Importância e Procedimento. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/artigo,recuperacao-judicial-de-empresas-importancia-e-procedimento,54154.html#_ftn3 . Acesso em: 21 de maio de 2019.

CAPÍTULO 9

VISUAL LAW E A NOVA FORMA DE SE ENXERGAR O DIREITO

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c9>

Gabriela Ferreira Nacarato

Advogada com pós-graduação em Contratos Empresariais na Faculdade Getúlio Vargas (FGV-SP) e com especialização em Direito Imobiliário Empresarial, pelo SECOVI-SP.
ORCID: 0000-0002-6993-0594

Gabriel Charaf Bdine

Advogado e Pós-graduando pela Escola Paulista da Magistratura. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Comunicação Social pela Fundação Armando Álvares Penteado.
ORCID: 0000-0001-6756-1273

O presente artigo tem como objetivo abordar a importância da comunicação nos documentos jurídicos, discorrer sobre o conceito do Visual Law e a sua importância como ferramenta de trabalho intelectual.

Nesse sentido, o Visual Law, nada mais é do que transpor para um formato e de fácil compreensão, o Direito e todas as suas ramificações práticas, podendo essa técnica ser aplicada para contratos, pareceres, petições e, inclusive, sentenças judiciais.

A IMPORTÂNCIA DA COMUNICAÇÃO NOS DOCUMENTOS

Buscando demonstrar a importância da comunicação nos documentos, é essencial introduzir a afirmação do teórico canadense Herbert Marshall McLuhan (1964), “O meio é a mensagem”.

Ao fazer essa afirmação o autor demonstrou que os próprios meios de comunicação são a mensagem. Assim, em sua obra “Os meios de comunicação como extensões do homem”, no capítulo “O meio é a mensagem”, Herbert Marshall McLuhan (1964, p.21) explica que:

Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilhaçar todas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio é a mensagem. Isto apenas significa que as consequências sociais e pessoais de qualquer meio — ou seja, de qualquer uma das extensões de nós mesmos — constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos. Assim, com a automação, por exemplo, os novos padrões da associação humana tendem a eliminar empregos, não há dúvida. Trata-se de um resultado negativo. Do lado positivo, a automação cria papéis que as pessoas devem desempenhar, em seu trabalho ou em suas relações com os outros, com aquele profundo sentido de participação que a tecnologia mecânica que a precedeu havia destruído. Muita gente estaria inclinada a dizer que não era a máquina, mas o que se fez com ela, que constitui de fato o seu significado ou mensagem. (MACLUHAN, p.21)

Tomando como base o pensamento de Herbert Marshall McLuhan, concluímos, então, que o meio que se escolhe para se transmitir uma mensagem é fundamental para uma compreensão efetiva e acertada por parte do receptor.

Assim, se refletirmos sobre o conceito acima, verificamos que a comunicação pode ficar prejudicada, caso o meio escolhido não seja o adequado. Um exemplo esclarecedor é a comparação da comunicação escrita com a comunicação oral. Estudos já comprovaram que ao se utilizar a linguagem escrita, diferentemente do que acontece com a linguagem oral, a interpretação da mensagem dependerá, em grande parte, do receptor, pois caberá a ele, a interpretação do texto de acordo com suas próprias premissas e com seu conhecimento de mundo. Assim, diferentes receptores podem interpretar a mesma mensagem de forma diversa.

Ocorre que, por vezes, especialmente no Direito, não existe a possibilidade de se utilizar a comunicação oral. Se tomarmos

como exemplo um contrato, que embora possa eventualmente ser celebrado oralmente, para conceder segurança jurídica às Partes, é necessário reduzi-lo a termo.

Por essa razão, cabe ao profissional do Direito buscar, constantemente, melhores formas e formatos, para que a comunicação seja mais efetiva e mais clara.

O CONCEITO DE VISUAL LAW

O visual law faz parte do legal design. E, o legal design, por sua vez, é um conceito que surgiu nos Estados Unidos, em uma iniciativa da Stanford Law School e d. school que utilizou o design, a tecnologia e o Direito para simplificar a linguagem do Jurídico. A diretora do Legal Design Lab da Stanford Law School, Margaret Hagan, assim conceitua o legal design: “a forma como avaliamos e desenhamos negócios jurídicos de maneira simples, funcional, atrativa e com boa usabilidade.” No seu entendimento “é uma proposta inovadora para aprimorar documentos legais, produtos, serviços, políticas ou organizações”.

O legal design seria o novo formato para a prestação de serviços jurídicos, buscando tornar mais fácil a compreensão dos fatos, para a resolução do problema do destinatário final, seja ele, o empresário, o juiz, etc. O visual law vem, então, para apresentar novas técnicas de implementação do legal design, qual sejam técnicas visuais de linguagem, facilitadoras de comunicação e compreensão entre as Partes.

Pesquisa feita pela Universidade de Minnesota (EUA) em 1986 chegou à conclusão de que as apresentações com recursos visuais são até 43% mais persuasivas. Já a Rodhes University, em 2005, indicou que os documentos que usam elementos visuais são até 95% mais fáceis de serem compreendidos (INVENIS, 2021).

Assim, temos que o Legal Design é a idealização de serviços e produtos jurídicos com base na forma de utilizá-los e o quão úteis eles são. O Legal Design é, portanto, a concepção de um produto ou serviço jurídico com base em sua funcionalidade e o seu aspecto físico e tem como alguns de seus benefícios trazer uma advocacia mais humanizada, acesso à justiça e aproximar o advogado de seu cliente.

O visual law por sua vez faz parte do Legal Design e é uma maneira de se comunicar por meio da dialética jurídica utilizando em conjunto formas figurativas ou textuais para explicar o caso, o contrato, o documento jurídico de um jeito mais didático e adequado ao receptor da mensagem.

Nesse sentido, mister trazer à balia, o conceito do visual law, pelos dizeres de Tales Calaza e Bruno Calaza acerca do Visual Law, senão vejamos:

O Visual Law é a seção do Legal Design que utiliza de elementos visuais para proporcionar um melhor entendimento, uma melhor leitura do documento. (COELHO, , 2021)

Dierle Nunes e Larissa Holanda Andrade Rodrigues explicam que o Visual Law:

(...) se altera diante do usuário do documento jurídico. Petições: possuem como destinatários juízes; contratos: partes que geralmente são leigas no assunto; pareceres: indivíduos interessados em obter uma opinião jurídica ou informação sobre o tema sem que para isso tenha que dominar termos técnicos, dentre inúmeras outras possibilidades. A técnica do design determina que para a utilização dos meios audiovisuais, antes de se pleitear a estética, é preciso atingir a efetividade da informação conforme o destinatário. (NUNES,2020)

No que concerne ao legal design, Margaret Hagan em sua obra Law By Design, assim o define:

É uma maneira de avaliar e criar serviços jurídicos, com foco em quão utilizáveis, úteis e envolventes esses serviços são. É uma abordagem com três conjuntos principais de recursos-processo, mentalidade e mecânica – para os profissionais do direito usarem. Esses três recursos podem nos ajudar a conceber, construir e testar melhores maneiras de fazer as coisas no direito, que envolverão e

capacitarão tanto leigos quanto profissionais do direito. (HAGAN, 2020, tradução nossa)

Michael Doherty, Marcelo Corrales Compagnucci, Helena Haapio e Margaret Hagan ao comentarem sobre o Legal Design explicam que:

(...) é um movimento para fazer com que o sistema jurídico funcione melhor para as pessoas. Ele foi desenvolvido a partir do trabalho centrado no ser humano e no Visual Design, na tecnologia e na formulação de políticas participativas. Trata-se do aperfeiçoamento do sistema jurídico em múltiplas frentes: tornando-o mais acessível aos leigos, que devem usá-lo para resolver problemas de dinheiro, moradia, saúde e familiar; profissionais corporativos, que o utilizam para contratar, litigar e conduzir negócios; e formuladores de políticas e funcionários do governo, que o usam para estabelecer padrões, responsabilizar interesses poderosos e fazer valer direitos e obrigações. O objetivo do Legal Design é desenvolver uma abordagem participativa e centrada no ser humano para reformar o sistema jurídico, que reconheça a importância da nova tecnologia, mas que não privilegie as soluções orientadas à tecnologia acima de todas as outras e que reconheça o valor de grupos interdisciplinares e inclusivos construindo e testando novas melhorias no sistema. (DOHERTY, 2021, tradução nossa)

Bernardo de Azevedo explica que:

O Legal Design municia o profissional para que seja capaz de enxergar o mundo pelas mesmas lentes de seus clientes e das pessoas que não trabalham na área jurídica. A ferramenta também pode ajudar o advogado a ilustrar melhor os casos jurídicos em que foi contratado para atuar, buscando cativar a atenção dos julgadores. (...) Alguns profissionais já estão gravando vídeos para fundamentar seus casos e utilizando QR Codes nas petições para que os juízes possam acessar as explicações

audiovisuais. Mas há muito mais a ser feito. Palavras e imagens, quando combinadas, são capazes de nos ajudar a pensar, lembrar, sentir, entender e dar sentido às coisas (AZEVEDO, 2021)

Pelo exposto, e, novamente, trazendo o conceito de Herbert Marshall Macluhan, onde “o meio é a mensagem”, concluímos, finalmente, que o visual law é, de fato, um meio de comunicação mais eficaz, na medida em que se traduz como uma forma de “se comunicar” com o receptor da mensagem.

E, sendo “o meio” de comunicação, temos, então, uma ferramenta de grande valia a ser explorada a fim de transmitir a mensagem de forma assertiva e como pretendida pelo comunicador, tornando, por consequência, a comunicação, na forma escrita, tão eficaz quanto a comunicação verbal, o que coaduna a uma otimização de tempo e resultados, no qual todas as Partes envolvidas serão beneficiadas.

PORQUE E COMO UTILIZAR O VISUAL LAW

Atualmente, diante de tantas mudanças mundiais, ambientais, tecnológicas, culturais, sociais, entre outras; diante da necessidade da economia de tempo, meio ambiente e custos, certo é que a busca pela inovação combinada com a simplicidade de linguagem vem tomando espaço cada vez mais, em detrimento a processos e procedimentos longos e de alto custo.

Vale lembrar que a inovação não está necessariamente ligada à tecnologia, como bem explicado por Gustavo Caetano:

Afinal, o que significa exatamente inovação? Pensando apenas na palavra em si, o termo vem do latim *innovatio* e quer dizer “um objeto, um método ou uma ideia que seja diferente do que já existia anteriormente”. No passado inovar era algo para poucos e demandava anos de pesquisa, desenvolvimento e estudo. Não que, em alguns casos, isso não seja assim hoje – para inovar na Medicina, por exemplo, e encontrar um tratamento eficaz para determinada doença ainda são necessários muito tempo e esforço. (CAETANO, 2017)

Pois bem. Todas essas mudanças também vem refletindo, no mundo jurídico e é aí que vem o visual law. Tomando como base os contratos verificamos que a utilização do Legal Design facilita sua compreensão pelas partes, ainda que não tenham nenhum conhecimento jurídico. O mesmo ocorre em uma relação de consumo, por exemplo. A utilização dessa técnica facilita ao consumidor a compreensão de seus direitos e obrigações referentes aos serviços/ produtos adquiridos, sem, necessariamente, ter que se socorrer a uma ação judicial para tanto.

Com o visual law, a relação torna-se, então, ainda mais equilibrada entre as Partes e, com o tempo, as demandas judiciais poderão ser, inclusive, reduzidas, o que beneficiará, por consequência, o Poder Judiciário.

Ou seja, ainda que, a princípio, o visual law se aplique a um simples contrato, os reflexos podem ser notados em toda uma cadeia, desde as Partes que terão a oportunidade de compreender com mais simplicidade e eficácia o que estão contratando, até a qualquer terceiro envolvido, bem como o Poder Judiciário, que poderá deixar de ser acionado, o que gerará uma economia de tempo e econômica ao governo e cidadãos.

Nesse sentido, Ana Manoela Gomes e Silva Caixeta, Anna Regina Tonetto Dotto e Bethânia Silva Santana explicam que:

A comunicação jurídica deve acompanhar as mudanças culturais e deve auxiliar a população na compreensão de seus direitos, focando o usuário. O Legal Design, o Design Thinking e o Visual Law são instrumentos para permitir a evolução da comunicação jurídica mais centrada no usuário, no humano.

O documento jurídico permanece com suas características técnicas complexas, porém, de forma mais organizada e, por vezes, mais visual, sem palavras rebuscadas (“juridiquês”), para que, acima de tudo, seja compreendido pelo usuário. Dessa forma, o uso dessas práticas torna o acesso à informação jurídica mais igualitário. Portanto, a utilização de Visual Law

é uma grande ferramenta de acesso à justiça.
(AZEVEDO E SOUZA, 2021)

O visual law é, portanto, uma ferramenta, cujo objetivo não é deixar apenas o documento visualmente mais agradável, e sim transmitir a mensagem de forma compreensível, didática e objetiva para o receptor.

Para os profissionais do Direito, em especial, o visual law pode, por exemplo, ser utilizado para aproximar o advogado de seus clientes, auxiliando na criação de novos produtos e serviços, aprimorando, por corolário, os serviços e produtos já existentes.

Todavia, importante ressaltar que para a melhor utilização do visual law assim como tantas outras ferramentas é necessário estabelecer um processo por meio de um planejamento.

Um exemplo de planejamento do visual law que pode ser utilizado é o descrito por Simon Clatworthy, Jamin Hegeman, Julia Jonas, Kathrin Moslein, Giovanni Ruello, Rrancesca Terzi e Christof Zurn:

Para começar, você deve listar todas as razões para escolher o design de serviço. Então, encontra alguém da gerência para lhe apoiar e reúne uma ótima equipe, a fim de obter o apoio organizacional e a adesão gerencial necessários. Depois de uma cuidadosa consulta e análise dos stakeholders do projeto e do ecossistema mais amplo, bem como de expectativas para o projeto, você começa a planejar o processo de design de serviço para eles e para a sua equipe principal, adaptado a abordagem ao contexto e às realidades do seu time, organização e setor. Você implanta uma estrutura inicial de gerenciamento e comunicação para gerenciar o processo de design de serviço diariamente e, depois, iniciar o projeto de modo oficial. Você agora está pronto para mergulhar no trabalho de conteúdo. (STICKDORN, 2020,)

Na obra em questão, os autores não tratam especificamente do Visual Law, porém o processo descrito pode ser perfeitamente utilizado para essa ferramenta.

E, então, como elaborar um contrato, aplicando o visual law? Algumas sugestões que, obviamente, dentro do seu conceito, podem ser adaptáveis e complementadas:

DO RESUMO DAS CLÁUSULAS: uma boa solução, inicialmente, é, logo na primeira página do contrato, trazer um resumo das cláusulas contratuais, o que pode ser feito através de um quadro resumo, com destaque aos principais aspectos. O quadro resumo não é novidade e vem sendo utilizado em muitos contratos. Com o visual law, podemos trazer mais cores e quadros, para destacar informações relevantes para as Partes e para quem está lendo o conteúdo.

DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS: importante concentrar cada assunto em uma mesma cláusula, capítulo, etc. E sempre, trazendo uma ordem entre as cláusulas, para que façam sentido a quem lê. Nas cláusulas, também é interessante, reproduzir em quadros, com indicações que ligam uma cláusula à outra.

E, para a aplicação do visual law, muitas ferramentas podem ser utilizadas, tais como photoshop, Adobe Illustrator, canvas, etc., ou mesmo, ferramentas simples, tais como word e/ou power point. O ideal é escolher a ferramenta que melhor se adapte aos interesses das Partes (algo mais simples, algo com um design mais sofisticado, etc.,).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, fato é que, a despeito do visual law poder sofrer certa resistência no mundo jurídico, em razão de seu conceito inovador e moderno, que pode conflitar com as bases tão tradicionais do Direito, entendemos que se trata de uma tendência em expansão, cujo uso deve ser ampliado gradativamente e que, naturalmente, fará parte do dia a dia dos advogados, juízes, promotores, e dos demais profissionais do Direito.

Em suma, se é para contribuir, agregar, tornar o trabalho mais efetivo e atender aos interesses das Partes e dos clientes de forma

mais célere e eficaz, melhorando, por consequência, as relações humanas, que venha para ficar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Bernardo. Como o Visual Law pode revolucionar a forma de peticionar em juízo. Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/visual-lawpode-revolucionar-a-forma-de-peticionar/>>. Acesso em: 15 JUN 2022.

ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade da utilização do Visual Law como técnica facilitadora da comunicação jurídica. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/355576/a-utilizacao-do-visual-law-como-tecnica-da-comunicacao-juridica>>. Acesso em: 27 JUN 2022.

Visual Law: o que é e como o advogado do futuro pode usar. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/visual-law-o-que-e-e-como-o-advogado-do-futuro-pode-usar.html>>, acesso em 1 JUN 2022

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de... [et al.]. Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAETANO, Gustavo. Pense simples: você só precisa dar o primeiro passo para ter um negócio ágil e inovador. São Paulo: Editora Gente, 2017.

COELHO, Alexandre Zavaglia... [et al.]. Legal design: teoria e prática. Indaiatuba, Sp: Editora Foco, 2021.

MARSHALL MACLUHAN, Herbert. “Os meios de comunicação como extensões do Homem”, tradução de Décio Pignatari, Editora Cultrix . São Paulo, SP: Editora Cultrix, 1964. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/352425/mod_resource/content/1/MCLUHAN%2C%20Marshall%20-%20Os%20Meios%20de%20Comunicac%CC%A7a%CC%83o%20como%20Extens%CC%83es%20do%20Homem.pdf>, acesso em 29 MAI 2022

Michael Doherty, Marcelo Corrales Compagnucci, Helena Haapio e Margaret Hagan. Acronyms. Disponível em: <<https://www.elgaronline>

com/view/edcoll/9781839107252/9781839107252.00008.xml>, acesso em 20 JUN 2022

NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva da influência. In. NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 257.

HAGAN, Margaret. Law by Design. 2020. Disponível em: <<https://lawbydesign.co/legal-design/>>, acesso em 20 JUN 2022

INVENIS, 2021. Visual Law: tudo sobre o conceito que está mudando o Jurídico. 9 de agosto de 2021. Disponível em <<https://invenis.com.br/blogs/novidades/tudo-sobre-visual-law/>>

CAPÍTULO 10

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-85104-01-2.c10>

Nayara Luiza Bittencourt Silva

Advogada. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Alves Lima (FAAL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

<https://orcid.org/0000-0003-2322-4448>

INTRODUÇÃO

A Lei da Liberdade Econômica foi promulgada privilegiando a mínima intervenção Estatal. Além de inovar em muitos pontos, a Lei nº 13.874 de 2019, provocou importantes modificações no Código Civil, em especial quanto ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Nos casos em que os sócios, com o intuito de lesar credores, promovem abusos em face da autonomia patrimonial atribuída às sociedades, poderá ser aplicada a desconsideração. Desta forma, verifica-se um afastamento temporário desta autonomia, para, então, atingir o patrimônio daqueles que promoveram o ato ilícito.

Ocorre que, o Código Civil de 2002 dispunha de hipóteses muito amplas para a aplicação do instituto, sendo necessário demandar o judiciário para a resolução dos conflitos envolvendo o pedido de desconsideração.

Portanto, com o propósito de fortalecer os princípios da livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica, a Lei nº 13.874/2019 promoveu importantes alterações na redação do artigo 50 deste ordenamento.

Além de fortalecer o princípio da autonomia patrimonial, restringiu as hipóteses da desconsideração de acordo com a jurisprudência pátria, buscando reforçar a ideia da excepcionalidade para

o emprego desse instituto, bem como propiciar maior segurança jurídica aos empresários que pretendem empreender no país.

Visando uma melhor exposição do assunto proposto, faz-se a divisão deste artigo em três partes. A primeira destina-se à conceitualização da personalidade jurídica, em seguida, será tratado sobre a origem da disregard doctrine. Por fim, abordará as mudanças trazidas pela Lei de Liberdade Econômica no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, impondo restrições à sua utilização, levando em consideração uma proposta liberal.

PERSONALIDADE JURÍDICA

A personificação atribuída às sociedades é um dos temas de grande importância para entender a teoria da desconsideração. Isso, pois, é a partir dela que o ente se torna sujeito de direito apto a contrair obrigações.

Historicamente, com o advento do Estado liberal, a personalidade jurídica surgiu da necessidade dos indivíduos se unirem para realização de objetivos em comum. Diante disso, buscou-se uma atribuição de personificação própria ao grupo, diversamente da qual cada um dos membros possuía.

Verifica-se que a intenção era criar um sujeito autônomo ao das pessoas que lhe deram origem, de forma que o patrimônio da atividade empresarial não pudesse se confundir com o dos seus sócios e, então, estes não responderiam pelas obrigações da sociedade.

Além disso, o ente se torna um sujeito jurídico apto a adquirir direitos e contrair obrigações, tal como uma pessoa física. Isso pois, reclama os atributos desta, como o nome e o domicílio (LÔBO, 2010, p. 435).

Percebe-se a importância desse novo sujeito de direitos, que já no esboço do Código Civil Brasileiro, idealizado por Teixeira de Freitas, foi reconhecida a personalidade jurídica das sociedades, evidenciando a autonomia patrimonial (REQUIÃO, 2010, p. 437).

Ainda, esse instituto tem grande relevância para o desenvolvimento das atividades econômicas, da produção e circulação de bens e serviços (COELHO, 2012, p. 25), já que promove um estímulo ao

empreendedorismo no país, na medida que, em tese, os sócios não responderão pelas obrigações da sociedade, desta forma, reduz o risco da atividade empresarial.

Importante destacar que, via de regra, a responsabilidade empresarial dos sócios perante os credores será subsidiária, ou seja, somente depois de esgotadas as buscas dos bens sociais é que poderão ser executados os bens particulares dos sócios.

Contudo, sempre deverá ser observado o tipo societário adotado, pois há um limite que o credor pode ter satisfeito o crédito. Como por exemplo, nas sociedades de responsabilidade ilimitada, em que os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações contraídas pela sociedade, se limitando ao valor da dívida.

Já as sociedades limitadas são aquelas nas quais todos os membros respondem limitadamente pelas obrigações da sociedade, em conformidade com o valor do capital social. Cumpre destacar que se o capital social estiver totalmente integralizado, os credores se limitam aos bens da sociedade, ainda que não sejam suficientes para satisfação da dívida. Porém, existe a possibilidade de os bens particulares dos sócios responderem pela obrigação no limite do capital social, desde que esteja subscrito e não integralizado.

Por fim, destaca-se que a responsabilidade subsidiária pode ser transformada em solidária, em caso do mau uso da autonomia patrimonial, através do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme disposição do artigo 50 do Código Civil Brasileiro.

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

Como uma forma de responsabilizar os sócios pelos abusos cometidos diante da autonomia patrimonial, surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A primeira e mais conhecida aplicação se deu na jurisprudência inglesa, em 1897, com o caso *Salomon vs. Salomon Co.*

Nesse caso, o comerciante Aaron Salomon, após atuar 30 anos na área de calçados, resolveu constituir uma *limited company*, que é similar a uma sociedade anônima fechada brasileira. O comerciante

cedeu seu fundo de comércio à sociedade, e como consequência recebeu 20 mil ações em razão de sua contribuição. Enquanto os seis demais sócios, que eram membros de sua família, tinham apenas uma ação cada um (REQUIÃO, 2010, p. 440). Contudo, além das ações, ele recebeu várias obrigações e garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia (TOMAZETTE, 2020, p. 268).

Ocorre que, a companhia entrou em liquidação e seu ativo era insuficiente para atender as obrigações garantidas, gerando então, insatisfação nos credores sem garantia. Desta forma, a fim de proteger os interesses de tais credores, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Aaron Salomon, uma vez que a companhia era a sua atividade pessoal (TOMAZETTE, 2020, p. 268), portanto, a liquidação do seu crédito privilegiado deveria ser utilizada para satisfazer os credores quirografários.

A pretensão foi acolhida pelo juízo de primeiro grau e pela Corte de Apelação, imputando a responsabilidade pelos débitos da sociedade a Salomon.

Contudo, a Casa dos Lordes reformou unanimemente a decisão, diante da autonomia patrimonial da sociedade, considerando que foi constituída regularmente, pois a lei exigia a participação de sete pessoas (REQUIÃO, 2010, p. 441).

Apesar de ter sido reformada, a decisão da instância inferior foi amplamente difundida pelas jurisprudências e doutrinas de diversos países.

No Brasil, antes mesmo de qualquer legislação a respeito do assunto, Rubens Requião defendia sua aplicação na década de 1960 (TOMAZETTE, 2020, p. 269). Nesses termos, afirmava: “em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito” (REQUIÃO, 2010, p. 441).

Contudo, apenas em 1990 houve a regulamentação da Teoria da Desconsideração no direito brasileiro, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Posteriormente foi incorporada na Lei nº 8.884/1994, que trata sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, e na Lei nº 9.605/1998 que regula sobre crimes ambientais.

Ocorre que, esses ordenamentos adotam a teoria menor da desconsideração. Portanto, ainda que regulamentada, apenas a edição do Código Civil de 2002 se manteve fiel aos preceitos da *disregard doctrine*, tendo em vista que discorreu sobre a necessidade do abuso de direito, seja pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial, para ser cabível a aplicação da desconsideração (RAMOS, 2020, p. 513).

No entanto, apesar do Código Civil Brasileiro ter acrescentado uma regra geral para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, os demais institutos jurídicos sobre o tema continuam em vigência, conforme dispôs o Enunciado 51 da Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Portanto, nos casos em que se observar situações abusivas dos sócios e administradores com o intuito de lesar os credores, deve-se afastar a autonomia patrimonial e aplicar o instituto da desconsideração, para preservar a propriedade privada e sua função social.

Quanto as teorias para aplicação da desconsideração, serão melhor explanadas no próximo tópico.

TEORIA MAIOR

Visando proteger a personalidade jurídica atribuída para a sociedade, a Teoria Maior da desconsideração propõe que haja fundamentos específicos para configurar a aplicação desse instituto. Desta forma, essa teoria é considerada a que mais se assemelha à desconsideração originária, tendo em vista que protege a autonomia patrimonial da sociedade e propõe cautela na aplicação da desconsideração. Isso pois, se tal instituto fosse aplicado de forma exacerbada, poderia ocasionar a extinção da pessoa jurídica.

Portanto, uma mera incapacidade administrativa não enseja a desconsideração, tendo em vista que não há qualquer relação com um ato fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica, mas apenas uma má administração da sociedade, sendo que a responsabilidade é imputável apenas ao administrador. Assim entendeu o Tribunal de

Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento sob o nº 0070270-98.2013.8.26.0000.

Da mesma forma, entende a doutrina pátria:

A responsabilização, por exemplo, do administrador de instituição financeira sob intervenção por atos de má administração faz-se independentemente da suspensão da eficácia do ato constitutivo da sociedade. Ela independe, por assim dizer, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica da instituição financeira. Tanto faz se a companhia bancária é considerada ou desconsiderada, a má administração é ato imputável ao administrador. É ele o direto responsável, porque administrou mal a sociedade; a obrigação é imputada a ele diretamente, sem o menor entrave, derivado da personalidade jurídica desta. (COELHO, 2012, p. 47)

Por conseguinte, faz-se necessário demonstrar quais os requisitos específicos para desconsideração. Contudo, a doutrina não é unânime nessa questão, tendo dividido a Teoria Maior em subjetiva e objetiva.

Em suma, a Teoria Maior subjetiva propõe que para ser aplicada a desconsideração é necessário demonstrar a intenção em prejudicar terceiros, através do desvio da finalidade, pois “a desconsideração nada mais é do que uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ela é destinada” (TOMAZETTE, 2020, p. 271). Já a Teoria Maior objetiva pressupõe que haja a confusão patrimonial, ou seja, a ausência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios ou administradores.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 279.273/SP, de relatoria do ministro Ari Pargendler, já reconheceu a divisão da teoria maior em subjetiva e objetiva e seus requisitos, conforme se verifica:

Não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência,

ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

Além disso, verifica-se que o ordenamento jurídico adotou a disregard doctrine de uma forma mista, conforme redação do artigo 50 do Código Civil. Portanto, em caso de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, a desconsideração será o meio para responsabilizar aquele que está promovendo atos ilícitos contra terceiro.

TEORIA MENOR

A Teoria Menor, assim como a teoria apresentada acima, tem como finalidade a responsabilidade dos sócios e administradores que utilizam indevidamente da pessoa jurídica para lesar terceiros. Porém, diferentemente da teoria maior, esta entende que não há pressupostos para aplicação da desconsideração, bastando que a pessoa jurídica seja insolvente.

A aplicação do incidente de desconsideração baseado nessa teoria deve se limitar em casos previstos expressamente em lei, como, por exemplo, nas relações desiguais entre consumidor e fornecedor ou empregado e empregador. Nesse ponto, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 279.273/SP, já manifestou o entendimento quanto a aplicação dessa teoria:

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Com efeito, a Teoria Menor não contribui para o desenvolvimento das atividades empresariais, pois enfraquece a autonomia patrimonial das sociedades, tendo em vista que tem como requisito a mera insolvência, independentemente de qualquer conduta ilícita dos sócios ou administradores. Por este motivo, não é aplicada em todos os ramos do direito.

Desta forma, verifica-se que a Teoria Maior visa a proteção da atividade empresarial com limitação da responsabilidade, exigindo requisitos específicos para aplicação da desconsideração, qual seja, o abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade ou confusão patrimonial. Já a Teoria Menor pretende proteger o mais vulnerável da relação jurídica, impondo a desconsideração nos casos de insolvência.

Finalizada a exposição quanto a origem da desconsideração da personalidade jurídica e suas teorias de aplicação, passa-se a analisar as mudanças com o advento da Lei da Liberdade Econômica.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE E A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

A Lei da Liberdade Econômica foi promulgada com o propósito de resgatar o liberalismo, estimulando o crescimento da atividade empresarial no país.

Isso pois, em decorrência do Estado burocrático, o Brasil passou a assumir distantes posições nos rankings de Liberdade Econômica. Sendo que estes dados correspondiam com o cenário político-econômico vivenciado no país, com milhares de desempregados e uma estagnação econômica.

Para isso, a Lei nº 13.874/2019 promoveu importantes modificações no Código Civil Brasileiro, em especial, quanto ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A primeira modificação se deu com a inclusão do artigo 49-A no Código Civil, que positivou o princípio da autonomia patrimonial.

Ao enfatizar este princípio, a lei demonstra que deve preservar a separação patrimonial entre a sociedade e seus sócios, além de realçar que a desconsideração deverá ser aplicada em casos excepcionais. Isso contribui com a redução do risco da atividade econômica e, conseqüentemente, incentiva o exercício das atividades empresariais no país.

Dessa forma, todos são positivamente alcançados com a geração de empregos, renda, tributos e desempenho da economia, conforme destaca o parágrafo único do artigo 49-A. Portanto, tal

preceito está intimamente ligado com a função social da empresa, visto que se não se preocupa apenas com o lucro da atividade, mas também com os reflexos na sociedade.

Além disso, com a nova redação do artigo 50 do Código Civil, o legislador buscou conceituar os requisitos de aplicação da descon sideração da personalidade jurídica de acordo com a interpretação que vinha sendo aplicada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, passando a vigor da seguinte forma:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Uma importante modificação pode ser observada no caput do presente artigo, que passou a limitar a responsabilidade apenas aos sócios ou administradores beneficiados pelo abuso de forma direta ou indireta. Portanto, deve estar presente onexo causal entre o abuso da pessoa jurídica e os benefícios recebidos pelos sócios ou administradores.

Essa restrição foi de suma importância, na medida em que a redação anterior não havia limitação da responsabilidade daquele sócio ou administrador que não participou do abuso.

A seguir, é necessário fazer a análise de cada premissa destacada pelo artigo 50 do Código Civil, que serão tratadas nos próximos tópicos, para melhor entendimento.

DESVIO DE FINALIDADE

No §1º do artigo 50 do Código Civil, o legislador buscou conceituar o desvio de finalidade, sendo “a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”. A inclusão desse parágrafo gerou inúmeros

embates, tendo em vista que antes da conversão em lei, a MP nº 881 de 2019 previa que, para aplicar a desconsideração em caso de desvio da finalidade, seria necessário demonstrar a conduta dolosa do agente.

Contudo, com a promulgação da Lei 13.874/2019 o legislador tirou o “dolo” da redação do parágrafo primeiro. Portanto, entende ser desnecessária a comprovação da conduta subjetiva do agente.

Essa redação consagra a aplicação da teoria objetiva, com fundamento no artigo 187 do Código Civil, “mais afinada à nossa realidade socioeconômica e sensível à condição a priori mais vulnerável daquele que, tendo seu direito violado, invoca o instituto da desconsideração” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 293).

Além disso, há um entendimento consolidado de que só é necessário comprovar o dolo do agente nos casos de encerramento irregular das atividades, ou seja, “quando a empresa encerra sem honrar com as suas obrigações e altera formalmente as informações perante os órgãos competentes” (TARTUCE, 2020, p. 162).

Esse entendimento pode ser verificado pelo julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553/SC, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO. 1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente

se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio a finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil. 3. Embargos de divergência acolhidos.

Ainda com relação ao desvio da finalidade, o §5º do artigo 50 do CC, dispõe que a mera alteração ou expansão da finalidade, sem o propósito de lesar credores e cometer ilícitos, não incide na desconsideração da personalidade jurídica.

Há uma divergência doutrinária com relação a inclusão deste parágrafo, já que alguns doutrinadores acreditam que alterar a finalidade, constitui sim um desvio, conforme se vê:

Aquele que “expande” a finalidade da atividade exercida – como pretende a primeira parte da norma – pode não desviar, mas aquele que “altera” a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se de seu propósito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. 2020. p. 295)

Ainda, segundo o doutrinador Flávio Tartuce (2020, p. 163), o referido parágrafo sequer deveria ter sido mantido:

Lamenta-se a manutenção a respeito da alteração da finalidade original, que deveria ter sido retirada do texto de conversão, o que foi proposto pelo Senador Pacheco, por meio da Emenda 173. Cite-se o exemplo de uma fundação que pode ter a sua autonomia desconsiderada com o fim de responsabilização dos seus administradores, caso altere a sua finalidade inicial com o objetivo de se desviar de seus fins nobres, constantes do art. 62, parágrafo único, do Código Civil.

Quanto a discussão a respeito da alteração da finalidade original da atividade econômica, caberá ao judiciário aplicar de forma

razoável a desconsideração da personalidade jurídica conforme o caso concreto.

CONFUSÃO PATRIMONIAL

O legislador também conceituou a confusão patrimonial, sendo entendida como a ausência de separação entre os patrimônios da sociedade e dos sócios. Além disso, trouxe duas hipóteses, meramente exemplificativas.

O inciso I do referido dispositivo legal discorre sobre o pagamento de uma obrigação do sócio ou administrador pela pessoa jurídica ou vice-versa, contudo, faz a exigência do cumprimento repetitivo de obrigações.

Ocorre que, há uma divergência doutrinária quanto a necessidade de comprovação do cumprimento repetitivo, isso pois, “a confusão patrimonial poderia estar configurada por um único cumprimento obrigacional da pessoa jurídica em relação aos seus membros” (TARTUCE, 2020, p. 162).

Ou seja, em um único ato, os sócios poderiam esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica com o intuito de lesar os credores.

Já o segundo inciso trata da transferência de ativos e passivos, que ocorre “quando um sócio ‘adquire’ bens da pessoa jurídica, mas não repassa para pessoa jurídica os valores correspondentes”, assim como o empréstimo entre a sociedade e os sócios ou administradores, que “precisam obedecer às condições normais de mercado, sob pena de representarem também um mecanismo de mistura dos patrimônios” (TOMAZETTE, 2020, p. 291).

Além disso, apesar de o legislador mencionar duas hipóteses de confusão patrimonial, o inciso terceiro criou uma cláusula geral, configurando os incisos anteriores em um rol meramente explicativo.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

Além de fortalecer a autonomia patrimonial e especificar as hipóteses de desconsideração, a lei da liberdade econômica incluiu o §3º no artigo 50 do Código Civil, com a seguinte redação: “o disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão

das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica”, tratando-se da chamada desconsideração inversa da pessoa jurídica.

Portanto, fica caracterizada a desconsideração inversa quando o sócio, pretendendo se esquivar das suas obrigações, transfere seus bens pessoais para o patrimônio da pessoa jurídica, como forma de lesar os credores.

Esse tipo de desconsideração vem sendo aplicada de forma recorrente, particularmente no direito de família, “processos nos quais se percebe que um dos cônjuges desvia bens pessoais para o patrimônio de uma pessoa jurídica com a finalidade clara de afastá-los da partilha ou frustrar a execução de alimentos” (RAMOS, 2020, p. 525).

O próprio Superior Tribunal de Justiça já manifestou o seu entendimento, quando a aplicação desse instituto, no julgamento do Recurso Especial nº 1.647.362/SP.

Neste caso, percebe-se que o conteúdo do §3º do artigo 50 já era reconhecido no meio jurídico, estando presente no Enunciado 283 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, bem como no artigo 133, §2º do Código de Processo Civil.

GRUPOS ECONÔMICOS

Por fim, o último ponto tratado pelo legislador foi o §4º, que dispõe da seguinte redação: “a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”.

Pode-se verificar que o legislador deixou expresso o entendimento de um tema que já era consolidado pelo STJ, visto que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser aplicada mediante o preenchimento dos requisitos autorizadores, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme se verifica no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 441.465/PR:

Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em

cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada.

Portando, nada impede que uma sociedade, pertencente a um determinado grupo, seja responsabilizada por conta de dívidas de outra sociedade do mesmo grupo, contudo, devem estar presentes os requisitos específicos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa discorreu sobre as mudanças trazidas pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil Brasileiro, com relação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Para alcançar o objetivo principal, realizou-se um estudo acerca da personalidade das pessoas jurídicas, dando sequência a teoria da desconsideração e sua aplicação no Código Civil Brasileiro com a Lei da Liberdade Econômica.

Primeiramente, no que se refere ao conceito e evolução da personalidade jurídica, notou-se que a separação do patrimônio da sociedade com relação aos seus sócios e administradores, por meio da autonomia patrimonial, foi de suma importância para o desenvolvimento das empresas, visto que reduziu o risco das atividades econômicas. Porém, diante do “véu” da autonomia patrimonial, os sócios começaram a praticar abusos com o fim de lesar credores.

Diante desse cenário, foi criada a desconsideração da personalidade jurídica, como uma forma de coibir os atos ilícitos cometidos pelos integrantes da sociedade. Ocorre que, o Código Civil de 2002 não especificava as hipóteses cabíveis de desconsideração, gerando grande insegurança jurídica aos empresários, que precisavam buscar amparo dos juízes e tribunais.

Com isso, a Lei nº 13.874/2019, buscou alterar o cenário político-econômico do país, reduzindo a intervenção do Estado na economia e, conseqüentemente, estimulando o crescimento da atividade empresarial. Para isso, positivou a autonomia patrimonial no artigo 49-A do Código Civil, visto que esse princípio implica na limitação da responsabilidade entre a sociedade e seus sócios, além de reforçar a excepcionalidade da aplicação da desconsideração.

Contudo, as grandes modificações se deram no artigo 50 do Código Civil, aonde o legislador restringiu as hipóteses de aplicação do instituto, positivando os entendimentos consolidados pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Além disso, retirou da redação a necessidade de demonstração do dolo no caso de desconsideração pelo desvio de finalidade, bem como limitou a responsabilidade exclusivamente para os sócios e administradores que tenham se beneficiado direta ou indiretamente pelo abuso.

Portanto, conclui-se que a Lei da Liberdade Econômica contribuiu positivamente com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, apesar de ainda dar abertura a interpretações suplementares pelo Poder Judiciário, delimitou as hipóteses de aplicação de acordo com o entendimento da jurisprudência. Desta forma, favoreceu a excepcionalidade do instituto e reforçou a grande relevância jurídica que o presente tema representa, uma vez que está diretamente ligado com o desenvolvimento das atividades empresariais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara do Deputados. Exposição de Motivos Interministerial. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>>.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 441.465/PR. 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 18 jun. 2015. Publicação: 03 ago. 2015.

_____. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553/SC. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Segunda Seção. Julgamento: 10 dez. 2014. Publicação: 10 dez. 2014.

_____. Recurso Especial nº 279.273/SP. 3ª Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento: 04 dez. 2003. Publicação: 28 mar. 2004.

_____. Recurso Especial nº 1.647.362/SP. 3ª Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 03 ago. 2017. Publicação: 10 ago. 2017.

_____. Recurso Especial nº 1.658.648/SP. 3ª Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em: 07 nov. 2017. Publicação: 20 nov. 2017.

CJF, Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 51, I Jornada de Direito Civil. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/750>>.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário: Regime Vigente e Inovações do novo Código Civil. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

_____. Curso de direito comercial. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0076467-06.2012.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Vandeci Álvares. Julgamento: 15 ago. 2012. Publicação: 17 ago. 2012.

_____. Agravo de Instrumento nº 0070270-98.2013.8.26.0000. 1ª Vara Cível. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgamento: 11 dez. 2013. Publicação: 12 dez. 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Saulo Bichara Mendonça

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Campos. Professor Associado na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade - Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica.

ORCID 0000-0001-9851-1631 <http://lattes.cnpq.br/7489403564619091>. saulobmendonca@live.com

Pablo Gonçalves e Arruda

Advogado com atuação específica em Direito Empresarial, Administrador Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutorando em Direito: Estado, Cidadanias e Mundialização das Relações Jurídicas na Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito: Estado, Cidadanias e Mundialização das Relações Jurídicas pela Universidade Veiga de Almeida, Especialista em Direito do Consumidor pela PUC-RJ, Professor convidado de Direito Empresarial Societário e Recuperacional: LLM e MBA FGV; LL.M IBMEC; Professor convidado do Curso de Pós Graduação da PUC-RJ; Professor convidado do Curso de Pós Graduação do Damásio-SP; Professor convidado do Curso de Pós Graduação do CEPUERJ/UERJ; Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Magistratura do Espírito Santo (ESMAGES), da Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR); Coordenador do Instituto Brasileiro de Direito e Negócios-IBDN. Coordenador Acadêmico do Instituto Brasileiro do Direito da Empresa-IBDE; membro efetivo do Turnaround Management Association do Brasil - TMA Brasil e International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals – INSOL

ORCID 0000-0001-7053-1534 (Ou [lattes http://lattes.cnpq.br/5122573697388813](http://lattes.cnpq.br/5122573697388813)). pabloarruda@smga.com.br

André Santa Cruz

Doutor em Direito Comercial pela PUC-SP. Mestre em Direito Processual Civil pela UFPE. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV-RJ e em Direito da Concorrência pela FGV-SP. Bacharel em Direito pela UFPE. Professor de Direito Empresarial e Econômico do Centro Universitário IESB-DF, desde 2005. Autor de vários livros jurídicos, dentre os quais se destacam o “Manual de Direito Empresarial” e a “Sinopse de Direito Empresarial”. Procurador Federal da Advocacia Geral da União desde 2004. Atualmente cedido ao Ministério da Economia para ocupar o cargo de Diretor do DREI - Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração.

ORCID 0000-0002-4816-0324 (Ou lattes <http://lattes.cnpq.br/2622858663288927>). alscramos@yahoo.com.br

SOBRE OS AUTORES

Ciro Portella Cardoso

Mestre em práticas socioculturais e desenvolvimento social pela Universidade de Cruz Alta/RS, Especializando em Direito Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS e Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta/RS.

<https://orcid.org/0000-0002-2233-359X>

Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IEC - Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas.

<https://orcid.org/0000-0003-4620-6103>.

Daniel Rodrigues Thomazelli

Advogado. Professor de Direito Empresarial. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito com Láurea Acadêmica pela Universidade Federal Fluminense.

ORCID: 0000-0003-2561-0713;

Gabriela Ferreira Nacarato

Advogada. Pós-graduada em Contratos Empresariais na Faculdade Getúlio Vargas (FGV-SP) e com especialização em Direito Imobiliário Empresarial, pelo SECOVI-SP. Membro da Comissão da Comissão de Privacidade e Proteção de Dados da OAB/SP. Membro da EFAE. Mentorada do Curso de Planejamento Sucessório – Prof. Pablo Arruda.

ORCID: 0000-0002-6993-0594

Gabriel Charaf Bdine

Advogado e Pós-graduando pela Escola Paulista da Magistratura. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Comunicação Social pela Fundação Armando Álvares Penteado. Membro da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SP e da Comissão Permanente de Avaliação pela FAAP.

ORCID: 0000-0001-6756-1273

Helio José Cavalcanti Barros

Professor da PUC-RJ de processo civil e Mestrando em Direito pelo UniCuritiba.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8742-1446>

Leonardo Seixas Alves Vieira

Advogado. Graduado em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4144-7960>

Lucas Lacerda Esteves

Sócio no Escritório Ouriques Cruz Advocacia Empresarial. Membro da Escola de Formação em Advocacia Empresarial – EFAE e coautor do livro: O Regulador Inovador: Banco Central e a agenda de incentivo à inovação. Graduado em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

ORCID: 0000-0002-9048-041X

Marlon Tomazette

Professor de Direito Empresarial na Graduação, no Mestrado e no Doutorado no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor da Graduação do IDP. Procurador do Distrito

Federal, advogado, Sócio de Tomazette, Franca e Cobucci Advogados, e Professor de Direito Empresarial no IDP e na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal.

ORCID: 0000-0001-5235-7034

Nayara Luiza Bittencourt Silva

Advogada. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Alves Lima (FAAL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2322-4448>

Sandro Mansur Gibran

Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Mestre e Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>.

Tania Bahia Carvalho Siqueira

Doutora e Mestre em Direito Comercial pela PUCSP. Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito da FGV e em Direito Contratual pela PUCSP

<https://orcid.org/0000-0002-9296-6122>

INDÍCE REMISSIVO

A

Acionistas Minoritários 8, 19, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 116, 118, 119, 120, 121,
Advocacia empresarial 8, 9, 65, 67, 69, 105, 199
AFFECTIO SOCIETATIS 7,10,12,13,14,15,17,21,24,25,26,27

C

CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS
CONFLITO DE COMPETÊNCIA 8, 105, 107, 108, 120, 122, 142
CRAM DOWN 7, 30, 31, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44
CREDOR 6, 35, 38, 41, 124, 125, 126, 133, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 146, 147, 151, 153, 164, 182, 183
CREDOR FIDUCIÁRIO 8, 126, 132, 133, 136, 137, 138, 139, 143, 145

D

DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA 9, 180, 181, 182, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193
DISREGARD DOCTRINE 181, 184, 186, 195
DIREITOS ECONÔMICOS
FUNDAMENTAIS 8, 65, 67, 73, 75, 82

E

EMPRESAS DE PEQUENO PORTE 46,48,51,54,57,58-59
EPPs 7,46,47,48,49,51,52,53,54,55, 56,58,59,62,63,64

F

FALÊNCIA 17,19,34,37,38,43,49,64,133,135,140,145,146,147,150,151,152,153,155,156,157,158,159,161,163,164,165,167,168
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA; 9,20,32,44,163,164,165,168,189
FUSÕES E AQUISIÇÕES 8,87,103,104

L

LIBERDADE ECONÔMICA 180,181,187,191,193,194

M

MICROEMPRESAS 46,51,54,57,58,59,64
MEs 7,46,47,48,49,51,52,53,54,55, 56,58,59,62,63,64
MERGERS AND ACQUISITIONS 87,104

N

NOVA LEI DE LICITAÇÕES 52,59,61,63,64

P

PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA 18,19,20,21,22,41,43
PEQUENA EMPRESA 51,60
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 52,59,61,63,64

R

RECUPERAÇÃO JUDICIAL 7,8,9,30,
31,34,35,36,37,40,41,42,43,44,49
,124,126,133,134,137,138,139,14
0,141,142,144,145,146,147,153,1
54,155,156,157,158,159,160,161,
164,165,166,167,168

RESPONSABILIDADE DO
CONTROLADOR 113,122

S

SOCIEDADE ANÔNIMA 10,13,14,16
,17,18,19,21,22,23,24,25,26,27,28

T

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO
181,182,183,193,195

TEORIA PROCESSUAL
NEOINSTITUCIONALISTA DO
DIREITO 68,69,70,72

V

VISUAL LAW 9,469,171,172,174,17
5,176,177,178



Hipótese Editora

Rio Bonito - Rio de Janeiro - Brasil

Telefone: +55 (21) 99758-5056

atendimento@editorahipotese.com.br

www.editorahipotese.com.br

